

LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

José Manuel Barranco Gámez.

José Manuel Barranco Gámez.

Abogado.

Licenciado en Derecho.

Licenciado en Criminología.

Detective Privado.

Máster en Prevención de Riesgos Laborales

Técnico Superior en PRL de las tres Especialidades.

HANNIBALI VICTORI CETERI SUADEBANT UT QUIETEM ET IPSE SIBI SUMERET ET FESSIS DARET MILITIBUS; MAHARBAL, PRAEFECTUS EQUITUM, MINIME CESSANDUM ESSE RATUS, UT SCIAS QUID HAC PUGNA SIT ACTUM, DIE QUINTO INQUIT VICTOR IN CAPITOLIO EPULABERIS. SEQUERE; CUM EQUITIBUS, UT ROMANI TE PRIUS VENISSE QUAM VENTURUM ESSE SCIAN, PRAEEDAM. HANNIBAL SE VOLUNTATEM MAHARBALIS LAUDARE DIXIT, SED AD CONSILIUM PENSANDUM TEMPORE OPUS ESSE. TUM MAHARBAL: NON OMNIA EIDEM DI DEDERE; VINCERE SCIS, HANNIBAL, VICTORIA UTI NESCI. MORA EIUS DIEI SATIS CREDITUR SALUTI FUISSE URBI ATQUE IMPERIO.

LIVIO 22.51, 4

INDICE

LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

I. ANTECEDENTES

1. INTERNACIONALES

2. ESPAÑA

- a. RESTAURACIÓN**
- b. DICTADURA DEL GENERAL PRIMO DE RIVERA**
- c. LA SEGUNDA REPÚBLICA**
- d. DICTADURA DEL GENERAL FRANCO**
- e. DEMOCRACIA**

II. CONCEPTO DE “INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL”

III. LA OBLIGACIÓN DE COLABORAR CON LOS FUNCIONARIOS DEL SISTEMA DE INSPECCIÓN

IV. LA PARTICIPACIÓN SINDICAL EN LA PLANIFICACIÓN DE OBJETIVOS DE ACTUACIÓN DE LA ITSS

V. EL CONTROL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO, EMPLEO, SEGURIDAD SOCIAL Y SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

VI. FUNCIONES DE LOS SERVICIOS DE INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

VII. EL PROCEDIMIENTO DE ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO

VIII. ACTUACIÓN “DE OFICIO” DE LA ITSS

- 1. CONCEPTO**
- 2. ORIGEN DE LAS ACTUACIONES DE OFICIO**

IX. LA DENUNCIA

- 1. CONCEPTO**
- 2. DENUNCIAS QUE NO SE TRAMITAN**

X. LA ORDEN SUPERIOR

XI. PETICIÓN RAZONADA DE OTROS ORGANISMOS

XII. ACTUACIÓN A INSTANCIA DE LA FISCALIA

XIII. ACTUACIÓN POR PROPIA INICIATIVA

XIV. LOS DISTINTOS MOMENTOS PROCESALES DE LA ACTUACIÓN INSPECTORA

- 1. INTRODUCCIÓN**
- 2. LA INVESTIGACIÓN**
- 3. FORMAS DE ACTUACIÓN**

XV. DURACIÓN DE LAS ACTUACIONES DE LA INSPECCIÓN

XVI. CONSECUENCIAS DE LA ACTIVIDAD INSPECTORA

- 1. EL INFORME**
- 2. EL REQUERIMIENTO**
- 3. LA PARALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD ORDENADA POR LA INSPECCIÓN**

XVII. LA ACTIVIDAD DE INSPECCIÓN Y LAS ACTAS DE INSPECCIÓN

XVIII. LAS ACTAS DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO

- 1. INTRODUCCIÓN**
- 2. ACTAS DE INFRACCIÓN**
- 3. ACTAS DE INFRACCIÓN POR OBSTRUCCIÓN**
- 4. ACTAS DE LIQUIDACIÓN**

XIX. PROPUESTA DE LIQUIDACIÓN

XX. PRESUNCIÓN DE EXACTITUD DE DENUNCIAS Y ACTAS

- 1. INTRODUCCIÓN**
- 2. FUNDAMENTO DE LA PRESUNCIÓN**
- 3. PERSONAS AMPARADAS POR LA PRESUNCIÓN DE VERACIDAD DE SUS ACTOS**

4. FORMALIZACIÓN

5. REQUISITOS

XXI. EL RECARGO DE PRESTACIONES

XXII. ACTUACIONES DE CONCILIACIÓN, MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

XXIII. NOTIFICACIÓN DE DESCUBIERTOS EN LA COTIZACIÓN POR LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

XXIV. PROCEDIMIENTO DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN POR FALTA DE AFILIACIÓN O ALTA DE LOS TRABAJADORES

XXV. PROCEDIMIENTO DE ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL EN LAS DIFERENCIAS DE COTIZACIÓN POR ACTAS DE LIQUIDACIÓN

XXVI. PROCEDIMIENTO DE ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL EN DESCUBIERTOS TOTALES DE COTIZACIÓN POR CUOTAS

XXVII. PROCEDIMIENTO DE ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL EN EL RECARGO DE PRESTACIONES

XXVIII. PROCEDIMIENTO DE ACTUACIÓN DE LA ITSS

1. INTRODUCCIÓN

2. INGRESO DE LA LIQUIDACIÓN

3. RECURSO DE ALZADA

XXIX. ACTIVIDAD DE COMPROBACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

XXX. RECLAMACIÓN DE DEUDAS POR LA SEGURIDAD SOCIAL

XXXI. INFORME DE LA ITSS EN EL PROCESO LABORAL ESPECIAL EN MATERIA DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

XXXII. INFORME DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO ANTE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y REDUCCIÓN DE JORNADA

XXXIII. INFORME DE LA ITSS PARA LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

XXXIV. INFORMES DE EXPERTOS EN EL PROCESO LABORAL. INFORME DE LA ITSS

- XXXV. LA ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO FRENTE A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN SU ACTUACIÓN COMO EMPRESA**
- XXXVI. EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE ACTUACIÓN EN RELACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE RIESGOS LABORALES**
- XXXVII. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL**
- XXXVIII. PRESENTACIÓN DE DENUNCIAS ANTE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**
- XXXIX. BUZÓN DE LUCHA CONTRA EL FRAUDE LABORAL**
- XL. MODELO DE DILIGENCIA DE ACTUACIÓN DE LA ITSS**
- XLI. PROYECTO LINCE - MODERNIZACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**
- XLII. CONVENIOS INTERNACIONALES**
 - 1. HISTORIA, CONTEXTO Y CONTENIDO DE LAS NORMAS INTERNACIONALES RELATIVAS A LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO**
 - 2. DESARROLLO, DIVERSIFICACIÓN Y TENDENCIAS DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL**

- 3. ESTADO DE LAS RATIFICACIONES DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES**
- 4. EVOLUCIÓN DEL CAMPO DE ACCIÓN DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO ENTRE 1947 Y HOY EN DÍA: HACIA UNA COBERTURA AMPLIA**
- 5. INSTRUMENTOS DE 1969 SOBRE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO EN LAS EMPRESAS AGRÍCOLAS**

XLIII. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

- 1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE JULIO DE 2017 NÚMERO DE RECURSO 278/2016**
- 2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE JULIO DE 2017 NÚMERO DE RECURSO 32/2017**
- 3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE JULIO DE 2017**
- 4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE JUNIO DE 2017**
- 5. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE MAYO DE 2017**
- 6. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE DICIEMBRE DE 2016**
- 7. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016 NÚMERO DE RECURSO 3373/2015**
- 8. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016 RECURSO NÚMERO 1868/2015**
- 9. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016 NÚMERO DE RECURSO 1778/2015**
- 10. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016 NÚMERO DE RECURSO 131/2016**
- 11. -SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE DICIEMBRE DE 2016**

**12. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE FEBRERO
DE 2015**

**13. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE ENERO
DE 2014**

**14. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE
OCTUBRE DE 2014**

**15. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE
SEPTIEMBRE DE 2004**

XLIV. BIBLIOGRAFIA

RESUMEN

La Inspección nace como uno de los frutos más importantes del Instituto de Reformas Sociales, aprobándose su primer reglamento regulador por un Real Decreto del 1 de marzo de 1906. Desde su nacimiento el objetivo es hacer que se cumpla la legislación social reguladora y protectora de las condiciones de trabajo, tratando de encontrar el equilibrio entre empresarios y trabajadores en situaciones de conflicto. Sus actuaciones no consisten en levantar actas de infracción e imponer sanciones económicas, sino en hacer un requerimiento y dar un plazo para corregir las deficiencias. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) - de acuerdo con lo previsto en la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el RD 138/2000 de 4, de febrero así como en la Orden Ministerial de 12 de febrero de 1998 - es la organización administrativa responsable del servicio público de control y vigilancia del cumplimiento de las normas de orden social que incluye los servicios de exigencia de las responsabilidades administrativas pertinentes en que puedan incurrir empresas y trabajadores así como el asesoramiento e información a los mismos en materia laboral y de seguridad social (que pueda suscitarse con ocasión del ejercicio de la acción inspectora). Los Principales servicios prestados por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a empresas y trabajadores.

Servicios de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y contenido normativo de los convenios colectivos.

Los ámbitos de estos servicios vienen referidos a las siguientes materias:

Ordenación del trabajo y relaciones sindicales.

Prevención de riesgos laborales.

Normas en materia de campo de aplicación, inscripción, afiliación, altas y bajas de trabajadores, cotización y recaudación de cuotas del sistema de la seguridad social.

Normas sobre obtención y disfrute de prestaciones del sistema de la Seguridad Social así como de las mejoras voluntarias u otros sistemas complementarios voluntarios establecidos en convenios colectivos.

Normas sobre colaboración en la gestión de la Seguridad Social.

Normas en materia de colocación, empleo y protección por desempleo; emigración, movimientos migratorios y trabajo de extranjeros; formación profesional ocupacional y continua; empresas de trabajo temporal, agencias de colocación y planes de servicios integrados de empleo.

Servicios de asistencia técnica.

Información, asistencia y orientación general a empresas y trabajadores, con ocasión del ejercicio de la función inspectora.

Asistencia técnica a las entidades y organismos de la Seguridad Social cuando les sea solicitada.

Información, asistencia y colaboración con otros órganos de las Administraciones Públicas respecto a la aplicación de las normas de orden social o a la vigilancia y control de ayudas y subvenciones públicas.

Realización de informes técnico-laborales a instancia de los órganos judiciales laborales.

Servicios de arbitraje, conciliación y mediación.

En todo caso, para la realización de actuaciones de la ITSS debe existir aceptación de las partes afectadas por el conflicto laboral o la huelga.

PALABRAS CLAVES

Servicio público de control, normas de orden social, empresas, trabajadores, independencia, objetividad, imparcialidad, relaciones sindicales, protección, información, asistencia, orientación, función inspectora, asistencia técnica, requerimiento, actas, procedimiento sancionador.

LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

I. ANTECEDENTES

1. INTERNACIONALES

La historia de la inspección de la seguridad y salud en el trabajo de Europa occidental tiene más de 200 años. Se inició en el Reino Unido en 1802, cuando el Parlamento de ese país aprobó una ley destinada a preservar «la salud y la moral de los aprendices» de las fábricas. Como la supervisión de la aplicación de dicha ley estaba a cargo de comités voluntarios fue muy poco efectiva. No obstante, constituyó un primer paso y casi treinta años después se oficializó el procedimiento y se designaron los primeros inspectores, considerados «personas de alta posición». Otros países de Europa siguieron sus pasos. Por ejemplo, Francia, con su primera ley sobre protección del trabajo en 1841 y su primera inspectoría del trabajo unos treinta años más tarde. Se comenzó a contratar a inspectores especializados y se empezó a tener como meta, en especial, que los lugares de trabajo fueran más seguros.

En los primeros años del siglo XX se consolidan los inspectores de fábricas que habían iniciado sus actuaciones a partir de la última década del siglo XIX. Gran Bretaña fue el primer país en el que se inició el funcionamiento de la Inspección de Trabajo, aunque nunca alcanzaría las dimensiones del continente, probablemente por el rápido desarrollo de la negociación colectiva: en 1887 se nombraron los primeros inspectores “auxiliares” pertenecientes a la clase obrera que desaparecieron alrededor de 1920. Las funciones de la inspección de fábricas se limitaron a la investigación y a la exigencia del cumplimiento de la legislación tanto en el medio fabril como en otras industrias (minería, explosivos o productos químicos).

Hasta 1887 no se creó un cuerpo de inspectores en todos los Estados alemanes formado por funcionarios especiales que estaban encargados de esta función en exclusiva o junto a las autoridades policiales. Una Ley francesa de 2 de noviembre de 1892 creó un cuerpo administrativo que dependía del Estado: sus miembros tenían un contrato y eran seleccionados por oposición. Sus obligaciones eran muy generales, aunque poco a poco se fueron desarrollando algunos departamentos específicos para tratar problemas tales como los de empleo y mano de obra. La Ley de 1892 se modificada varias veces en 1937 y en 1941.

Existían tres cuerpos dentro de la organización general: los supervisores (controleurs) de trabajo, los de la mano de obra (bajo la autoridad de los inspectores y para prestarles ayuda) y los de administración.

En los Países Bajos el servicio de la Inspección del Trabajo se reorganizó en 1909. El Estado se dividía en diez regiones para el control y la supervisión, cada una de ellas contaba con un inspector general, acompañado por un consejero y una inspectora; se elegía también a un “controlador-trabajador” de entre los trabajadores que era el que tenía que presentar las denuncias concretas al inspector general.

La idea de nombrar delegados de seguridad elegidos entre los trabajadores se adopta por muchos países sobre todo en el ámbito del trabajo en las minas (Francia desde 1890, Bélgica, 1897 y los Países Bajos, 1906. Entre 1909 y 1910 se celebran Congresos Sociales en diferentes capitales y ciudades europeas. En las conclusiones de casi todos ellos se pide una mayor dotación de inspectores de trabajo e incluso se plantea la formación en esta responsabilidad a personal auxiliar – básicamente médicos, en los sectores de la producción de su competencia

En Frankfurt Main los obreros químicos se reúnen el 31 de mayo de 1909, aprueban la ampliación de las facultades de los inspectores y solicitan el aumento de

personal inspector formado por médicos y auxiliares elegidos por los obreros. En Hamburgo la IX Conferencia de la Unión de Obreros Metalúrgicos reclama en mayo de 1909 una reorganización de la Inspección concediendo mayores atribuciones a los inspectores. Se solicita la entrada como inspectores de médicos y personas competentes en higiene industrial y también a los trabajadores para velar por el cumplimiento de las leyes protectoras y de accidentes de trabajo. El 18 de julio de 1909 se celebra en Colonia el VII Congreso de los Sindicatos Cristianos y se reclama una inspección encaminada a asegurar el cumplimiento de las leyes protectoras de las obreras en las industrias químicas por medio de médicos competentes y por un personal auxiliar elegido entre los obreros. Los días 8, 9 y 10 de abril de 1910 se convoca en el Conservatorio de Música de París el IV Congreso de la Higiene y la Seguridad. El objetivo es estudiar seriamente los peligros del trabajo en ciertas industrias y reclamar de los poderes públicos una organización efectiva de la Inspección de Trabajo. En Turín los días 21 y 22 de febrero de 1910 se reúne en Sesión Plenaria el Consejo Nacional de la Confederación del Trabajo. Entre sus conclusiones destaca la extensión de la Inspección de Trabajo a todas las provincias de Italia.

El Primer Congreso suizo de trabajo a domicilio tiene lugar los días 7 y 8 de agosto de 1910 en Zurich. Su interés radica en que una clase de industria tan difícil de someter a intervención no quede exenta de inspección, gracias al concurso de las Sociedades obreras y de las Ligas sociales de compradores. En Viena (Favoritener Arbeiterheims) el 17 de octubre de 1910 con motivo del VI Congreso de Sindicatos austriacos acuerdan solicitar un aumento del número de inspectores del trabajo, reducción de los distritos que a cada uno corresponden, nombramiento de obreros y obreras para el cargo de Inspector y nombramiento de inspectores de industrias rurales. El XX Congreso Católico italiano se reúne en Módena los días 9-13 de noviembre de 1910. Nuevamente piden que no se olvide el estudio y la reglamentación del trabajo a domicilio, ni el de los sirvientes a los cuales debe fijarse un salario mínimo y que estas reformas tengan el apoyo de las Ligas de compradores y de una inspección especial, siempre que no vayan en contra de la dignidad y la autonomía de la familia.

Los Sindicatos Obreros de Noruega celebran su Congreso en la Casa del Pueblo de Christiania del 27 de junio al 3 de julio de 1910, en relación con la tarea de los Inspectores de Trabajo reclaman una estadística exacta de los jornales de las distintas profesiones. (Instituto de Reformas Sociales, Congresos Sociales, 1911). La colaboración como auxiliares de la Inspección de Trabajo de trabajadores de un ramo profesional o patronos y obreros de las poblaciones con un alto índice de industria fabril (el ejemplo de las Juntas Locales de Reformas Sociales en España) ha sido frecuente también en otras etapas históricas.

Han tenido singular relevancia los convenios internacionales, particularmente:

a) el Tratado de Versalles, en el marco de cuyas negociaciones se creó la Organización Internacional del Trabajo el 11 de abril de 1919 y conforme al cual cada Estado debía "organizar un servicio de inspección, en el que participarán las mujeres, a fin de velar por la aplicación de las leyes y reglamentos para la protección de los trabajadores"; y

b) el Convenio nº 81 de la propia Organización Internacional del Trabajo, de 1947 (ratificado por España en 1960), en el que se definen los principios generales que rigen la institución en la actualidad; principios que fueron incorporados a nuestro derecho por la Ley de 21 de julio de 1962.

2. ESPAÑA

a. RESTAURACIÓN

A partir de la Constitución de 1876, se establece en España un régimen de monarquía liberal, conocido como la Restauración. El sistema político instaurado es el de sufragio censatario o restringido, dado que solamente tenía derecho a voto una parte muy pequeña de ciudadanos, propietarios e industriales básicamente. Se estima que el censo electoral español entre 1879 y 1887 representa entre el 4,5% y el 5,7% de la

población española. Éste es el período de la alternancia política entre conservadores y liberales. El primer gobierno de la regencia de María Cristina, a la muerte de Alfonso XII, se produce en 1886. Entonces tuvo lugar el conocido como Pacto del Pardo, que consolidó el trono y permitió a Sagasta presidir el primer gobierno de la regencia hasta 1890, que se denominó “gobierno largo”. Durante aquellos años se promulgaron leyes importantes, como la de asociaciones (1887), del jurado (1888), la Ley de Bases para la Formación del Código Civil (1888), así como la implantación del sufragio universal masculino en 1890.

El RD de 5 de diciembre de 1883 crea la Comisión de Reformas Sociales, encuadrada en el Ministerio de la Gobernación (cosa que da una idea de la visión con la cual aún se aborda la “cuestión social”), con el siguiente objetivo:

“...estudiar todas las cuestiones que directamente interesan a la mejora o el bienestar de las clases obreras, tanto agrícolas como industriales, y que afectan a las relaciones entre el capital y el trabajo.”

Esta comisión está considerada por muchos como el origen de la Administración del Trabajo de nuestro país, puesto que entre sus funciones tenía las de informar sobre las condiciones sociales y económicas de la clase trabajadora, y sobre cuestiones laborales (huelgas, salarios, trabajo de mujeres y niños), así como la elaboración de proyectos de ley y de las primeras estadísticas laborales.

El Ministerio de Trabajo se creó, bajo el Gobierno de Eduardo Dato, por Real Decreto de 8 de mayo de 1920. Previamente se habían constituido el Instituto de Reformas Sociales (1903, heredero a su vez de la Comisión de Reformas Sociales, 1883) y el Instituto Nacional de Previsión (1908) que se integraron en el nuevo Departamento, también obtuvo las competencias del recién desaparecido Ministerio de Abastecimientos (1918-1920), predecesor del Ministerio de Trabajo. Asimismo, formaron parte de su estructura el Negociado de Trabajo de la Dirección General de Comercio, Industria y Trabajo, el Consejo de Emigración y el Patronato de Ingenieros y Obreros Pensionados para el Extranjero.² También se le atribuyeron las funciones de la Inspección de trabajo, que se había creado en 1906

La Inspección de Trabajo nace en nuestro país a principios del siglo XX como uno de los frutos más importantes del Instituto de Reformas Sociales, aprobándose su primer reglamento regulador por el Real Decreto de 1 de marzo de 1906. Desde tal fecha se le encomienda la vigilancia del cumplimiento de la incipiente legislación social de la época (Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900, Ley sobre Trabajo de Mujeres y Menores de 13 de marzo de 1900, Ley de Descanso Dominical de 3 de marzo de 1904,...).

Ocupando el poder Eduardo Dato, se aprueba el Acta de Compensación de los Trabajadores, que constituye la primera Ley española sobre Accidentes de Trabajo. Esta fue aprobada el 30 de enero de 1900, viniendo acompañada de un conjunto de normas y disposiciones que regulaban circunstancias de trabajo, enfocadas no sólo desde un punto de vista exclusivamente jurídico, sino también técnico, puesto que meses más tarde, concretamente el 28 de julio del mismo año, se aprobaba el Reglamento de Accidentes de Trabajo, desarrollándose con el Catálogo de Mecanismos Preventivos de los Accidentes de Trabajo que fue aprobado y publicado cinco días más tarde, a través de un Real Decreto fechado el 2 de agosto.

En 1903, con el RD de 23 de abril, se crea el Instituto de Reformas Sociales, que tendrá vigencia hasta 1920, cuando se crea el Ministerio de Trabajo. En su preámbulo consta lo siguiente:

“se hace ya indispensable un organismo adecuado para perfilar y reparar los accidentes de trabajo y otras materias (...) desarrollar gradual y sistemáticamente nuestra legislación social y conseguir incorporar a la vida nacional lo que en ella se disponga (...)”

Y en su artículo 11:

“...un Instituto de Reformas Sociales en el Ministerio de la Gobernación, que estará encargado de preparar la legislación del trabajo en su más amplio sentido, cuidar su ejecución organizando para ello los necesarios servicios de inspección y estadística, y

favorecer la acción social y gubernativa en beneficio de la mejora o bienestar de las clases obreras.”

Todo este conjunto legislativo y reglamentario, se complementa con la regulación de un procedimiento para que pueda conocerse con mayor exactitud, los accidentes que ocurran en las industrias. Esto se concreta en el Libro Registro de Accidentes, obligatorio en las empresas a partir del 5 de agosto de 1900, lo que permitió el poder elaborar estadísticas relativamente fiables a partir de ese momento. Al tiempo, se regularon Sociedades de Seguros contra Accidentes de Trabajo, antecedente casi inmediato de las actuales Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Por Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1903, se establece la inclusión de la Enfermedad Profesional dentro del concepto de Accidente de Trabajo.

Esta legislación se extrapola a nivel local, donde los Ayuntamientos, a través de Ordenanzas Municipales, pueden regular situaciones preventivas encaminadas a combatir los accidentes de trabajo.

El horario laboral, también es motivo de limitación, al considerarlo elemento básico en la prevención, bajo el principio de: menor esfuerzo, menor nivel de exposición, igual a mejor nivel de salud. Así se establecen en 1902, un máximo de 11 horas al día para mujeres y niños, que son reducidas, por el gobierno liberal del Conde de Romanones (1919) en términos absolutos a 8 horas/día o su equivalente de 48 horas/semana, para todos los trabajadores y oficios. Es en 1903 cuando se establece en España la obligatoriedad del descanso semanal, exento de cualquier exigencia religiosa, pero es evidente, que la creencia particular del hombre público, influye en lo que legisla.

La mujer recibe un tratamiento proteccionista, cuando en 1907 se establece entre otras circunstancias favorables, los períodos de lactancia, eximiéndola de asistir al trabajo en esas circunstancias. Esa protección de la mujer y del menor, va a ser una

constante a lo largo de todo este siglo XX, salvo en momentos muy puntuales de un pretendido ultra-igualitarismo desproporcionado en muchos casos.

La construcción tiene también un apartado específico en cuanto a la vigilancia de las condiciones de trabajo, puesto que se establece la responsabilidad de los Directores de Obras en la previsión de los accidentes que pudieran ocurrir, estableciendo sistemas de seguridad para los andamios que tengan que montarse para la ejecución de las obras y control de los mismos por la Inspección de Trabajo.

Todo este conjunto de reglamentos, órdenes, reales decretos, leyes, etc., que establecen sistemas directos e indirectos de control de las condiciones de trabajo, que marcan las incapacidades que por los mismos se sufren por los daños derivados, tienen como órgano encargado de la vigilancia y cumplimiento normativo, dentro de la Administración del Estado, al Cuerpo de la Inspección de Trabajo; el Instituto de Reformas Sociales, emite un informe relacionado con las facultades que debe desempeñar dicho cuerpo, a fin de poder entrar en los establecimientos y cumplir con la misión encomendada.

Las funciones inspectoras son objeto de regulación ya en el año 1909 y, tras la creación del Ministerio de Trabajo el de 20 de mayo de 1920, se establece una Inspección General de carácter regional que se convertía en provincial con la reestructuración de dicho Ministerio efectuada en el año 1932.

La creación de la Inspección de Trabajo por el Reglamento de 1 de marzo de 1906 fue una consecuencia directa de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900, conocida como ley Dato en honor del político que la promovió.

La Inspección de Trabajo se crea en España en el año 1906 (Real Decreto de 1 de marzo), como respuesta de los gobiernos al incumplimiento sistemático de las primeras leyes de carácter laboral que entraron en vigor. El objetivo es vigilar el

cumplimiento de tres leyes: la de trabajo de mujeres y menores (1900), la de accidentes de trabajo (1901) y la de descanso dominical (1904).

La Inspección de Trabajo, creada por el ingeniero militar José Marvá y Mayer sobre la base de la Sección de Inspección existente en el Instituto de Reformas Sociales, “tenía como fin primordial la Seguridad e Higiene”.

Entre los requisitos que se exigían a los Inspectores de Trabajo “figura la exigencia de conocimientos técnicos, industriales y de trabajo, de higiene, de industria y de legislación española y comparada”.

Como señala Aragón Bombín “La historia de la Inspección de Trabajo en España constituye un ejemplo de la actuación de dos fuerzas contrapuestas. Una de carácter centrífugo... que cada vez que se abre un ámbito nuevo de actuación... considera necesario dotarse de un servicio de inspección propio y específico... y otra... de carácter centrípeto... que produce una confluencia de todos los efectivos inspectores en un solo cuerpo”.

Inicialmente, la Inspección de Trabajo tuvo un carácter pedagógico y persuasivo, de acuerdo con el espíritu armnicista del Instituto de Reformas Sociales y de su organizador, José María Marvá y Mayer. Los inspectores realizan su labor con una importante dosis de voluntarismo y conciencia social, aun sin contar con los necesarios medios para el pleno ejercicio de su autoridad. El primer ámbito de la actuación inspectora, velando por el cumplimiento de la legislación social existente, fue el trabajo de las mujeres y menores y el sector industrial. La Inspección de Trabajo, creada en 1906, convive en esta fase histórica con la Inspección de Emigración (1907) y la de Previsión (1921).

La creación en 1908, del Instituto Nacional de Previsión, lleva aparejada la obligación de cumplimentar un Parte de Accidente de Trabajo dentro de un plazo

reglamentado tras su materialización, lo que perfila aún más y mejor, el conjunto de actuaciones en la materia y que culmina con la necesidad de crear un Ministerio de Trabajo, que englobe todas las circunstancias de las relaciones laborales, incluyendo un “Servicio de Colocación Obrera”, cosa que se alcanza en el año 1920.

b. DICTADURA DEL GENERAL PRIMO DE RIVERA

En este período se introduce el concepto de Higiene Industrial a través del tratamiento que debe realizarse así como el seguimiento de las Enfermedades Profesionales.

Es de destacar el carácter proteccionista con que se crea el primer centro de Mutilados de Barcelona, dirigido por el Dr. Cusí y su homónimo en Madrid dirigido por el Dr. Oller. Por ello, las autoridades entienden la necesidad de modificar la legislación de 1900, aprobando en 1922 un nuevo Reglamento de Accidentes de Trabajo.

La Primera Guerra Mundial había supuesto para España, un importante desarrollo de la industria en general y la textil en particular, dada su no entrada en el conflicto bélico. Pero ello supuso, además del consiguiente incremento de la producción, una espectacular subida del número de accidentes de trabajo, por lo que el gobierno se vio en la necesidad de aprobar la nueva Ley de Accidentes de Trabajo, en enero de 1922, incorporando como novedad, la obligatoriedad del descanso nocturno de la mujer trabajadora.

No obstante, los recursos empleados para combatir de manera eficaz los riesgos profesionales se mantuvieron durante éste período, estando sujetos a la aprobación o modificación, en su caso, de disposiciones legales para que el órgano que las fiscalizara,

pudiera previamente especializarse en la materia para poder actuar en consecuencia. En nuestro caso, sigue siendo la Inspección de Trabajo, quien ayuna de recursos técnicos, deberá seguir abordando esta ciencia, con resultados escasamente positivos, pese a su buena voluntad. Pero se abre un campo novedoso tras el control de las Enfermedades Profesionales. La idea genérica de que la enfermedad debe ser curada por la medicina, cosa, por otra parte lógica, permite que aparezcan servicios e instituciones, que basadas en los resultados de las investigaciones y publicaciones sobre ellas, relacionadas con la Higiene del Trabajo, den respuesta a estos problemas desde una óptica más técnica, vinculándolas a los condicionantes del puesto de trabajo.

Ante la proliferación de establecimientos o empresas capaces de generar molestias o daños a los ciudadanos y a la vista de criterios generalizados sobre protección de la salud, se aprobó un Reglamento que constituyó un Sistema de Gestión, cuya vigilancia correspondía a los Ayuntamientos, sin menoscabo de las competencias que el Reglamento de Empresas Peligrosas, Incómodas e Insalubres, reservaba a la Inspección de Trabajo. Así mismo se regularon actividades en las que el uso de la pintura fuera actividad habitual, lo que deja aún más claro, la preocupación por la Enfermedad Profesional, aunque sólo fuera en aspectos formales.

c. LA SEGUNDA REPUBLICA

Instaurada la II República y siendo Ministro Francisco Largo Caballero se dictó el Decreto sobre Asociaciones Obreras, mediante el cual estas entidades pasaron a la jurisdicción del Ministerio de Trabajo desde el de Gobernación.

Una de las primeras intervenciones durante este período considerado en materia de seguridad en el trabajo, es la aprobación de un Reglamento estableciendo procedimientos para aplicar y controlar el empleo de diversos pigmentos en pinturas de

interior en edificios, cuyo antecedente se encuentra en el ya comentado Real Decreto de 19 de febrero de 1926.

Quizás donde más énfasis pusieron los sucesivos gobiernos de la II República española, fue en la ampliación de la legislación en materia de accidentes de trabajo al sector agrario, tan mayoritario y decisorio en aquellos momentos, lo que llevó a que se aprobara un Texto Refundido de Accidentes de Trabajo, con desarrollo reglamentario en el que se incluyó a todos los efectos como accidente laboral, el ocurrido en el desempeño de tareas en el campo.

El sector minero, fue otra piedra angular del período. Un Reglamento sobre Policía Minera, sustituye al hasta entonces en vigor del año 1910 y en él, se incluyen las medidas a adoptar para la seguridad e higiene de las explotaciones y protección de la salud de los mineros. En este Reglamento aprobado, se incluyeron no sólo las actividades mineras, sino también las fábricas metalúrgicas, las de abonos, los túneles de ferrocarril y otras actividades similares.

La Gestión de la Prevención, recaía sobre los Ingenieros de Minas, garantes de la seguridad en el ámbito de sus competencias, en las que se incluían las cuestiones técnicas, por razones obvias y la de prevención de accidentes. Fue un paso importante para el momento, al pretender que la Prevención de Riesgos Laborales, al menos en algunos sectores industriales, se analizara y controlara desde ópticas técnicas, aunque lamentablemente, no tuvo la continuidad deseada.

El gobierno de 1931 ratifica lo ya legislado en cuanto a jornada laboral por el Conde de Romanones en 1919, es decir, 8 horas diarias o 48 horas semanales, dado el casi permanente incumplimiento que de esta norma se hacía. En ese mismo orden de cosas, se ratifican también los Convenios Internacionales referentes al trabajo nocturno de la mujer, edad mínima de acceso al trabajo, así como una de especial importancia, de

indemnizaciones por accidentes de trabajo, en base a la acción reparadora a que el trabajador tiene derecho en virtud del trabajo que realiza.

También hay que destacar las circunstancias que rodean los servicios de higiene y locales anexos al trabajo, que las empresas deben incorporar en sus diseños. Así por ejemplo, los locales destinados a comedores, son motivo de reglamentación especial, al igual que los de aseo personal, cocinas, dormitorios, etc.

Un Decreto del año 1935 prohíbe la utilización de sacos, fardos o cualquier utensilio similar, para el transporte, carga o descarga, que haya de hacerse a brazo y cuyo peso sea superior a los 80 kg. No obstante, deja un margen al asesoramiento técnico, para que si así se estima conveniente, pueda elevarse esa cifra lo necesario,”(...)a fin de causar el menor perjuicio posible a las industrias de producción, de los efectos que pueda producirle”. La carga es también motivo de regulación, en cuanto a la publicidad de sus características, puesto que cuando se alcanzaran cargas con un peso superior a los 100 kg, destinadas a ser transportadas por mar o vía navegable interior, antes de ser embarcadas debería indicarse su peso marcado en el exterior, “(...) de modo claro y duradero”.

Una importante ampliación de las competencias de la Inspección de Trabajo se produce en el año 1939 con la creación del Cuerpo Nacional de la Inspección de Trabajo y la consecuente integración en el mismo de la Inspección de Seguros Sociales y de la Inspección de Emigración.

Si bien esta etapa histórica fue cronológicamente breve, hubo un notable salto cualitativo en la legislación social durante la II República, a través de la que se intentó dar respuesta a los graves problemas sociales heredados de la etapa anterior.

Francisco Largo Caballero, Ministro de Trabajo de 1931 a 1933, es el impulsor de las distintas leyes promulgadas. Es el momento en que se dota a la Inspección de

Trabajo de la autoridad que le faltaba en el periodo anterior, regulándose un sistema de acceso al Cuerpo por oposición. En 1933 se celebran las primeras, en las que se valoraba la experiencia como obrero para el acceso a algunos puestos de Inspección.

d. DICTADURA DEL GENERAL FRANCO

La primera repuesta legislativa, la constituyó la Orden del Ministerio de Trabajo de 31 de enero de 1940, que aprobó el Reglamento General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, que en su artículo 1.º indicaba como objetivo, con carácter general y mediante las prescripciones que se aportaban, el “(...) proteger al trabajador contra los riesgos propios de su profesión, que ponen en peligro su salud y su vida”.

Bajo la Dictadura franquista y la supresión de las libertades de sindicación, manifestación y huelga así como la negociación colectiva, el Ministerio, sin perjuicio de la labor del Sindicato Vertical, amplió su capacidad de acción, estableciendo hasta el detalle de las condiciones laborales.

Es el primer Reglamento que se aprueba en España sobre Seguridad e Higiene en el Trabajo, con carácter propiamente técnico. Puede observarse que los anteriores fueron aprobados regulando el accidente de trabajo; sin embargo este, reguló la forma de prevenirlo con aplicación de técnicas específicas. El paso adelante, se produjo en ese momento de manera segura, firme y hasta cierto punto, espectacular.

El Reglamento de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 1940 tiene carácter general y proporciona respuesta al mandato del Estado reflejado en el Fuero de Trabajo, puesto que es el propio Estado, quien debe prestar asistencia y tutela al trabajador,

ejerciendo una acción constante y eficaz en defensa del mismo, de su vida y de su trabajo.

El control del reglamento se encomienda a la Inspección de Trabajo, quien tiene la obligación de velar por el cumplimiento de aspectos técnicos tan dispersos como, entre otros, el análisis de los lugares de trabajo, inspección de motores, transmisiones y máquinas, circuitos eléctricos, higiene industrial en el medio ambiente de trabajo, aparatos elevadores, seguridad en andamios, prevención y extinción de incendios e iluminación de centros de trabajo.

Cuatro años más tarde, en 1944, se aprueba una norma verdaderamente novedosa hasta el momento, consistente en el establecimiento de mecanismos representativos y participativos en las empresas, con el objetivo de vigilar el cumplimiento de lo legislado sobre seguridad e higiene en el trabajo, efectuar investigación de accidentes laborales y enfermedades profesionales, configurar estadísticas, organizar la lucha contra los incendios y todo lo relativo a la formación y propaganda, (así se denominaba a la información en la materia). Se trata de los Comités de Seguridad e Higiene en el Trabajo.

Puede leerse en el texto legislativo por el que se aprobó la constitución y funciones de los Comités de Seguridad e Higiene en el Trabajo, que obligatoriamente, pertenecería como miembro de pleno derecho, el Ingeniero de Seguridad, cuya designación se producía por “(...) elección entre los Ingenieros con título oficial del establecimiento, como el más adecuado por su especialidad y condiciones para el cargo”. También debería pertenecer al mismo Comité, un Médico del Trabajo, que hubiera seguido formación específica, en el entonces recientemente creado Instituto Nacional de Medicina, Higiene y Seguridad del Trabajo. Tenemos perfilado pues, la primera dedicación específica a la Gestión de la Prevención de Riesgos Laborales de un cuerpo técnico, significado en los Ingenieros de Seguridad. Estos estuvieron en el punto de partida de un largo y laborioso período de asentamiento de la mejora de los procesos

productivos, a través de la aplicación de medidas específicas en Seguridad en el Trabajo, Higiene Industrial y Formación en la materia, para trabajadores y mandos intermedios.

El Estado franquista unifica los tres cuerpos de Inspección -de Trabajo, de Emigración y de Seguros Sociales- en el Cuerpo Nacional de Inspección de Trabajo. Acrecen en esta etapa histórica nuevas funciones inspectoras, como la mediación en conflictos colectivos y el asesoramiento a empresarios y trabajadores, entre otras. Todo ello se produce dentro de un marco donde las relaciones laborales no son libres y se instaure un sistema de afiliación obligatoria que encuadra a los trabajadores en un modelo de sindicalismo vertical.

Otro paso importante de la época referenciada, lo tenemos en 1956 cuando se implantan en España con carácter obligatorio para las empresas, los Servicios Médicos de Empresa, que se crearon con el objetivo de “(...) conservar y mejorar la salud de los trabajadores, su protección contra los riesgos médicos genéricos o específicos del trabajo y contra la patología común previsible, la promoción adecuada del personal hacia los distintos puestos de trabajo y su tutela biológica para el aumento eficaz del rendimiento individual y colectivo”. Un Decreto aprobado tres años más tarde, reorganizó estos Servicios Médicos de Empresa, obligando a constituirlos en empresas con más de 1.000 trabajadores, pudiendo establecerse la forma de Servicio Mancomunado en las empresas de más de 100 y menos de 1.000 trabajadores. De manera casi simultánea, se publicó un nuevo Reglamento de funcionamiento y organización interna. Con la creación de estos Servicios Médicos de Empresa, nuestro país se adelantó en tres años a la Recomendación núm. 112 de la O.I.T., promulgada en 1959, que recomendaba a los Estados adheridos, la creación obligatoria de esos órganos en los centros de trabajo.

Las transformaciones económicas y sociales que se producen en la década de los años 50, ponen nuevas bases a la normativa de orden social en España. Ello deriva en la

sistematización de la Seguridad Social, en planes nacionales que promueven la seguridad e higiene en el trabajo y en una apreciable puesta al día del derecho laboral. La ratificación del Convenio n° 81 de la OIT, sobre Inspección de Trabajo, se traduce en 1962 en una novedosa ley ordenadora de la actividad inspectora, cuya vigencia se ha mantenido hasta 1997.

Nuevas integraciones se producen posteriormente como consecuencia de la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo de 1962, afectando a la Inspección Técnica de Previsión Social y a los Delegados de Trabajo.

e. DEMOCRACIA

Tras la restauración democrática, las competencias en materia de Seguridad Social pasaron en 1977 al recién creado Ministerio de Sanidad, aunque Trabajo las recuperó en 1981. En 1978 se creaba el Instituto Nacional de Empleo. Más tarde, la creación en 1988 del Ministerio de Asuntos Sociales supuso la pérdida de las políticas sociales, incluido el IMSERSO. No obstante, ambos Departamentos se fusionaron en 1996, tras la victoria electoral del Partido Popular, adscribiéndosele por primera vez los organismos Instituto de la Mujer e Instituto de la Juventud.

En virtud de los principios laborales trazados por la Constitución de 1978, cobra un gran protagonismo la concertación social y la negociación colectiva como fuente del Derecho. El reconocimiento del derecho a la huelga, a adoptar medidas de conflicto colectivo, la libre sindicación y la relevancia de la debida protección a la salud e integridad física de los trabajadores, entre otros aspectos, marcan las pautas de nuestro ordenamiento actual

En 1984 la Ley de Reforma de la Función Pública conformó de nuevo la Inspección de Trabajo, que se transforma en Inspección de Trabajo y Seguridad Social, organizando la función inspectora en torno a dos cuerpos, el Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y el de Controladores Laborales, como cuerpo de gestión.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a través de la Ley Ordenadora de 14 de noviembre de 1997, se ha adaptado al modelo constitucional del Estado de las Autonomías y a las nuevas demandas sociales. La emigración ilegal, la economía sumergida, la lucha contra la siniestralidad y la discriminación laboral, la precariedad en el empleo y el control del fraude a la Seguridad Social centran la actuación de la Inspección de Trabajo en los albores del siglo XXI. Esta labor se ve reforzada por la mejora de las infraestructuras tecnológicas y de los sistemas de Información definidos en el Proyecto LINCE, de modernización de la Inspección de Trabajo

Finalmente en el año 1997, a través de la Ley 42 de 14 de noviembre y conforme a la nueva organización territorial del Estado surgida de la Constitución de 1978, se configura el Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social como un conjunto institucional integrado, cuyas funciones se ejercitan de acuerdo con el ámbito de competencias propio del Estado y de las Comunidades Autónomas, por lo que se establecen las condiciones de participación de dichas Comunidades en el desarrollo del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Consecuentemente, esta Ley define un sistema institucional de Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se asienta conjuntamente en el ámbito del Estado y de las Comunidades Autónomas, en función de sus respectivas competencias y bajo el principio de colaboración interinstitucional.

Asimismo la Ley 42/1997 procede a la creación, como cuerpo de gestión, del Cuerpo de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social, en el que se integra el Cuerpo

de Controladores Laborales, adecuando y actualizando sus funciones inspectoras de apoyo y colaboración en el seno del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la que se integran.

Transcurridos por tanto 100 años desde la aparición de la Inspección de Trabajo en nuestro país, se puede afirmar que se ha recorrido un largo camino marcado por el cambio en los procesos industriales, en las relaciones de trabajo, en los modelos organizativos y en las instituciones, tanto nacionales como supranacionales, con la asunción de un progresivo protagonismo por parte de los agentes sociales.

En definitiva el entorno de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se encuentra sometido a un continuo cambio, lo que requerirá sin duda una adaptación constante de la Inspección a las nuevas realidades económicas y sociales para continuar así prestando esa función social.

II. CONCEPTO DE INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social órgano de la Administración General del Estado es el servicio público al que corresponde ejercer la vigilancia del cumplimiento de las normas laborales; de prevención de riesgos laborales; de Seguridad Social y protección social; de colocación, empleo y protección por desempleo; de cooperativas; de migración y trabajo de extranjeros; y de cuantas otras materias le sean legalmente atribuidas. En el ejercicio de tales funciones, corresponde a la Inspección de Trabajo exigir las responsabilidades pertinentes por los incumplimientos de aquellas normas del orden social. Igualmente, tiene atribuidas funciones de asesoramiento y puede desempeñar funciones de arbitraje, mediación y conciliación.

La Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en vigor desde el 22/07/2015 ha derogado la LEY 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Las funciones encomendadas a la Inspección de Trabajo son ejercidas por los funcionarios pertenecientes al Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, dotados de habilitación de ámbito nacional; que son auxiliados por los miembros del Cuerpo de Subinspectores Laborales (hasta fechas recientes, Cuerpo de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social), que contará con dos escalas especializadas, la Escala de Empleo y Seguridad Social y la Escala de Seguridad y Salud Laboral, todos ellos dotados de la misma habilitación nacional.

La Inspección de Trabajo es un servicio público al que corresponde ejercer una triple función: 1.^a Vigilar el cumplimiento de las normas de orden social y exigir las responsabilidades pertinentes en caso de incumplimiento; 2.^a Asesorar técnicamente a las empresas, a los trabajadores y a los jueces en diversas materias; 3.^a Ejercer la conciliación, mediación y, en su caso, arbitraje a petición de las partes en conflicto. La función inspectora se extiende a las empresas y centros de trabajo, aunque estén gestionados por las Administraciones Públicas o por entidades de Derecho Público, los medios de transporte en los que se preste trabajo, los puertos, estaciones y aeropuertos, las entidades colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social, las entidades públicas o privadas que colaboren con las Administraciones Públicas en protección social y las cooperativas. En el ejercicio de su función, los inspectores tienen el carácter de autoridad pública y están investidos de las facultades del art. 5 L 42/1997, entre las que destaca entrar libremente y sin aviso en los centros de trabajo. Las medidas de la Inspección de Trabajo están reguladas en el art. 7 de la citada ley. Los inspectores pueden, ante un incumplimiento de la normativa social, iniciar el procedimiento sancionador mediante la extensión de un acta de infracción. La Inspección eleva el acta a la autoridad laboral, que es quien impone la sanción. Los inspectores de trabajo actúan, en el ejercicio de sus funciones, de oficio o a instancia de parte.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) - de acuerdo con lo previsto en la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el RD 138/2000 de 4, de febrero así como en la Orden Ministerial de 12 de febrero de 1998 - es la organización administrativa responsable del servicio público de control y vigilancia del cumplimiento de las normas de orden social que incluye los servicios de exigencia de las responsabilidades administrativas pertinentes en que puedan incurrir empresas y trabajadores así como el asesoramiento e información a los mismos en materia laboral y de seguridad social (que pueda suscitarse con ocasión del ejercicio de la acción inspectora).

Para la prestación de los servicios a los ciudadanos la ITSS cuenta con funcionarios de nivel técnico superior y habilitación nacional pertenecientes al Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y de Seguridad Social y que realizan sus funciones con el mandato de estricto cumplimiento de los principios de independencia técnica, objetividad e imparcialidad prescritos en los convenios internacionales número 81 y 129 de la Organización Internacional del Trabajo. Las funciones de inspección de apoyo, colaboración y gestión precisas para el ejercicio de la labor inspectora son desarrolladas por los funcionarios del Cuerpo de Subinspectores Laborales, con la misma habilitación nacional.

La Dirección General de la ITSS asume como objetivo básico de su labor el impulso del cumplimiento voluntario de las obligaciones laborales y de Seguridad Social de empresas y trabajadores, desarrollando para ello tanto actuaciones preventivas como correctoras o sancionadoras, a través de requerimientos de cumplimiento de la normativa de orden social o de disposiciones relativas a la seguridad y salud de los trabajadores, requerimientos de ingreso de cuotas de Seguridad Social y conceptos asimilados, actas de infracción para la imposición de sanciones de orden social y actas de liquidación y demás documentos liquidatorios de cuotas de Seguridad Social.

En determinados procedimientos laborales en los que la Inspección de Trabajo participa (Expedientes de Regulación de Empleo, Comunicación de apertura de centros,

etc...), tendrán la consideración de autoridades laborales competentes, los órganos que cada Comunidad Autónoma determine.

III. LA OBLIGACIÓN DE COLABORAR CON LOS FUNCIONARIOS DEL SISTEMA DE INSPECCIÓN

Para el ejercicio eficaz de la función inspectora, es necesaria, en ocasiones, la colaboración de otros sujetos, personas físicas o jurídicas, sin cuya colaboración es difícil –a veces imposible– alcanzar el objetivo de la investigación.

Si un empresario deniega la entrada en el centro de trabajo, un trabajador rechaza dar su nombre, una empresa de trabajo temporal no aporta los contratos de puesta a disposición, etc., resulta bastante difícil lograr la verificación del cumplimiento de la normativa laboral.

Asimismo, en el desarrollo de las funciones de inspección, resulta necesario muchas veces conocer datos o actuaciones de otros organismos públicos, ya sean administrativos o judiciales. Las actuaciones policiales o forenses en un accidente de trabajo mortal, por ejemplo, suelen ser muy relevantes para la investigación de ese mismo accidente que debe realizar la Inspección de Trabajo.

Es por ello que la Ley de la Inspección de Trabajo establece obligaciones de colaboración y, en determinados casos, sanciones en caso de incumplimiento de esa obligación. Estas obligaciones de colaboración se refieren a:

1. Obligaciones de colaboración de empresarios, trabajadores y representantes de ambos:

- Atender debidamente a inspectores y subinspectores.
- Acreditar su identidad y la de quienes se encuentren en los centros de trabajo.
- Colaborar durante la visita u otras actuaciones.
- Declarar ante el funcionario sobre cuestiones que afecten a las comprobaciones inspectoras.
- Facilitar la documentación e información necesaria.

2. Obligaciones de otros sujetos responsables del cumplimiento de las normas de orden social (por ejemplo, un servicio de prevención):

- Se asimilan a los anteriores en cuanto a sus obligaciones de colaboración.

3. Obligaciones de otras personas naturales o jurídicas (aunque no sean el objeto de la actuación inspectora):

- Determinadas actuaciones inspectoras necesitan, para poder llevarlas a cabo con éxito, datos que pueden ser aportados por personas distintas del sujeto directamente investigado: el servicio de prevención, un banco, un cliente, un suministrador, el propietario de una nave industrial que la tiene alquilada a una determinada empresa, los ejemplos pueden ser múltiples.

- Estas personas tienen la obligación de proporcionar toda clase de datos, antecedentes o información con trascendencia para las actuaciones inspectoras, cuando

se deduzca de sus relaciones económicas, profesionales, empresariales o financieras con terceros sujetas a la acción inspectora.

- Esta obligación alcanza a entidades colaboradoras de los órganos de recaudación de la Seguridad Social y a entidades depositarias de dinero o fondos, en cuanto a la identificación de pagos realizados con cargo a las cuentas que se señalen; sin que pueda alegarse, en estos casos, el secreto bancario.

4. Obligaciones de las administraciones públicas, juzgados y funcionarios públicos:

- Administración tributaria: obligación de cesión de datos relevantes para la Inspección.

- Entidades gestoras y colaboradoras y servicios comunes de la Seguridad Social: tienen la misma obligación que en el caso anterior, con las mismas limitaciones.

- Fuerzas y cuerpos de seguridad: tienen obligación de auxiliar a la Inspección y colaborar con ella en el desempeño de sus funciones.

- Juzgados y tribunales de lo social, civiles, penales, mercantiles y de violencia de género: obligación de facilitar datos que se desprendan de las actuaciones que conozcan con trascendencia para la función inspectora.

IV. LA PARTICIPACIÓN SINDICAL EN LA PLANIFICACIÓN DE OBJETIVOS DE ACTUACIÓN DE LA ITSS

Los artículos 29 y 30 del reglamento establecen la programación de objetivos para la acción inspectora mediante la elaboración de programas generales –estatales– y territoriales –autonómicos y provinciales. Esta participación sindical está regulada en el artículo 44.5 en materia de prevención de riesgos laborales y en la disposición primera del RD Ley 5/2006, que establece la constitución, en el ámbito estatal, de una comisión paritaria dependiente del Ministerio de Trabajo, donde los sindicatos y la patronal serán consultados y podrán hacer propuestas para la planificación de las actuaciones de la ITSS.

V. EL CONTROL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO, EMPLEO, SEGURIDAD SOCIAL Y SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Son infracciones administrativas en el orden social las acciones u omisiones de los sujetos responsables (personas físicas o jurídicas y comunidades de bienes) tipificadas y sancionadas como tales en la normativa del orden social. Las infracciones se califican como leves, graves o muy graves en función de los derechos y deberes afectados en cada caso.

En función de la normativa de orden social infringida, se distinguen los siguientes tipos de infracciones administrativas:

Infracciones laborales:

Se incluyen aquí las acciones u omisiones de los empresarios contrarias a las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en

materia de relaciones laborales, tanto individuales como colectivas, de colocación, empleo, formación profesional ocupacional, de trabajo temporal y de inserción laboral. También se incluyen en este apartado las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, las acciones u omisiones de los empresarios, de las entidades que actúen como servicios de prevención ajenos a las empresas, 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 en el trabajo sujetas a responsabilidad, las infracciones en materia de derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria y las derivadas de incumplimiento de las obligaciones relativas a las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados temporalmente a España en el marco de una prestación transnacional.

Infracciones en materia de Seguridad Social:

Referentes a las acciones y omisiones de los sujetos responsables contrarias a la normativa legal y reglamentaria que regula el sistema de la Seguridad Social.

Infracciones en materia de emigración, movimientos migratorios y trabajo de extranjeros.

Infracciones en materia de sociedades cooperativas.

Infracciones por obstrucción a la labor inspectora.

Comprende, entre otras, las conductas que perturban, retrasan o impiden el ejercicio de las funciones de vigilancia y control del cumplimiento de la normativa del orden social que tienen encomendadas los Inspectores y Subinspectores.

Son sujetos responsables aquellos que incurren en la conducta, acción u omisión, tipificada como infracción en la normativa del orden social. En particular, y según el tipo de materia, los responsables son los siguientes:

En la relación laboral: el empresario.

En materia de prestaciones de Seguridad Social: los empresarios, trabajadores por cuenta propia o ajena o asimilados, perceptores y solicitantes de prestaciones, las entidades de formación o aquellas que asuman la organización de las acciones de formación profesional, los solicitantes y beneficiarios de ayudas y subvenciones públicas de Formación profesional para el empleo, las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, y demás entidades colaboradoras en la gestión.

En materia de colocación, fomento de empleo y formación profesional para el empleo: los empresarios y los trabajadores solicitantes de subvenciones públicas y en general las personas físicas o jurídicas.

En materia de trabajo de extranjeros: los empresarios y los trabajadores por cuenta propia.

En materia de movimientos migratorios: los transportistas, agentes, consignatarios, representantes, trabajadores y otros que intervengan.

Las cooperativas respecto a sus socios trabajadores y socios de trabajo.

Las agencias de colocación, las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias respecto a sus obligaciones.

En materia de prevención de riesgos laborales: los empresarios titulares del centro de trabajo, los promotores, propietarios de obra y los trabajadores por cuenta propia que incumplan las obligaciones que se deriven de la normativa aplicable.

Las entidades que actúen como servicios de prevención ajenos a las empresas, las personas o entidades que desarrollen la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas y las entidades acreditadas para desarrollar y certificar la formación en materia de prevención de riesgos laborales, que incumplan las normas sobre dicha materia.

Las empresas que contraten con trabajadores autónomos la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas, y que desarrollen en sus propios centros de trabajo.

Las personas físicas o jurídicas y las comunidades de bienes titulares de los centros de trabajo y empresas de dimensión comunitaria situadas en territorio español que incumplan las obligaciones de información y consulta a los trabajadores, según su normativa específica.

Los empresarios incluidos en el ámbito de aplicación de la normativa legal que regula el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, respecto de las condiciones de trabajo que deben garantizar a dichos trabajadores desplazados temporalmente a España

Las sociedades europeas y sociedades cooperativas europeas con domicilio social en España.

Los empresarios titulares de una empresa de inserción que incumplan las obligaciones que se tipifican en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre.

Las fundaciones y asociaciones de utilidad pública beneficiarias de donaciones y acciones de patrocinio para el desarrollo de actividades de inserción y de creación de empleo de personas con discapacidad..

Con carácter general, las infracciones en el orden social prescriben a los tres años contados desde la fecha de la infracción, salvo en los casos siguientes:

En materia de Seguridad Social, las infracciones prescribirán a los cuatro años.

En materia de prevención de riesgos laborales, las infracciones leves prescribirán al año; las graves, a los tres años, y las muy graves, a los cinco años.

En materia de sociedades cooperativas, las leves, a los tres meses; las graves, a los seis meses, y las muy graves, al año.

En materia de trabajo de extranjeros, las leves, a los seis meses; las graves, a los dos años, y las muy graves, a los tres años.

Al igual que las infracciones, las sanciones administrativas que pueden imponerse a los distintos sujetos responsables por incumplimientos de la normativa de orden social se encuentran recogidas en la Ley. Las sanciones son impuestas por las autoridades laborales competentes a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, previa instrucción del oportuno expediente y conforme a un procedimiento administrativo especial que se inicia con la extensión de acta de infracción.

Las sanciones pueden ser de varios tipos:

Multa pecuniaria.

Devolución de las cantidades indebidamente percibidas o no aplicadas correctamente por las empresas, como subvenciones o ayudas de fomento del empleo, pudiendo ser excluidas del acceso a los beneficios de los programas de empleo por un período máximo de un año.

Pérdida temporal de la pensión o prestación, o la extinción de la prestación o subsidio por desempleo o por incapacidad temporal, en el caso de trabajadores, solicitantes o beneficiarios de pensiones o prestaciones de la Seguridad Social, en función de la gravedad de la infracción cometida. Además podrán ser excluidos del derecho a percibir cualquier prestación económica y ayuda de fomento de empleo durante un año en caso de infracciones muy graves.

Por otro lado, los trabajadores que incurran en infracciones en materia de empleo, formación profesional, ayudas para fomento de empleo y prestaciones por

desempleo de nivel contributivo o asistencial perderán los derechos que como demandantes de empleo tuvieran reconocidos, quedando sin efecto su inscripción como desempleados.

Además de las sanciones señaladas, existen otras específicas respecto de determinados sujetos responsables como las Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social, Empresas que colaboran voluntariamente en la gestión o las Empresas de Trabajo Temporal.

En materia de trabajo de extranjeros, cuando el infractor sea extranjero, podrá aplicarse, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español.

La cuantía de las sanciones consistentes en multa pecuniaria depende de la materia en la que se ha producido la infracción, de la gravedad de ésta y de la presencia de determinadas circunstancias que permiten graduar la sanción en sus tramos mínimo, medio o máximo.

Entre los criterios previstos legalmente para graduar las sanciones figuran, entre otros, la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores o beneficiarios afectados en su caso, perjuicio causado y cantidad defraudada.

En algunas materias, como en prevención de riesgos laborales, se establecen criterios específicos de graduación de las sanciones.

Las multas pueden incrementarse sustancialmente en aquellos casos en los que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social aprecia la existencia de reincidencia.

Según la normativa del orden social infringido y la gravedad de la infracción, las cuantías de las sanciones son las siguientes:

Las infracciones en materia de relaciones laborales y empleo, Seguridad Social, emigración, movimientos migratorios y trabajo de extranjeros, en materia de empresas de trabajo temporal y empresas usuarias, así como las infracciones por obstrucción a la actuación inspectora se sancionarán:

Las leves, en su grado mínimo, con multa de 60 a 125 euros; en su grado medio, de 126 a 310 euros; y en su grado máximo, de 311 a 625 euros.

Las graves, con multa, en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros; en su grado medio, de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo, de 3.126 a 6.250 euros.

Las muy graves, con multa, en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio, de 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo, de 100.006 a 187.515 euros.

La infracción grave por no solicitar la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio, o solicitar la misma, como consecuencia de actuación inspectora, fuera del plazo establecido, se sancionará, a partir del 1 de agosto de 2011, con la multa siguiente: en su grado mínimo, de 3.126 a 6.250 euros; en su grado medio, de 6.251 a 8.000 euros y, en su grado máximo, de 8.001 a 10.000 euros. A estos efectos se considerará una infracción por cada uno de los trabajadores afectados.

La infracción muy grave por dar ocupación como trabajadores a beneficiarios o solicitantes de pensiones u otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social, cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena, cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de la actividad, se sancionará, a partir del 1 de agosto de 2011, con la multa siguiente: en su grado mínimo, de 10.001 a 25.000 euros; en su grado medio, de 25.001 a 100.005 euros y, en su grado máximo, de 100.006 a 187.515 euros.

No obstante, cuando con ocasión de una misma actuación de inspección se detecten varias infracciones de las contempladas en los dos puntos anteriores, la sanción que en su caso se proponga para cada una de ellas, graduada conforme a los criterios contenidos en el artículo 39.2 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), que procedan, se incrementará en:

Un 20% en cada infracción cuando se trate de dos trabajadores, beneficiarios o solicitantes.

Un 30% en cada infracción cuando se trate de tres trabajadores, beneficiarios o solicitantes.

Un 40% en cada infracción cuando se trate de cuatro trabajadores, beneficiarios o solicitantes.

Un 50% en cada infracción cuando se trate de cinco o más trabajadores, beneficiarios o solicitantes.

En ningún caso, la cuantía correspondiente a la infracción prevista en el artículo 22.2 podrá exceder de 10.000 euros, ni la prevista en el artículo 23.1.a) podrá exceder de 187.515 euros para cada una de las infracciones.

En caso de infracción por obstrucción a la labor inspectora en la comprobación de la situación de alta de los trabajadores y el incumplimiento del empresario pudiera dar lugar a la comisión de las infracciones señaladas en los dos supuestos anteriores, a partir del 1 de agosto de 2011 las infracciones por obstrucción se sancionarán:

Las calificadas como graves: en su grado mínimo, con multa de 3.126 a 6.250 euros; en su grado medio, de 6.251 a 8.000 euros y, en su grado máximo de 8.001 a 10.000 euros.

Las calificadas como muy graves: en su grado mínimo, con una multa de 10.001 a 25.000 euros; en su grado medio, de 25.001 a 100.005 euros y, en su grado máximo, de 100.006 a 187.515 euros.

La infracción grave por no ingresar, en la forma y plazos reglamentarios, las cuotas correspondientes que por todos los conceptos recauda la Tesorería General de la Seguridad Social o no efectuar el ingreso en la cuantía debida, habiendo presentado los documentos de cotización, siempre que la falta de ingreso no obedezca a una declaración concursal de la empresa ni a un supuesto de fuerza mayor, ni se haya solicitado aplazamiento para el pago de cuotas con carácter previo a la actuación inspectora, salvo que haya recaído resolución denegatoria, se sancionará con una multa en su grado mínimo del 50 al 65 por 100 del importe de las cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta no ingresados, incluyendo recargos, intereses y costas; en su grado medio, con multa del 65,01 al 80 por 100; y en su grado máximo, con multa del 80,01 al 100 por 100.

La infracción muy grave por no ingresar, en el plazo y formas reglamentarios, las cuotas correspondientes que por todos los conceptos recauda la Tesorería General de

la Seguridad Social, no habiendo presentado los documentos de cotización ni utilizado los sistemas de presentación por medios informáticos, electrónicos o telemáticos, así como retener indebidamente, no ingresándola dentro de plazo, la parte de cuota de Seguridad Social descontada a sus trabajadores o efectuar descuentos superiores a los legalmente establecidos, no ingresándolos en el plazo reglamentario, se sancionará en su grado mínimo con una multa de 100,01 al 115 por 100 del importe de las cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta no ingresados, incluyendo recargos, intereses y costas; en su grado medio con multa de 115,01 al 130 por 100; y en su grado máximo con multa del 130,01 al 150 por 100.

Las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales se sancionarán:

Las leves, en su grado mínimo, con multa de 40 a 405 euros; en su grado medio, de 406 a 815 euros; y en su grado máximo, de 816 a 2.045 euros.

Las graves, con multa, en su grado mínimo, de 2.046 a 8.195 euros; en su grado medio, de 8.196 a 20.490 euros; y en su grado máximo, de 20.491 a 40.985 euros

Las muy graves, con multa, en su grado mínimo, de 40.986 a 163.955 euros; en su grado medio, de 163.956 a 409.890 euros; y en su grado máximo, de 409.891 a 819.780 euros.

Las infracciones en materia de Cooperativas se sancionarán:

Las leves, con multa de 375 a 755 euros.

Las graves, con multa de 756 a 3.790 euros.

Las muy graves, con multa de 3.791 a 37.920 euros, o con la descalificación.

La cuantía de la multa propuesta por la Inspección de Trabajo en el acta de infracción determina cuál es la autoridad laboral competente para imponer la sanción.

Conforme a la Disposición Transitoria 2ª de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, hasta tanto no entren en vigor las disposiciones reglamentarias que se aprueben en desarrollo del artículo 48.1 del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, continuará siendo de aplicación la regulación en materia de atribución de competencias sancionadoras existentes con anterioridad a la entrada en vigor de la citada ley 23/2015.

En el ámbito de la Administración General del Estado, y respecto de las infracciones en el orden social, corresponde a la autoridad competente a nivel provincial la resolución de las propuestas de sanción de hasta 31.000 euros; al Director General competente, hasta 62.500 euros; a la Ministra de Empleo y Seguridad Social, hasta 125.000 euros, y al Consejo de Ministros, a propuesta del de Empleo y Seguridad Social, a partir de 125.001 euros.

En materia de prevención de riesgos laborales serán sancionadas, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por la autoridad competente a nivel provincial, hasta 40.985 euros; por el Director General competente, hasta 123.000 euros; por la Ministra de Empleo y Seguridad Social, hasta 409.900 euros, y por el Consejo de Ministros, a propuesta del de Empleo y Seguridad Social, hasta 819.780 euros.

Las infracciones en materia de cooperativas serán sancionadas, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por el órgano directivo del que dependa el Registro de Sociedades Cooperativas, hasta 7.600 euros, y por la Ministra de Empleo y Seguridad Social, hasta 37.920 euros y la descalificación.

La imposición de las sanciones por infracciones leves y graves a los trabajadores en materia de empleo, formación profesional y ayudas para el fomento del empleo, corresponde al servicio público de empleo competente, y la de las muy graves a la autoridad competente, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

La imposición de sanciones por infracciones en materia de Seguridad Social a los trabajadores corresponde, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a la entidad gestora o servicio común de la Seguridad Social competente, salvo que la sanción afecte a las prestaciones por desempleo, en cuyo caso la competencia correspondería a la entidad gestora de éstas.

En el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las infracciones de orden social, cuando corresponda a la Administración de las Comunidades Autónomas con competencia en dicha materia, se ejercerá por los órganos y con los límites de distribución que determine cada Comunidad Autónoma.

Procedimiento sancionador

La imposición de las sanciones por infracciones a la normativa de orden social le corresponde a la autoridad laboral competente. La autoridad laboral puede ser un órgano con potestad sancionadora en esta materia de la Administración General del Estado o bien de la Administración de la Comunidad Autónoma. Tales sanciones son impuestas a

propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, previa instrucción del oportuno expediente y conforme a un procedimiento administrativo especial.

El procedimiento sancionador se inicia con la extensión de acta de infracción por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que es notificada a su titular o titulares.

En las actas de infracción se identifica el sujeto o sujetos responsables, se señalan los hechos y circunstancias comprobadas por el funcionario y que motivan el acta, el tipo y la calificación como leve, grave o muy grave de la infracción que tales hechos suponen, los criterios de graduación y la cuantía de la sanción propuesta. En su caso, se indican las sanciones accesorias propuestas y los responsables solidarios o subsidiarios de la infracción de acuerdo a la normativa de aplicación.

Cuando el acta de infracción en materia de prevención de riesgos laborales se extienda a la vista del informe emitido como consecuencia de las actuaciones practicadas previamente por funcionarios técnicos habilitados por las Administraciones públicas, se hará expresa mención de tal circunstancia en el acta, y se indicará que se actúa por expediente administrativo.

Las actas de infracción han de identificar la autoridad competente para resolver el expediente ante la cual los interesados podrán presentar alegaciones. El plazo para presentar alegaciones es de 15 días hábiles, contados a partir del día siguiente al de la notificación del acta.

Transcurrido el plazo de alegaciones, el órgano competente dictará la resolución correspondiente. Esta resolución podrá confirmar el acta de infracción, modificarla o dejarla sin efecto.

Las resoluciones recaídas son notificadas a los interesados, advirtiéndoles de los recursos que corresponden contra ellas, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos.

En el supuesto de que la resolución imponga sanciones pecuniarias, la resolución señalará el plazo, lugar y forma de efectuar el ingreso en período voluntario, así como las advertencias correspondientes respecto de su cobro por vía ejecutiva si no se procede al pago en período voluntario y no se interpone, en su caso, el correspondiente recurso.

Procedimiento liquidatorio

Dentro de las funciones atribuidas a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se encuentra el control del cumplimiento de la normativa en materia de cotización a la Seguridad Social y respecto de los demás conceptos de recaudación conjunta. Cuando la Inspección constata la existencia de deudas podrá, según los casos, proceder de la siguiente manera:

Requerir al sujeto responsable el ingreso de su pago, absteniéndose en tal caso de iniciar expediente sancionador y liquidatorio. Este requerimiento puede formularse indicándose en todo caso los elementos esenciales de determinación de la deuda, plazo para su ingreso y la obligación de justificar documentalmente ante la Inspección la efectividad de tal ingreso.

El ingreso de la deuda por cuotas contenidas en el requerimiento será hecho efectivo en el plazo que se determine, el cual no será inferior a un mes ni superior a cuatro meses.

En caso de incumplimiento del requerimiento se procederá a extender acta de liquidación y de infracción por impago de cuotas.

Iniciar el procedimiento liquidatorio, mediante la extensión de Acta de Liquidación de Cuotas. Las Actas de Liquidación son extendidas cuando las deudas son originadas por:

Falta de afiliación o alta de los trabajadores en cualquiera de los Regímenes del Sistema de la Seguridad Social.

Diferencias entre lo que debió ingresarse y lo efectivamente ingresado.

Por derivación de responsabilidad del sujeto obligado al pago en los supuestos previstos en la Ley.

Aplicación indebida de las bonificaciones en las cotizaciones de la Seguridad Social, previstas reglamentariamente para la financiación de las acciones formativas del subsistema de formación profesional para el empleo.

Comunicar a la Tesorería General de la Seguridad Social la deuda constatada mediante la extensión de propuesta de liquidación, a efecto de que por dicho organismo se efectúen las correspondientes reclamaciones de cuotas al sujeto deudor.

Las deudas por cuotas a la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta prescriben a los cuatro años, contándose a partir del día siguiente al del mes en el que debieron ingresarse tales cuotas.

Actas de liquidación

Las actas de liquidación extendidas una vez notificadas a los interesados, tendrán el carácter de liquidaciones provisionales que se elevarán a definitivas tras el trámite de audiencia al interesado por la Dirección General o Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Contra dichos actos liquidatorios definitivos cabrá recurso de alzada ante el órgano superior jerárquico del que los dictó.

De las actas de liquidación se dará traslado a los trabajadores, pudiendo los que resulten afectados interponer reclamación respecto del período de tiempo o la base de cotización que la liquidación se contrae.

El ingreso de la deuda puede ser hecho efectivo hasta el último día del mes siguiente al de la notificación del acta de liquidación, una vez dictado el acto administrativo definitivo de liquidación, iniciándose en otro caso el procedimiento de deducción o el procedimiento de apremio en los términos establecidos en la Ley.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social practicará simultáneamente las actas de infracción y actas de liquidación que se refieran a los mismos hechos. Si el sujeto infractor diese su conformidad a la liquidación practicada y efectuase su ingreso

en plazo, el importe de la sanción propuesta en el acta de infracción se reducirá automáticamente al 50 por 100 de su cuantía. Esta reducción automática sólo podrá aplicarse en el supuesto de que la cuantía de la liquidación supere la de la sanción propuesta inicialmente.

Tablón Edictal Único

Como medio oficial de publicación de las notificaciones de los actos administrativos dictados en el ámbito de la Inspección de Trabajo se dispone del Tablón Edictal Único, a través del “Boletín Oficial del Estado”, contemplado en el artículo 59.5 de la Ley 30/1992 (en su nueva redacción introducida por la Ley 15/2014).

Por dicho medio podrá procederse a la publicación de los actos administrativos dictados en el ámbito de la Inspección de Trabajo en los siguientes supuestos:

Cuando el interesado en el procedimiento sea desconocido.

Cuando se ignore el lugar de notificación o el medio por el que ha de practicarse.

Cuando intentada la notificación esta no haya podido practicarse.

VI. FUNCIONES DE LOS SERVICIOS DE INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

La Ley 23/2015, de 21 de julio (BOE del 22 de julio), Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, atribuye a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la vigilancia del cumplimiento de la normativa en el orden social. Esta normativa es muy amplia y comprende, entre otras las relativas a materias laborales, de prevención de riesgos laborales, de Seguridad Social y protección social, colocación, empleo, formación profesional para el empleo y protección por desempleo, economía social, emigración, movimientos migratorios y trabajo de extranjeros, igualdad de trato y oportunidades y no discriminación en el empleo, así como cuantas otras le sean atribuidas. También realiza funciones de asesoramiento, asistencia técnica y en su caso, de conciliación, mediación y arbitraje.

La función inspectora es desempeñada por los funcionarios del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y por los funcionarios del Cuerpo de Subinspectores Laborales.

De acuerdo con la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social tienen competencia en materia de relaciones laborales, prevención de riesgos laborales, Seguridad Social, empleo, migraciones (trabajo de extranjeros y movimientos migratorios) y asistencia técnica.

Por su parte el Cuerpo de Subinspectores Laborales cuenta con dos Escalas especializadas: la Escala de Empleo y Seguridad Social y la Escala de Seguridad y Salud Laboral. Los Subinspectores pertenecientes a la primera Escala tienen competencias en materia de empleo, Seguridad Social, trabajo de extranjeros, comprobación del cumplimiento de las normas que prohíben la admisión al trabajo de los menores de dieciséis años, y comprobación del cumplimiento de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales.

Los Subinspectores Laborales pertenecientes a la Escala de Seguridad y Salud Laboral tienen competencias (con ciertas limitaciones) en materia de prevención de riesgos laborales.

Las Comunidades Autónomas pueden acreditar a funcionarios técnicos como colaboradores de la Inspección en materia de prevención de riesgos laborales.

Toda persona que tenga conocimiento de hechos que pudieran constituir infracciones en materia laboral, seguridad y salud laboral, Seguridad Social, empleo, etc. Es decir, pueden presentar denuncia no sólo quienes estuvieran directamente afectados por las supuestas infracciones. Igualmente, empresarios y trabajadores pueden solicitar al inspector información técnica con ocasión de la actuación inspectora.

La solicitud de actuación de la Inspección de Trabajo se puede realizar, mediante la presentación de una denuncia, a través de las siguientes vías:

Presentación presencial: Personándose en los registros de las Inspecciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social, Áreas o Dependencias Provinciales de Empleo y Seguridad Social, y unidades correspondientes de las Comunidades Autónomas, así como de las administraciones locales, siempre que exista el correspondiente convenio.

Presentación telemática: A través de la Sede Electrónica del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, en la siguiente dirección:http://www.empleo.gob.es/es/sede_electronica_menu/index.htm.

Presentación por vía postal: Dirigidas a la oficina correspondiente de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

La denuncia, en todo caso, debe contener, además de los datos de identificación del denunciante y su firma, los hechos presuntamente constitutivos de infracción, fecha y lugar en que se produjo la infracción, identificación de los presuntamente responsables y demás circunstancias relevantes. Las denuncias presentadas tienen carácter confidencial.

En las Inspecciones provinciales puede obtenerse un modelo normalizado de denuncia.

Este modelo también se encuentra disponible en la página de Internet: <http://www.empleo.gob.es>

Hay que destacar que el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, a través de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ha puesto a disposición de todos los ciudadanos, un “Buzón de lucha contra el Fraude Laboral” en la dirección <http://www.empleo.gob.es/buzondelfraude/index.jsp> donde podrá facilitarse información a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre irregularidades en el ámbito del fraude laboral. Esta comunicación, al distinguirse de la acción de denuncia, no requiere la identificación del comunicante.

La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se desarrollará mediante visita de inspección a los centros o lugares de trabajo, sin necesidad de aviso previo, pudiendo realizarse dichas visitas por un único funcionario o conjuntamente por varios y podrá extenderse durante el tiempo necesario.

La inspección también puede realizarse mediante requerimiento de comparecencia ante el funcionario actuante de quien resulte obligado (empresarios, trabajadores o beneficiarios de las prestaciones sociales) aportando la documentación que se señale en cada caso, o para efectuar las aclaraciones pertinentes en las oficinas de la Inspección u otra oficina pública.

Igualmente la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrá actuar mediante comprobación de datos y antecedentes que obren en las Administraciones Públicas. Podrán valorarse también los datos o antecedentes que le suministren otras Administraciones Públicas de la Unión Europea.

Por último, la Inspección puede actuar mediante expediente administrativo, cuando de su contenido se dedujeran los elementos suficientes de comprobación y de convicción para iniciar y concluir la actividad inspectora.

Cuando iniciada la visita de inspección no fuese posible su prosecución y finalización por no aportar el sujeto a inspección los antecedentes o documentos solicitados, la actuación proseguirá en virtud de requerimiento para su aportación en la oficina pública correspondiente.

Las actuaciones comprobatorias de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a un mismo sujeto no podrán dilatarse por un tiempo superior a nueve meses; salvo dilaciones imputables al sujeto inspeccionado o a las personas dependientes del mismo.

No obstante, podrá ampliarse dicho plazo por otro periodo que no excederá de nueve meses, cuando concurren las siguientes circunstancias:

Cuando las actividades de inspección revistan especial dificultad y complejidad.

Cuando en el transcurso de las mismas se descubra que el sujeto inspeccionado ha obstruido u ocultado al órgano inspector alguna de sus actividades, o de las personas que las desempeñen

Cuando la actuación inspectora requiera de cooperación administrativa internacional.

Una vez iniciadas las actuaciones comprobatorias no podrán interrumpirse por tiempo superior a cinco meses, salvo que la interrupción sea causada por el sujeto inspeccionado o personas de él dependientes, o cuando se constate la imposibilidad de proseguir la actuación inspectora por la pendencia de un pronunciamiento judicial que pueda condicionar el resultado de la misma. En el cómputo de dichos plazos no se considerará incluido el tiempo transcurrido durante el plazo concedido al sujeto obligado en el supuesto de formularse requerimiento de subsanación de incumplimientos previos por parte del órgano inspector.

Los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad extenderán diligencia por escrito de cada actuación que realicen con ocasión de las visitas a los centros de trabajo o de las comprobaciones efectuadas mediante comparecencia del sujeto inspeccionado en dependencias públicas.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social es responsable de la vigilancia y control del cumplimiento de normas de orden social en todos los sectores de actividad económica (industria, construcción, servicios y agricultura), exceptuándose sólo algunos establecimientos, locales e instalaciones cuya vigilancia esté legalmente atribuida a

otros órganos de las Administraciones Públicas. Así, la actuación de la Inspección se ejerce en:

Las empresas, los centros de trabajo y, en general, los lugares en que se ejecute la prestación laboral, aun cuando estén directamente regidos o gestionados por las Administraciones Públicas o por entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualesquiera de ellas, con sujeción, en este último caso, a lo previsto en la normativa que regula dicha actuación en las Administraciones Públicas.

Los vehículos y los medios de transporte en general, en los que se preste trabajo, incluidos los trenes, los aviones y aeronaves civiles, así como las instalaciones y explotaciones auxiliares o complementarias en tierra para el servicio de aquéllos.

Los buques de pabellón español de la marina mercante y los buques de pabellón español de pesca, que se hallen en puertos del territorio español o en aguas en las que España ejerza soberanía, derechos soberanos o jurisdicción, así como las instalaciones y explotaciones auxiliares o complementarias para el servicio de estos que se hallen en tierra y en territorio español.

Los puertos, aeropuertos, vehículos y puntos de salida, escala y destino, en lo relativo a los viajes de emigración e inmigración interior.

Las entidades y empresas colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social.

Las entidades públicas o privadas que colaboren con las distintas Administraciones Públicas en materia de protección y promoción social.

Las sociedades cooperativas en relación a su constitución y funcionamiento y al cumplimiento de las normas del orden social en relación a sus socios trabajadores o socios de trabajo, y a las sociedades laborales en cuanto a su calificación como tales, sin perjuicio de lo que establezca la legislación aplicable a la materia.

Los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y los Subinspectores Laborales, en el ejercicio de sus funciones, están autorizados para:

Entrar libremente en cualquier momento y sin previo aviso en todo centro de trabajo, establecimiento o lugar sujeto a inspección y a permanecer en el mismo. Si el centro sometido a inspección coincidiese con el domicilio de la persona física afectada, deberán obtener su expreso consentimiento o, en su defecto, la oportuna autorización judicial.

Al efectuar una visita de inspección, deberán comunicar su presencia al empresario o a su representante o persona inspeccionada, a menos que consideren que dicha comunicación pueda perjudicar el éxito de sus funciones.

Requerir información, solo o ante testigos, al empresario o al personal de la empresa sobre cualquier asunto relativo a la aplicación de las disposiciones legales, así como a exigir la identificación, o razón de su presencia, de las personas que se encuentren en el centro de trabajo inspeccionado.

Exigir la comparecencia del empresario o de sus representantes y encargados, de los trabajadores, de los perceptores o solicitantes de prestaciones sociales y de cualesquiera sujetos incluidos en su ámbito de actuación, en el centro inspeccionado o en las oficinas públicas designadas por el Inspector o Subinspector actuante.

Examinar en el centro de trabajo todo tipo de documentación con trascendencia en la verificación del cumplimiento de la legislación del orden social. El Inspector o Subinspector actuante podrán requerir la presentación de dicha documentación en las oficinas públicas correspondientes.

Adoptar, en cualquier momento del desarrollo de sus actuaciones, las medidas cautelares que estimen oportunas y sean proporcionadas a su fin, para impedir la destrucción, desaparición o alteración de la documentación mencionada en el apartado anterior, siempre que no cause perjuicio de difícil o imposible reparación a los sujetos responsables o implique violación de derechos.

Los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social están autorizados además para:

Hacerse acompañar en las visitas de inspección por los trabajadores, sus representantes y por los peritos y técnicos de la empresa o habilitados oficialmente que estimen necesario para el mejor desarrollo de la función inspectora.

Tomar o sacar muestras de sustancias y materiales utilizados o manipulados en el establecimiento, realizar mediciones, obtener fotografías, vídeos, grabación de imágenes, levantar croquis y planos, siempre que se notifique al empresario o a su representante, así como obtener copias y extractos de los documentos que se indican en el punto anterior.

Para el desarrollo de las funciones inspectoras, los Inspectores y Subinspectores podrán solicitar la colaboración de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Si como resultado de las comprobaciones realizadas se constatasen incumplimientos de la normativa en el orden social, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrá adoptar las siguientes medidas:

Advertir y requerir al sujeto responsable, en vez de iniciar un procedimiento sancionador, cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen, y siempre que no se deriven perjuicios directos a los trabajadores o a sus representantes.

Requerir al sujeto responsable para que, en el plazo que se le señale, adopte las medidas en orden al cumplimiento de la normativa de orden social o subsane las deficiencias observadas en materia de prevención de riesgos laborales, incluso con su justificación ante el funcionario actuante.

Informar o proponer la sustitución de sanciones principales o accesorias, de acuerdo con lo establecido en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, así como en la Ley sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

Requerir a las Administraciones Públicas por incumplimiento de disposiciones relativas a la salud o seguridad del personal civil a su servicio.

Iniciar el procedimiento sancionador mediante la extensión de actas de infracción o de infracción por obstrucción.

Efectuar requerimientos de pago por deudas a la Seguridad Social, así como iniciar expedientes liquidatorios por débitos a la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta o bonificaciones indebidas, mediante la práctica de actas de liquidación.

Promover procedimientos de oficio para la inscripción de empresas, afiliación y altas y bajas de trabajadores, así como para el encuadramiento de empresas y trabajadores en el régimen de la Seguridad Social adecuado, sin perjuicio del inicio del expediente liquidatorio a que se refiere el apartado anterior, si procediese.

Instar del correspondiente organismo la suspensión o cese en la percepción de prestaciones sociales, si se constatase su obtención o disfrute en incumplimiento de la normativa que las regula.

Instar del órgano administrativo competente la declaración del recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional causados por falta de medidas de seguridad y salud laboral.

Proponer recargos o reducciones en las primas de aseguramiento de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en relación a empresas por su comportamiento en la prevención de riesgos y salud laborales, con sujeción a la normativa aplicable.

Iniciar el procedimiento para la correcta aplicación o para la devolución de cantidades indebidamente aplicadas en los casos de colaboración en la gestión de la Seguridad Social.

Ordenar la paralización inmediata de trabajos o tareas por inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, de concurrir riesgo grave e inminente para la seguridad o salud de los trabajadores.

Comunicar al organismo competente los incumplimientos que compruebe en la aplicación y destino de ayudas y subvenciones para el fomento del empleo, formación profesional para el empleo y promoción social, e iniciar el correspondiente expediente de devolución de ayudas y subvenciones cuando proceda.

Proponer a su superior jerárquico la formulación de comunicaciones y demandas de oficio ante la Jurisdicción de lo Social.

En los supuestos en que la actuación inspectora afecte a empresas establecidas en otros Estados Miembros de la Unión Europea y los hechos comprobados sean sancionables por el Estado miembro de origen de la empresa, estos hechos podrán ponerse en conocimiento de la autoridad competente del Estado Miembro de origen para que inicie el procedimiento sancionador.

Informar al órgano competente de los resultados de la investigación para la identificación de los distintos sujetos responsables por los incumplimientos de las

normas, incluyendo los supuestos de responsabilidad solidaria o subsidiaria, así como para el señalamiento de bienes para la efectividad de la vía ejecutiva.

Informar a los Servicios Públicos de Empleo a efectos del reconocimiento de acciones de orientación, capacitación y formación profesional para el empleo para los trabajadores en situación de trabajo no declarado, empleo irregular u otros incumplimientos detectados por la actividad inspectora, de acuerdo con la legislación aplicable.

Cuantas otras medidas se deriven de la legislación en vigor.

Además de la vigilancia y control del cumplimiento de la normativa en el orden social, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social desarrolla las siguientes funciones:

Funciones de asistencia técnica:

Facilitar información y asistencia técnica a empresas, con ocasión del ejercicio de la función inspectora.

Proponer información y asistencia técnica a los trabajadores y a sus representantes; comunicarles los resultados y consecuencias de las actuaciones inspectoras, cuando medie denuncia por parte de los mismos, e indicarles las vías administrativas y judiciales para la satisfacción de sus derechos, cuando estos hayan sido afectados por incumplimientos empresariales comprobados en las actuaciones inspectoras.

Prestar asistencia técnica a entidades y organismos de la Seguridad Social, y a las autoridades competentes de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas cuando les sea solicitada.

Informar, asistir y colaborar con otros órganos de las Administraciones públicas respecto a la aplicación de normas de orden social, o a la vigilancia y control de ayudas y subvenciones públicas.

Emitir los informes que les sean solicitados por los órganos judiciales competentes, en el ámbito de las funciones y competencias inspectoras cuando así lo establezca una norma legal.

VII. EL PROCEDIMIENTO DE ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO

Con carácter general, los procedimientos administrativos pueden iniciarse de dos maneras:

- de oficio
- a instancia de persona interesada.

Se inician de oficio los procedimientos cuando es la propia Administración la que determina que se inicien, y se inician a instancia de la persona interesada cuando es otra persona, que ostenta derechos o intereses legítimos, la que se dirige a la Administración para que actúe (obligando con ello a la Administración a resolver).

VIII. ACTUACIÓN “DE OFICIO” DE LA ITSS

1. CONCEPTO

El artículo 13 de la Ley 42/1997, de Ordenación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en adelante, LOITSS), dice que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social “actuará de oficio siempre”. ¿Qué significa esta expresión?.

La norma establece que la Inspección de Trabajo siempre inicia sus actuaciones de oficio, y de oficio impulsa todo el procedimiento hasta ponerle fin, incluso cuando su actuación responde a denuncias concretas.

Esta característica no es una especialidad del procedimiento de Inspección de Trabajo, sino que es propia de todos los procedimientos administrativos sancionadores.

Que la Inspección actúe de oficio no significa, sin embargo, que no pueda haber intervención de otros sujetos en el procedimiento, o que tales sujetos no ostenten determinados derechos e intereses en la actuación. Puede haberlos pero no pueden iniciar el procedimiento de inspección, ni impulsar las actuaciones de dicho procedimiento.

2. ORIGEN DE LAS ACTUACIONES DE OFICIO

El artículo 13 de la LOITSS, ya citado, aclara que la actuación de la Inspección puede desarrollarse como consecuencia “de orden superior, a petición razonada de otros órganos, por propia iniciativa, o en virtud de denuncia”. Vamos a estudiar a continuación cada una de estas formas.

IX. LA DENUNCIA

1. CONCEPTO

Es la comunicación a la Inspección de uno o más hechos que el denunciante estima que vulneran la legislación social y pueden constituir una infracción administrativa en el orden social.

Cualquier persona puede interponer una denuncia: no se precisa una legitimidad especial o una relación determinada con los hechos que se denuncian. A ello se refiere la ley al decir que “es pública la acción de denuncia del incumplimiento de la legislación de orden social”.

Lo más frecuente es que sean los trabajadores afectados directamente por los hechos —o sus representantes legales—, los que presentan la denuncia. Aunque no siempre es así.

Cualquier persona que conozca los hechos, al margen de su relación con ellos, puede formular la denuncia.

El hecho de formular la denuncia no otorga al denunciante ningún derecho en el procedimiento. El denunciante (artículo 13 de la ley) “no podrá alegar la consideración de interesado a ningún efecto en la fase de investigación”.

La denuncia debe incluir:

- Identificación del sujeto denunciado. Normalmente se tratará de una empresa, aunque no es la única posibilidad. Se deben aportar todos los datos identificativos que se conozcan: la razón social, el nombre comercial en su caso, el domicilio y el centro de trabajo, la actividad; en definitiva, datos fundamentales para identificar al sujeto y desarrollar la actuación. El número de la Seguridad Social y el NIF, el volumen de la plantilla, etc., son datos que pueden resultar de utilidad si son conocidos por el denunciante.

- **Identificación del denunciante.** El denunciante tiene el deber de identificarse en la denuncia, y no son admisibles las denuncias anónimas, que no se tramitarán. Por tanto hay que hacer constar el nombre, apellidos y DNI del denunciante, así como su domicilio (puesto que puede ser citado para aclarar, ratificar o ampliar su denuncia) si es trabajador de la empresa denunciada, o si actúa como representante de los trabajadores.

La identidad del denunciante está salvaguardada por el deber de confidencialidad (artículo 12 LOITSS), de los inspectores de Trabajo y los subinspectores de Empleo y Seguridad Social, que no pueden revelar el origen de la denuncia, ni tan siquiera si su actuación es de oficio o por denuncia.

Ahora bien, en la práctica es difícil que el empresario no conozca el origen de la denuncia aunque no sea de forma expresa. En general, sobre todo si el denunciante es representante legal de los trabajadores, no le importa que se conozca su identidad.

- **Hechos denunciados.** El denunciante debe hacer una relación escueta y clara de los hechos que denuncia. La mención de normas legales específicas en la denuncia no resulta necesaria. Pero es imprescindible que se describan los hechos con claridad, de forma que desde el inicio de la actuación el inspector de trabajo sepa qué se está denunciando. De poco sirve en la denuncia alegar que el empresario ha incumplido tal o cual precepto de una norma si no se hacen constar los hechos concretos que llevan a tal conclusión.

2. DENUNCIAS QUE NO SE TRAMITAN

El artículo 9.1. f) RD 928/1998, sobre el procedimiento sancionador, establece lo siguiente:

“No se tramitarán las denuncias anónimas, las que se refieran a materias cuya vigilancia no corresponde a esta Inspección, las que manifiestamente carezcan de fundamento o resulten ininteligibles, ni las que coincidan con asuntos que conozca un órgano jurisdiccional.”

- Las anónimas. Las denuncias deben estar debidamente firmadas por quien las formula, y dicha persona debe estar completamente identificada; en caso contrario, no se tramitarán.

- Las que se refieran a materias cuya vigilancia no corresponda a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. La Inspección tiene competencias sólo en el ámbito de la legislación social y de Seguridad Social.

Por ejemplo: una norma sobre horarios comerciales no es competencia de la Inspección; sí lo es, en cambio, una norma sobre jornada laboral: en otras palabras, el horario de apertura de un establecimiento es ajeno a las competencias de la Inspección, pero no la jornada laboral de los trabajadores de ese mismo establecimiento.

- Las que manifiestamente carezcan de fundamento. La denuncia debe versar sobre hechos que puedan suponer incumplimientos de la legislación, no sobre presunciones o hechos que, de modo notorio, no constituyen incumplimiento alguno.

- Las que coincidan con asuntos que ya estén en conocimiento de un órgano jurisdiccional, cuando los mismos hechos se plantean ante la Inspección (porque suponen incumplimientos normativos) y ante la jurisdicción (porque existe una reclamación sobre un derecho lesionado que sólo el juez puede restituir).

Cuando exista una demanda a la jurisdicción social por un hecho concreto, la Inspección de Trabajo no puede actuar en relación con el mismo hecho (aunque haya iniciado las actuaciones previas a la demanda al juzgado) hasta que el juez no haya emitido resolución al respecto, y la sentencia haya sido declarada firme. Esto se debe al hecho de que la función de la Inspección es la vigilancia del cumplimiento de la norma

(y la sanción administrativa que conlleve), mientras que la restitución de derechos que la misma vulneración de norma implique sólo es competencia del juez.

La imposibilidad de concurrencia de las actuaciones de la Inspección y de los juzgados de lo social se refiere a la fase de investigación de la Inspección del hecho denunciado. El juez, cuando lo considere oportuno, puede solicitar a la Inspección su auxilio para investigar determinados hechos relacionados con las demandas judiciales. En estos casos las actuaciones de la Inspección y del Juzgado son simultáneas y se complementan.

En la fase de tramitación del expediente sancionador, es decir, cuando la Inspección ya ha verificado el incumplimiento de la norma y propone la sanción, es posible que la actuación administrativa y la judicial se produzcan en paralelo: la Inspección de Trabajo tramita el expediente administrativo y un posterior expediente sancionador, y el juzgado de lo social tramita la reclamación efectuada por los trabajadores.

Inicio de las Actuaciones

Una vez recibida la denuncia, la Inspección de Trabajo inicia las correspondientes actuaciones de comprobación e investigación, para comprobar si concurren indicios suficientes de veracidad o exactitud. A tal efecto, puede citar al denunciante para que aclare, ratifique o amplíe su denuncia. Con frecuencia, el inspector o inspectora actuantes citan a la empresa y a la representación de los trabajadores, en la fase de investigación.

Las actuaciones pueden desarrollarse sin necesidad de que intervenga el denunciante. En la práctica, sin embargo, si es parte interesada se le facilita la información de las actuaciones realizadas y se le comunica si se ha iniciado procedimiento sancionador.

Por lo tanto, es muy importante indicar en la denuncia que se desea tener conocimiento del resultado de las actuaciones de la Inspección.

Aunque no esté específicamente regulado, debe tenerse en cuenta que el denunciante está (o es) en muchos casos interesado en las actuaciones que vayan a adoptarse por la Inspección.

Es por ello que en tales casos la comunicación de la Inspección al denunciante cuando éste es parte interesada (recordemos que la representación legal de los trabajadores lo es) debe ser amplia y detallada, incluyendo aquellos aspectos de la actuación que directamente le interesan.

X. LA ORDEN SUPERIOR

La Inspección es un sistema jerarquizado que desarrolla una actividad programada conjuntamente por la Administración General del Estado y la de las comunidades autónomas en la correspondiente comisión territorial, como ya se ha dicho.

Para la ejecución de esas actuaciones programadas, se formalizan las llamadas “órdenes de servicio”, que son emitidas por el jefe de la Inspección Provincial, el jefe adjunto, en su caso, o los jefes de las respectivas unidades especializadas en su área funcional.

La orden de servicio es el encargo concreto de una actuación a un inspector o equipo de inspección. Por la forma de organización de la Inspección, se transforma en orden de servicio todo expediente en el que sea necesario desarrollar una actuación inspectora, con independencia de su procedencia concreta.

XI. PETICIÓN RAZONADA DE OTROS ORGANISMOS

Los organismos que suelen pedir actuaciones de la Inspección son, normalmente, judiciales y de la Administración.

Entre los órganos judiciales, solicitan informes de la Inspección los juzgados de lo social, los juzgados de lo penal y los juzgados de lo mercantil.

XII. ACTUACIÓN A INSTANCIA DE LA FISCALÍA

Determinadas actuaciones de la Inspección, particularmente las relacionadas con la seguridad y salud laboral, pero no sólo éstas, son remitidas a la Fiscalía, en virtud de los acuerdos suscritos con el Ministerio Público. Se trata de actuaciones en las que pudiera haber indicios de delito, como sucede cuando se produce una paralización de actividades por parte de la Inspección, o en los supuestos de accidentes de trabajo mortales.

Las relaciones entre la Fiscalía y la Inspección de Trabajo se centran, básicamente, en la lucha contra la siniestralidad laboral, y se rigen por una Instrucción del año 2001 (1/2001). Esta instrucción establece que la Inspección remitirá a la Fiscalía las actas de infracción levantadas por infracción muy grave, o por infracción grave cuando haya incumplimiento reiterado de requerimientos previos o una conducta empresarial de incumplimiento sistemático. También se pueden remitir otros casos en

los que se considere (a juicio del inspector actuante) que existen indicios de criminalidad.

La Fiscalía por su parte ha de comunicar a los Jefe de Inspección y a la Autoridad Laboral si en los casos remitidos han iniciado diligencias penales o no, con la finalidad de continuar el expediente sancionador en este último caso (ya que si se inician diligencias penales el expediente sancionador se paraliza).

Como medidas complementarias y de seguimiento, la Instrucción establece la necesidad de reuniones periódicas entre los Jefes de Inspección y la Fiscalía.

Los juzgados de lo social solicitan informes sobre diversas materias, de entre las que destaca el informe sobre clasificación profesional.

La Inspección de Trabajo no es competente para resolver las cuestiones que se planteen en materia de clasificación profesional. Sin embargo, sí participa en el proceso, a través de informe que, con carácter obligatorio, emite en los procedimientos judiciales de clasificación profesional, regulados en el artículo 137 de la Ley de Procedimiento Laboral. Se trata de un informe emitido a solicitud del juez, que debe enviar a la Inspección la demanda y los documentos que la acompañen. El informe versa sobre los hechos invocados en la demanda y las circunstancias concurrentes relativas a la actividad del demandante, y debe ser realizado en el plazo de 15 días.

Los juzgados de lo penal están interesados en todas aquellas actuaciones de la Inspección en las que los hechos puedan ser también constitutivos de delito. En este ámbito, los informes solicitados con mayor frecuencia son los relativos a accidentes de trabajo, pero también los relativos a cesión de trabajadores, empleo de inmigrantes, etc.

Respecto a los organismos administrativos, las solicitudes de actuación provienen, generalmente, de organismos de la Seguridad Social (Tesorería General de la Seguridad Social, Instituto Nacional de la Seguridad Social), de los servicios públicos

de empleo, normalmente por haber detectado indicios de infracciones o de fraude que requieren investigación y de la Autoridad Laboral (ERE).

XIII. ACTUACIÓN POR PROPIA INICIATIVA PROPIA INICIATIVA

La Inspección de Trabajo puede actuar sin necesidad de orden de servicio: en cualquier momento y en relación con su ámbito de actuación. Los inspectores de Trabajo y Seguridad Social (no así los subinspectores de Empleo y Seguridad Social, ni los técnicos habilitados) pueden decidir actuar, sin que medie denuncia, orden o petición para hacerlo. Se trata de una facultad que tiende a agilizar las posibilidades de actuación cuando se observan indicios de infracción. Es normalmente el modo en que se actúa en relación con las obras de construcción.

XIV. LOS DISTINTOS MOMENTOS PROCESALES DE LA ACTUACIÓN INSPECTORA

1. INTRODUCCIÓN

Desde el momento en que la Inspección de Trabajo tiene conocimiento de hechos que presuntamente suponen incumplimiento de algunas de las normas del derecho laboral, hasta la propuesta, en su caso, de sanción a la Administración local, la actuación inspectora pasa por varios momentos procesales:

- Investigación de los hechos para la verificación del cumplimiento o incumplimiento de la norma.

- Requerimiento, si se considera oportuno, para que el sujeto responsable (el empresario) cumpla, en un plazo concreto, lo indicado por la Inspección.
- Informe que relate la actuación inspectora y, en su caso, el grado de incumplimiento de determinada normativa laboral.
- Propuesta de sanción, con el levantamiento de acta de infracción, a la Autoridad Laboral competente.

2. LA INVESTIGACIÓN

Como ya se ha dicho, las actuaciones de la Inspección tienen como objetivo vigilar el efectivo cumplimiento de la normativa social y laboral. En su momento, la Inspección podrá iniciar un procedimiento sancionador a través del acta de infracción, pero para ello es necesaria la existencia de una fase previa de comprobación.

3. FORMAS DE ACTUACIÓN

Estas actuaciones pueden realizarse de tres maneras distintas

1. Mediante visita a los centros o lugares de trabajo. Es la forma más típica de actuación de la Inspección. La ley habla de “centros o lugares de trabajo”. Centro de trabajo, según el Estatuto de los Trabajadores (artículo 1.5) es “la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la Autoridad Laboral”.

Pero no todos los lugares en que se prestan servicios reúnen estas características. Es por ello que la ley incluye también los “lugares de trabajo”, una noción mucho más amplia y que incluye todos los espacios a los que el trabajador accede o puede acceder con ocasión de su prestación laboral. La visita no requiere, aviso previo a la empresa visitada.

2. Mediante citación ante la Inspección. Es cuando se requiere a alguien para que comparezca ante la Inspección de Trabajo para declarar o aportar documentación.

En la citación se advierte al obligado, normalmente la empresa, de que la falta de comparecencia constituye un acto de obstrucción a la labor inspectora, sancionable de acuerdo con la ley. Es frecuente efectuar la citación cuando se concluye la visita y sea necesario continuar las actuaciones a través de la revisión de documentación o de la comparecencia de algún sujeto no presente en la visita.

3. Mediante expediente administrativo. Se lleva a cabo cuando, por el contenido de la actuación de que se trate, no se precisa visita para comprobar los hechos ni citación para obtener declaraciones o documentos, ya que todo lo necesario para la actuación se halla en el propio expediente (muy a menudo mediante documentación oficial).

Participación de sindicatos y representantes de trabajadores en la investigación

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales reconoce a los delegados de prevención la facultad de acompañar a los inspectores de Trabajo en sus visitas y verificaciones, y correlativamente establece la obligación del inspector de comunicarles su presencia.

Los delegados de prevención ostentan asimismo el derecho a formular observaciones al inspector o inspectora, y el derecho a ser informados del resultado de la visita y de las medidas adoptadas como consecuencia de dicha visita. Este triple

derecho corresponde a los representantes ordinarios cuando no existen o no están presentes los delegados de prevención.

En contraste con esta regulación detallada en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, la LOITSS únicamente establece la facultad del inspector o inspectora de convocar (o no) a la representación legal de los trabajadores durante sus visitas.

Hay que tener en cuenta que la Inspección, aunque actúe estrictamente desde la perspectiva del cumplimiento o incumplimiento de la normativa laboral, acaba decidiendo sobre el ejercicio, vulneración o reconocimiento de derechos de los trabajadores. Una modificación de condiciones, el exceso de jornada, la aplicación de un plus, etc., son cuestiones en las que el cumplimiento de la norma afecta directamente a los derechos de aquellos cuyas condiciones de trabajo dependen de la norma en cuestión, y la actuación de la Inspección puede condicionar o facilitar el ejercicio de esos derechos.

De ahí que resulte fundamental que la representación de los trabajadores comparezca en cuanto conozca la existencia de una actuación inspectora que pueda afectar al colectivo que representa. Y, por supuesto, que la Inspección reclame su presencia en sus visitas a los centros, tal como sitúa el citado criterio operativo 47/2006.

XV. DURACIÓN DE LAS ACTUACIONES DE LA INSPECCIÓN

En relación a los límites de la duración de las actuaciones de la Inspección de Trabajo se encuentran varios supuestos. Hay que saber lo siguiente:

- Las actuaciones de la Inspección, una vez iniciadas (por visita, citación...), no se pueden prolongar más de 9 meses continuados, siempre que las posibles dilaciones no sean imputables al sujeto (empresa) investigado.

- Las actuaciones comprobatorias de la Inspección no se pueden interrumpir por un período superior a 3 meses, excepto en aquellos casos en que la interrupción no sea imputable a la Inspección: por ejemplo, cuando se abre un período de mediación por parte de la Autoridad Laboral, o en el caso de que la responsabilidad de la interrupción sea del sujeto investigado.

En el caso de que estos límites (sin concurrencia de las excepciones indicadas) sobrepasen la actuación de la Inspección, decae la posibilidad de extender acta d infracción. No obstante, siempre que la infracción no haya prescrito, se pueden iniciar nuevas actuaciones de comprobación. Las actuaciones caducadas tienen la consideración de antecedentes.

XVI. CONSECUENCIAS DE LA ACTIVIDAD INSPECTORA

Una vez concluidas las actuaciones pertinentes de comprobación, el inspector finaliza su actuación adoptando la decisión que estime adecuada. Esta decisión se traduce, o puede traducirse, en una serie de documentos, con los cuales concluye la actuación inspectora y, en su caso, se abren nuevas vías de actuación administrativa, como puede ser el procedimiento sancionador o el procedimiento de liquidación de cuotas a la Seguridad Social, o el de recargo de prestaciones. Hay que tener en cuenta que se establece la posibilidad de que el inspector o inspectora actuante informen verbalmente a la representación sindical sobre lo constatado en la misma visita al centro de trabajo, sin perjuicio de las propuestas por escrito que considere que requiere la actuación (requerimiento, informe, acta de infracción).

1. EL INFORME

Todas las actuaciones de la Inspección se documentan a través de un informe, cuya extensión dependerá de las comprobaciones realizadas o de las actuaciones que se adopten. En algunas actuaciones, el informe es el único resultado de la Inspección, incluso el único que cabe esperar de ésta (por ejemplo, en las actuaciones en materia de clasificación profesional o en los expedientes de regulación de empleo). En otras, el informe describe las comprobaciones realizadas y las medidas adoptadas, con lo cual puede complementarse con actas de infracción, actas de liquidación, etc.

Los informes de la Inspección no son vinculantes ni para el juez ni para la Autoridad Laboral.

Los informes que la Inspección emite como parte de sus funciones y competencias generales son:

1. Generales, derivados de las denuncias, que se dirigen a los interesados en la actuación inspectora.

2. De accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. La Inspección investiga, al menos, la totalidad de los accidentes graves, muy graves y mortales, así como todos los accidentes de trabajo que afecten a menores, independientemente de su grado de gravedad. Como consecuencia de esta investigación, debe emitir un informe sobre las causas del accidente, y sobre si existieron infracciones a la normativa de prevención de riesgos laborales que motivaron el accidente. Este informe adquiere especial relevancia en los siguientes casos:

- En los casos en los que intervienen órganos jurisdiccionales (de lo penal o de lo social).
- En los casos en que se reclame o se proponga un recargo en las prestaciones derivadas del accidente ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

3. Sobre clasificación profesional. En el apartado “Petición razonada de otros órganos.

4. Sobre expediente de regulación de empleo (ERE). Se trata de lo previsto en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, que se refiere a los despidos colectivos. La Autoridad Laboral debe solicitarlo con carácter obligatorio al inicio del expediente, y debe emitirse en el plazo de 10 días. Debe versar sobre las causas motivadoras del expediente, y cuantos otros elementos resulten necesarios para emitir resolución de forma motivada.

5. Ordinarios o internos, que se dirigen normalmente a la Jefatura de la Inspección si no existe otro organismo que haya solicitado la actuación. El informe comprende las actuaciones realizadas y las medidas derivadas de éstas.

Dentro de los informes ordinarios, por las repercusiones posteriores, destaca el informe sobre la cesión ilegal de trabajadores, el fraude a la contratación, etc.

En el caso de la cesión ilegal de trabajadores, es particularmente importante que el informe de la Inspección de Trabajo detalle qué circunstancia concreta de organización del trabajo concurre en cada uno de los trabajadores afectados por la cesión ilegal, y que se identifique a cada uno de los trabajadores, con la finalidad de que éstos, en el caso de no formularse demanda de oficio por parte de la Autoridad Laboral, puedan interponer demanda por cesión ilegal al juzgado de lo social. Es facultad del juez considerar como hechos probados el relato del informe de la Inspección, y casi siempre se le da dicha consideración.

El informe de la Inspección de Trabajo que no conlleve propuesta de sanción – acta de infracción–, en la medida en que la Inspección ha considerado que la empresa no ha cometido ningún tipo de infracción laboral, no se puede recurrir ante ningún órgano administrativo, ni siquiera ante la misma Inspección de Trabajo.

2. EL REQUERIMIENTO

Por sí mismo, el requerimiento es la constatación de un incumplimiento de la norma en el grado en que considere la Inspección de Trabajo; normalmente la Inspección de Trabajo indica un plazo para el cumplimiento de la norma incumplida en el mismo requerimiento.

Es un acto de prevención, a través del cual se pretende reponer la legalidad vulnerada.

La Ley de la ITSS habla del requerimiento en tres apartados distintos del artículo 7 y se refiere a realidades semejantes pero también distintas.

El primero se refiere a la facultad de la Inspección de “advertir y requerir al sujeto responsable, en vez de iniciar un procedimiento sancionador, cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen, y siempre que no se deriven perjuicios directos a los trabajadores”.

Como este requerimiento tiene dos notas características:

- Es alternativa al procedimiento sancionador: se requiere en lugar de sancionar.
- Sólo puede referirse a supuestos en los que no puedan derivarse perjuicios directos para los trabajadores.

El artículo 7, se refiere a la facultad de “requerir al sujeto responsable para que, en el plazo que se le señale, adopte las medidas en orden al cumplimiento de la normativa, incluso con su justificación ante el funcionario actuante”.

En este caso, la ley no presenta ya el requerimiento como una alternativa a la sanción, lo que hace pensar que son compatibles. Parece que la ley pretende extender el régimen regulador de los requerimientos de seguridad y salud laboral a todos los demás

campos de actuación de la Inspección. Es decir, establecer un régimen de prevención, de cara al futuro, de posibles incumplimientos, con independencia de que la sanción de las infracciones ya se haya producido. Con estos requerimientos se pretende solventar una situación de incumplimiento para que no se perpetúe o repita.

El tercero al que alude la ley es la forma más frecuente de actuación por esta vía: el requerimiento de seguridad y salud. En concreto, prevé la facultad de “requerir al empresario a fin de que, en un plazo determinado, lleve a efecto las modificaciones que sean precisas en las instalaciones, en el montaje o en los métodos de trabajo que garanticen el cumplimiento de las disposiciones relativas a la salud o a la seguridad de los trabajadores”.

Se trata del mismo requerimiento que regula el artículo 43 de la Ley de prevención de riesgos laborales en forma más extensa. Sus rasgos fundamentales son los siguientes:

- Su origen es la constatación de una infracción en materia de prevención de riesgos laborales, y es obligatorio en todos los casos en que esto suceda, salvo que proceda la paralización de actividades.
- Es compatible con el inicio de un procedimiento sancionador.
- Se hace por escrito, normalmente en el Libro de Visitas.
- Debe comunicarse a los delegados de prevención.

Los requerimientos no son actos recurribles. Su obligatoriedad no se basa en la autoridad del funcionario que lo formula, sino en la normativa que justifica el requerimiento que se formula.

El requerimiento no es una resolución administrativa, ni un acto que termine el procedimiento o produzca indefensión.

Señalaremos, por último, que el incumplimiento del requerimiento constituye un posible agravante (aumento) de las sanciones administrativas que puedan proponerse por los mismos hechos que han motivado el requerimiento, tal y como se establece en la LISOS. Si la Inspección ha requerido al empresario para que adopte una determinada conducta (proteger una máquina, por ejemplo), y, transcurrido el plazo otorgado, esa conducta no se ha producido, la sanción que se proponga vendrá agravada por esa circunstancia.

Es decir, existen requerimientos que son simultáneos a la extensión de un acta de infracción (por ejemplo, la falta de protección de una máquina que produce un riesgo o un accidente) y que fijan plazo para su cumplimiento. Si dicho requerimiento se incumple, la Inspección puede sancionar con el agravante previsto en la LISOS.

Y existen otros requerimientos que, de cumplirse, son alternativos a la sanción.

3. LA PARALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD ORDENADA POR LA INSPECCIÓN

De modo amplio, esta facultad se regula en el artículo 44 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y está prevista para los supuestos en que la inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales implica un riesgo grave e inminente para la seguridad y la salud de los trabajadores.

Por riesgo grave e inminente hay que entender, de acuerdo con el artículo 4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, aquel “que resulte probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato y pueda suponer un daño grave para la salud de los trabajadores”.

El objeto de la paralización es la actividad que produce el riesgo, y exclusivamente esa actividad. Puede ser un puesto de trabajo concreto, una sección, una línea o todo un centro de trabajo: depende de la amplitud del riesgo de que se trate.

La paralización de actividades tiene una múltiple naturaleza:

- Es una obligación empresarial en los supuestos de riesgo grave e inminente para la salud o la integridad física, establecida en el artículo 21.1.b) de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.
- Es un derecho del trabajador, en el mismo supuesto, según el apartado 2 del mismo texto.
- Es una facultad de los representantes de los trabajadores, cuando el empresario no cumple con su obligación (artículo 21.3, Ley de Prevención de Riesgos Laborales).
- Por último, es una de las facultades reconocidas a la Inspección de Trabajo cuando aprecie que concurre la circunstancia de riesgo grave e inminente.

La paralización debe comunicarse a la empresa responsable y realizarse por escrito. La empresa, a su vez, debe ponerla en conocimiento de los afectados (para que proceda inmediatamente al cese de la actividad), del Comité de Seguridad y Salud, del delegado de Prevención o, en su ausencia, de los representantes de los trabajadores. De esta notificación debe darse cuenta al inspector de Trabajo.

A su vez, el inspector da traslado de la paralización a la Autoridad Laboral, de forma inmediata. La empresa puede impugnar la paralización ante ésta en el plazo de tres días hábiles. La impugnación debe resolverse en el plazo de veinticuatro horas.

La impugnación de la paralización no implica su suspensión, es decir, que deba reiniciarse el trabajo. El empresario está obligado a paralizar la actividad desde el momento en que recibe esta orden del inspector, con independencia de que la impugne.

Del mismo modo, la empresa puede levantar la paralización en el mismo momento en que solventa las deficiencias que dieron lugar a dicha paralización, sin esperar a que sea el propio inspector el que autorice la reanudación de la actividad. En tal caso, sin embargo, debe comunicárselo, a efectos de comprobación. En otro caso, es sólo el inspector el que tiene las facultades para levantar la paralización.

La paralización es una medida preventiva y no sancionadora: lo que persigue es que cese una situación de riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores.

Es por eso mismo que resulta plenamente compatible con la sanción de la infracción detectada.

XVII. LA ACTIVIDAD DE INSPECCIÓN Y LAS ACTAS DE INSPECCIÓN

El ejercicio de las funciones de vigilancia del cumplimiento de la legislación laboral se lleva a cabo por la Inspección de Trabajo actuando de oficio siempre, como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos, por propia iniciativa, o en virtud de denuncia.

La actividad inspectora se lleva a cabo por medio de las visitas de inspección al centro de trabajo (que se registran en un libro oficial de visitas) o requiriendo al empresario para que aporte los documentos y datos necesarios para comprobar el cumplimiento de la normativa en vigor. En la visita a los centros de trabajo, el inspector tiene atribuciones extraordinarias, pues puede entrar en ellos libremente y sin previo aviso; hacerse acompañar por los trabajadores, sus representantes o por peritos; exigir la presencia del empresario o sus representantes o de trabajadores o sus representantes;

hacer preguntas a unos y otros sobre cualquier cuestión de su competencia; exigir la presentación de libros, registros y documentos de Seguridad Social; etc.

El resultado de la actuación de la Inspección de Trabajo se ve reflejado en una serie de medidas que pueden adoptar los Inspectores; a saber:

a) Con carácter preventivo y previo a la instrucción de un procedimiento sancionador (siempre que no se hayan derivado perjuicios directos para los trabajadores), la Inspección puede requerir al empresario para que subsane las irregularidades observadas en un determinado plazo.

b) Iniciar el procedimiento sancionador, extendiendo acta de infracción o de infracción por obstrucción, cuando se observe la existencia de alguna de las infracciones descritas en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

c) En materia de Seguridad Social, pueden promover de oficio la inscripción de empresas y la afiliación y altas y bajas de trabajadores; la liquidación por descubiertos ocasionados por falta de cotización; e instar la suspensión o cese de prestaciones sociales.

d) Ante incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos laborales, si concurre riesgo grave e inminente para la seguridad de los trabajadores, puede decretar la paralización inmediata de los trabajos.

Las actas de inspección, además de identificar al presunto infractor, deben contener los hechos relevantes para la calificación de la infracción, los medios y procedimientos utilizados para la averiguación de tales hechos y los datos en los que se

funden a la hora de graduar la sanción que proponen; la infracción que se aprecie; y la propuesta de sanción, con su graduación y su cuantificación.

Los hechos constatados en las actas de infracción y liquidación de la Inspección de Trabajo, tienen (artículo 23 de la Ley 23/2015) presunción de certeza, lo que significa que tienen, por sí solos, fuerza probatoria suficiente para destruir la presunción de inocencia del presunto infractor; siempre sin perjuicio de las pruebas que, en defensa de sus respectivos derechos o intereses, pueden aportar los interesados (desplazamiento de la carga de la prueba hacia el sujeto de la inspección). La presunción de certeza se extiende sólo a los hechos que, por su objetividad, son susceptibles de percepción directa por el inspector; a los que se deducen de forma inmediata de éstos; y a los que se acreditan por medios de prueba consignados en la propia acta (como documentos o declaraciones).

El acta de la Inspección da lugar a un expediente sancionador (regido por los principios de legalidad, irretroactividad de las normas sancionadoras, tipicidad, responsabilidad y proporcionalidad), en el que, tras notificar el acta al presunto infractor, se le concede un plazo para formular alegaciones y proponer pruebas; practicadas éstas, si son procedentes, emite el informe del inspector actuante; y se dicta resolución.

XVIII. LAS ACTAS DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO

1. INTRODUCCIÓN

En el ejercicio de sus funciones de vigilancia del cumplimiento de las normas de orden Social y Seguridad Social, cuando la Inspección de Trabajo constate el incumplimiento de dichas normas levantará un Acta de Inspección que podrá ser de infracción o/y liquidación de cuotas de Seguridad Social.

2. ACTAS DE INFRACCIÓN

Se extienden cuando el Inspector actuante constate hechos constitutivos de infracción en materia de relaciones colectivas; protección, derechos y garantías de los representantes de los trabajadores; prevención de riesgos laborales y normas jurídico-técnicas que incidan en las condiciones de trabajo:

- Relaciones laborales individuales y colectivas; protección de derechos y garantías de los representantes de los trabajadores.

- Prevención de riesgos laborales y normas jurídico-técnicas que incidan en las condiciones de trabajo.

- Inscripción, altas, bajas, cotización y recaudación de la Seguridad Social.

- Obtención y disfrute de prestaciones de Seguridad Social, mejora voluntaria de dichas prestaciones y sistemas complementarios.

- Gestión y funcionamiento de empresas y entidades colaboradoras de la Seguridad Social.

- Colocación, empleo y protección de desempleo.
- Emigración, movimientos migratorios y trabajo de extranjeros.
- Formación ocupacional y continua.
- Empresas de trabajo temporal, agencias de colocación y planes de servicios integrados para el empleo.

Las actas de infracción deben contener al menos los siguientes datos:

- Identificación completa del sujeto infractor.
- Los hechos comprobados por la inspección, los medios utilizados para dicha comprobación y los criterios utilizados para fundamentar la graduación de la sanción.
- La infracción cometida, el precepto vulnerado y su calificación.
- Número de trabajadores de la empresa y de afectados por la infracción.
- La propuesta de sanción, su graduación y cuantificación.
- Órganos competentes para resolver, instruir y ordenar el expediente y plazo para la interposición de alegaciones.

- Funcionario que levanta el acta, firma, visado y fecha.

3. ACTAS DE INFRACCIÓN POR OBSTRUCCIÓN

Con independencia de las actas de infracción por vulneración de las normas de orden social, cuando el sujeto inspeccionado por acción u omisión perturbe, retrase o impida la labor inspectora, la inspección podrá levantar actas de infracción por obstrucción con los mismos requisitos descritos anteriormente.

4. ACTAS DE LIQUIDACIÓN

Se extienden, cuando como consecuencia de la actividad inspectora se aprecian ausencia de cotizaciones o infracotizaciones a la Seguridad Social.

En ellas y en el modelo oficial la inspección procede a cuantificar la deuda que por dicha ausencia o infracotización haya generado el sujeto obligado al ingreso de las cotizaciones. Dichas deudas se originan por:

- Falta de afiliación o alta del trabajador en Seguridad Social.
- Ausencia de cotización de trabajadores en alta.

- Diferencias de cotización entre lo ingresado y lo que debió ingresarse, bien sea por errónea aplicación de tipos, de bases mínimas de cotización o por cotizaciones por bases inferiores a los salarios reales.

- Aplicación indebida de bonificaciones o reducciones en la cotización.

Las actas de cotización se realizan en el modelo oficial y deben contener los siguientes datos:

- Identificación completa del deudor.
- Régimen de Seguridad Social aplicable.
- Hechos comprobados y disposiciones infringidas.
- Datos utilizados para el cálculo.
- Importe de la deuda y recargos, intereses y costas devengadas hasta entonces.
- Entidad que cubre la contingencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.
- Indicación de si se procede a levantar acta de infracción.
- Órgano competente y plazo para la interposición de alegaciones.
- Funcionario que levanta el acta, firma y fecha.

XIX. PROPUESTA DE LIQUIDACIÓN

Está prevista para los siguientes supuestos:

- Falta total de cotización respecto de trabajadores dados de alta, en el caso de que la empresa no haya presentado los documentos de cotización en el plazo reglamentario.

- Falta de cotización por trabajadores dados de alta que no figuren en los documentos de cotización, aunque se hayan presentado dentro del plazo reglamentario.

En la propuesta debe figurar necesariamente:

- Identificación del sujeto obligado –la empresa.
- Periodo de liquidación.
- Circunstancias del descubierto. Motivos que han causado el acta de liquidación.
- Número e identificación de los trabajadores afectados.
- Forma en que se efectuó la comprobación inspectora (visita, citación, comprobación documental, etc.).
- Bases de cotización y tipos aplicables.
- Recargo por mora.
- Importe total de la liquidación.
- Firma del inspector o subinspector actuante.

XX. PRESUNCIÓN DE EXACTITUD DE DENUNCIAS Y ACTAS

1. INTRODUCCIÓN

Desde la sentencia 18/1981 de 8 de junio, el Tribunal Constitucional ha destacado las afinidades entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador, al ser ambos manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado y consistir la potestad sancionadora de los entes públicos en la utilización de los medios penales para la consecución de fines administrativos. Por esa razón, las garantías propias del proceso penal entre las que destaca la presunción de inocencia consagrada en el artículo 24 de la Constitución son también aplicables al Derecho Administrativo sancionador. Más adelante, la sentencia del Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril resumió el alcance del principio de presunción de inocencia, señalando que sólo puede sancionarse si existen medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba incumbe a la Administración que acusa, sin que el acusado esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio.

Ese principio de presunción de inocencia aparece recogido en el artículo 53 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, al establecer como derecho del interesado en el procedimiento administrativo "la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario.". Quiere ello decir que es a la Administración a la que corresponde aportar el material probatorio necesario a fin de acreditar la comisión de la infracción y la culpabilidad del infractor.

Es en este ámbito donde entra en juego la presunción de veracidad de ciertos actos de inspección y comprobación realizados por funcionarios competentes, en virtud de los cuales constatan directamente hechos susceptibles de sanción, y que actúa como

un principio de prueba a partir del cual la Administración puede, tras el oportuno procedimiento demostrar la realidad de la infracción y la atribución de culpabilidad al expedientado.

Esta presunción de certeza ha venido siendo reconocida por la jurisprudencia desde hace tiempo. Así, las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1979 y 14 de abril de 1990, ya sostienen que las denuncias de infracciones, o actos de comprobación directa de las mismas, por parte de los agentes de la autoridad especialmente encargados del servicio deben gozar de un cierto valor probatorio, dada la presunción de legalidad y veracidad que acompaña a todo obrar de los órganos administrativos, incluso de sus agentes, constituyendo una esencial garantía de una acción administrativa eficaz sin la cual no es concebible una buena Administración Pública. Sin que ello signifique que los hechos constatados de tal forma sean intangibles por cuanto, ni los principios ni las normas jurídicas deben desconectarse de la realidad, lo que determina que no pueda concederse a estos actos una patente de posible arbitrariedad que desnaturalizaría su esencia, sino tan sólo reconocerles una presunción *iuris tantum* que, como tal, debe ceder cuando frente a ella se alce suficiente prueba en contrario.

2. FUNDAMENTO DE LA PRESUNCIÓN

Se encuentra en la necesidad de atribuir un cierto valor probatorio a las declaraciones de ciertos empleados públicos a fin de que la Administración no vea dificultada la consecución de los fines que se persiguen con la potestad sancionadora (prevenir y reprimir conductas que lesionen bienes jurídicamente protegidos). Existen infracciones en las cuales no es posible obtener otro medio probatorio de su comisión diferente a la denuncia o comprobación directa, dada la instantaneidad y fugacidad con que tiene lugar la acción típica, impidiendo su verificación a través de otros medios.

De esta manera, la jurisprudencia vino admitiendo, a efectos de prueba en el procedimiento sancionador, la declaración de un solo testigo cuando éste tiene la condición de funcionario público que actúa en el cumplimiento de las funciones a su cargo, toda vez que se le supone una mayor objetividad e imparcialidad que otorga una credibilidad cualificada a su versión respecto a la de un simple particular.

Y esta doctrina ha tenido reflejo normativo con posterioridad al haberse incorporado a la regulación general que la Ley 39/2015 realiza de la potestad sancionadora, expresando en su artículo 77.5 que: "Los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes se recojan los hechos constatados por aquéllos harán prueba de éstos salvo que se acredite lo contrario.". Precepto legal que ha sido desarrollado en algunos sectores de la actividad administrativa sancionadora como por ejemplo, en el del tráfico y seguridad vial, conforme al artículo 89 del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, en el de la seguridad ciudadana, artículo 52 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de Marzo, en materia de consumo...) en los cuales existen las correspondientes disposiciones normativas que concretan y adaptan la regulación general de la presunción de certeza a su campo específico.

3. PERSONAS AMPARADAS POR LA PRESUNCIÓN DE VERACIDAD DE SUS ACTOS

El artículo 77.5 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas se refiere a los hechos

constatados por "funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad", por tales hay que entender siguiendo, entre otras, a la Sentencia de 25 de febrero de 1998, los actos de funcionarios y agentes encargados del servicio de que se trate, y siempre que actúen en el ejercicio de una función pública inherente a su cargo que autorice la constatación directa de hechos infractores.

La jurisprudencia ha negado presunción de veracidad a los controladores del estacionamiento vigilado de vehículos en algunos municipios al entender que son empleados de empresas privadas que contratan con los Ayuntamientos la regulación del aparcamiento vigilado y, por ello, su simple denuncia equivale a la de un particular, de modo que si no es averada por pruebas posteriores carece de fuerza suficiente para acreditar el hecho denunciado. La Sentencia de 23 de noviembre de 1993 en recurso de casación en interés de ley precisó que estos profesionales no sólo no son agentes de la autoridad sino que ni siquiera tienen la condición de auxiliares de la policía municipal, lo que descarta la presunción de veracidad de sus declaraciones. Ahora bien, otras sentencias como las de 22 de septiembre, 16 de abril y 22 de diciembre de 2002, entre otras, también han señalado que la doctrina anterior no significa que esas denuncias carezcan de todo valor a efectos de acreditar la infracción correspondiente pues, siendo equiparable a la denuncia de un mero particular, siempre será un elemento probatorio a tener en cuenta conjugándolo con el resto de circunstancias que puedan dar o negar verosimilitud a la misma, constituyendo un elemento de valoración discrecional -- aunque razonablemente apreciada-- por parte del órgano administrativo al que compete sancionar.

4. FORMALIZACIÓN

El artículo 53 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas exige que la constatación de los hechos infractores, a fin de que pueda servir como prueba, se formalice en documento público observando los requisitos legales pertinentes. Y en este punto, la jurisprudencia suele distinguir, por un lado, aquellos actos emitidos por funcionarios que se incorporan directamente a documento público en sentido estricto, gozando del valor correspondiente a la prueba documental, y que están constituidos por las Actas y Diligencias de Inspección. Y por otro, aquellos actos que, aunque no se formalizan en documento público propiamente dicho, gozan o pueden gozar también bajo determinadas condiciones de presunción de certeza con una eficacia probatoria equivalente a una declaración testifical cualificada, como es el caso de las denuncias y atestados policiales:

a) En el primer grupo, podemos citar las Actas de la Inspección de Trabajo cuyos requisitos se contemplan en el artículo 14 del Real Decreto 928/98 por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.

Por otra parte, el artículo 153 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria regula el contenido de las Actas que documenten el resultado de las actuaciones inspectoras.

b) Denuncias y atestados o informes policiales. La jurisprudencia se ha referido también en ocasiones a actos de constatación de hechos susceptibles de integrar una infracción administrativa que igualmente emiten otros agentes o empleados de la Administración pero que, sin embargo, no alcanzan la condición de documentos públicos ni tienen la misma fuerza probatoria que éstos, equiparándose al valor de una prueba testifical privilegiada, actos que están constituidos por las denuncias de los agentes de la autoridad u otros empleados públicos, y por los atestados e informes policiales. Así por ejemplo, el artículo 52 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de Marzo,

de Protección de la Seguridad Ciudadana, que ha derogado la Ley Orgánica 1/1992, configura una presunción legal de certeza de las denuncias, atestados o actas formulados por los agentes de la autoridad en ejercicio de sus funciones que hubiesen presenciado los hechos, previa ratificación en el caso de haber sido negados por los denunciados, y sin perjuicio de que aquéllos deban aportar al expediente todos los elementos probatorios disponibles.

La sentencia del Tribunal Constitucional 35/2006, de 13 de febrero afirma que ningún obstáculo hay para considerar a los boletines de denuncia y atestados como medios probatorios, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 77 y 53 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 60 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, que se remiten a los generalmente admitidos y a las normas del proceso civil ordinario, y con arreglo a los artículos 1216 del Código Civil y 317.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tampoco cabe objeción alguna a su calificación legal como documentos públicos, en la medida en que se formalizan por funcionarios públicos en el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas y con las solemnidades o requisitos legalmente establecidos.

Es igualmente evidente que el artículo 53 de la Ley 39/2015 no establece tampoco una presunción iuris et de iure de veracidad o certeza de los atestados (que sería incompatible con la presunción constitucional de inocencia), ya que expresamente admite la acreditación en contrario. A ello debe añadirse que ese valor probatorio de los hechos reflejados en el atestado sólo puede referirse a los hechos comprobados directamente por el funcionario actuante, quedando fuera de su alcance las calificaciones jurídicas, los juicios de valor o las simples opiniones que los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad consignen en sus denuncias y atestados.

En suma, según se deduce de la doctrina de este Tribunal, el alcance de la denuncia en la vía administrativa no es otro que el de permitir la incoación del oportuno

procedimiento sancionador, en cuya tramitación el interesado podrá alegar lo que a su derecho convenga y aportar los medios de prueba que combatan la prueba de cargo presentada por la Administración y en virtud de la cual se le imputa la infracción constitutiva de sanción. En tanto que en la vía contencioso-administrativa, los atestados incorporados al expediente sancionador son susceptibles de valorarse como prueba, pudiendo haber servido para destruir la presunción de inocencia en la vía administrativa sin necesidad de que tenga que reiterarse en vía contencioso-administrativa la actividad probatoria de cargo practicada en el expediente administrativo, pero no gozan de mayor relevancia que los demás medios de prueba admitidos en Derecho y, por ello, ni han de prevalecer necesariamente frente a otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas, ni pueden impedir que el órgano judicial forme su convicción sobre la base de una valoración o apreciación razonada del conjunto de las pruebas practicadas.(Sentencias del Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril, FJ 8, y 14/1997, de 28 de enero, FJ 7).

5. REQUISITOS

La certeza de los actos que gozan de la presunción de veracidad, ya se trate de Actas de Inspección, denuncias o atestados policiales está supeditada a la observancia de ciertas condiciones y formalidades.

Así, su contenido debe reflejar hechos objetivos, presenciados in situ y constatados material y directamente por el funcionario interviniente como resultado de su propia y personal observación, sin hacer constar deducciones, opiniones, apreciaciones, consecuencias, hipótesis o juicios de valor subjetivos que pueda realizar el inspector (Sentencia de 25 de febrero de 1998, entre otras muchas).

Además, es preciso que el Acta, denuncia o informe de que se trate consigne todos los datos y elementos fácticos que permitan adquirir la convicción respecto a la conducta reprochada y a la culpabilidad del acusado. No puede invocarse la presunción en aquellos supuestos en que el relato de los hechos consista en una fórmula estereotipada, redactada en formularios genéricos y sin atender a las características específicas del caso concreto.

Tratándose de denuncias, boletines, atestados..., es condición indispensable para que opere la presunción de veracidad la ratificación del agente actuante, siempre que el expedientado niegue o contradiga los hechos denunciados, así, la Sentencia de 31 de julio de 2000, y de este modo la ratificación complementaria convierte a la denuncia en una indudable prueba testifical de cargo, objetiva y suficiente para enervar la presunción de inocencia. Es necesario que la ratificación la efectúe el mismo agente que formuló la denuncia y que presencié directamente los hechos y no otro. De ahí que en toda denuncia o atestado ha de identificarse el agente firmante con su número de identificación correspondiente, a fin de que pueda ser posteriormente citado en el procedimiento para, en su caso, ratificar la denuncia. La ratificación de los hechos denunciados ha de hacerse en el seno del propio procedimiento sancionador instruido al efecto pues, en otro caso, la resolución sancionadora que se adopte, si no se funda en otro medio de comprobación, carecerá de una cobertura probatoria suficiente, sin que ese vicio sea subsanable en la posterior impugnación administrativa, y tampoco en la jurisdiccional.

XXI. EL RECARGO DE PRESTACIONES

Es una figura especial de nuestro derecho, prevista para aquellos supuestos en que un accidente de trabajo o una enfermedad profesional tiene su origen en una infracción en materia de prevención de riesgos laborales.

En estos casos, las prestaciones económicas derivadas de ese accidente o enfermedad pueden incrementarse entre un 30 y un 50%, siendo la responsabilidad del pago del empresario infractor, directamente, sin que pueda asegurarla, compensarla o transmitirla.

La Inspección tramita la propuesta de recargo al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), correspondiéndole la resolución a éste último y siendo recurrible tal resolución ante la jurisdicción social.

El objetivo del recargo tiene un aspecto sancionador para la empresa, ya que el infractor no puede asegurar esta responsabilidad. Pero a la vez es también indemnizatorio (para el trabajador o los beneficiarios de la prestación), que se traduce en una cuantía económica que recibe el titular de la prestación.

La propuesta de recargo no excluye la aplicación del acta de infracción. La Ley General de la Seguridad Social, que lo regula en su artículo 123, establece que el recargo es compatible con otras responsabilidades de todo orden, incluidas, por tanto, las administrativas.

XXII. ACTUACIONES DE CONCILIACIÓN, MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

A través del V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales (ASAC) se establece un sistema extrajudicial de solución de los conflictos colectivos laborales surgidos entre empresarios y trabajadores o sus respectivas organizaciones representativas.

Pueden someterse a los procedimientos previstos en dicho Acuerdo los conflictos colectivos de interpretación y aplicación, así como los que motiven la impugnación de convenios colectivos de forma previa para acceder a la vía judicial, siempre y cuando se den en sectores o subsectores de actividad que excedan del ámbito de una Comunidad Autónoma o en empresas, grupos de empresas o empresas vinculadas, cuando el conflicto afecte a centros de trabajo o empresas domiciliadas en diferentes Comunidades Autónomas.

Se excluyen del indicado Acuerdo, los conflictos en que sea parte el Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales o entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos.

Asimismo están excluidos de la aplicación del ASAC los sectores, subsectores o empresas que hayan expresado su voluntad de que no se les aplique el V ASAC.

Los conflictos colectivos que se susciten en estos dos sectores deberán plantearse ante el Servicio Administrativo de Mediación, Arbitraje y Conciliación, con sede en la Dirección General de Empleo, del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, en el supuesto de que afecten a centros de trabajo o empresas domiciliadas en diferentes Comunidades Autónomas.

En caso de que el conflicto no supere el ámbito de una Comunidad Autónoma las competencias recaerán en el Servicio que la misma tenga designado.

Por otra parte, las funciones de los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social comprenden las de conciliación, mediación y arbitraje en los siguientes supuestos:

La conciliación y mediación en huelgas y otros conflictos cuando la misma sea aceptada por las partes.

El arbitraje en huelgas y otros conflictos laborales cuando las partes expresamente lo soliciten, así como en los supuestos legalmente establecidos.

Las funciones de conciliación, mediación y arbitraje de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se desarrollarán sin perjuicio de las facultades atribuidas a otros órganos de las Administraciones Públicas y a los órganos instaurados por los sistemas de solución de conflictos laborales basados y gestionados por la autonomía colectiva.

XXIII. NOTIFICACIÓN DE DESCUBIERTOS EN LA COTIZACIÓN POR LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Las medidas derivadas de la actividad inspectora se regulan en el Art. 22, Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (Art. 21-41, Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre)

Cuando un Inspector de Trabajo y Seguridad Social o un Subinspector de Empleo y Seguridad Social, comprueba que un trabajador por cuenta ajena no está afiliado o dado de alta, puede promover los siguientes procedimientos:

- A) Procedimiento sancionador.
- B) Procedimiento de liquidación.
- C) Procedimiento de oficio ante la TGSS, para la afiliación o alta.

Las actas de liquidación contendrán, entre otros requisitos los datos que hayan servido de base para calcular el débito: período de descubierto, relación nominal y grupo de cotización de los trabajadores afectados o, en su caso, relaciones contenidas en las declaraciones oficiales formuladas por el presunto responsable, referencia suficientemente identificadora del contenido de tales declaraciones, o relaciones nominales y de datos facilitadas y suscritas por el sujeto responsable; bases y tipos de cotización aplicados; y cuantos otros datos pueda el funcionario actuante obtener o deducir a los fines indicados

XXIV. PROCEDIMIENTO DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN POR FALTA DE AFILIACIÓN O ALTA DE LOS TRABAJADORES

Este procedimiento está regulado en los Art. 29-33, Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, y tiene su fundamento en el aprt.1.a) del Art. 31 Ley General de la Seguridad Social.

**XXV. PROCEDIMIENTO DE ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN
DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL EN LAS DIFERENCIAS DE
COTIZACIÓN POR ACTAS DE LIQUIDACIÓN**

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social puede extender actas de liquidación por diferencias de cotización cuando los trabajadores por cuenta ajena hayan sido dados de alta, siempre que dichas diferencias no resulten directamente de los documentos de cotización.

No hay ninguna duda en que el acta de liquidación por diferencias de cotización constituye un acto de gestión recaudatoria de los estudiados en los comentarios Regulación de la gestión recaudatoria de la Tesorería General de la Seguridad Social, que, no debería plantear problemas relativos a la calificación de la naturaleza jurídica de la relación jurídica que une al trabajador con la empresa (pues el trabajador está en alta), siendo lo más frecuente que se discuta la cuantía de los conceptos retributivos que integran la base de cotización o, en su caso, el tipo de cotización correcto. Sin embargo en este tema, tampoco puede considerarse que el acta de liquidación, como «acto de gestión recaudatoria», se aleje de cuestiones contenciosas que se debaten con una cierta preferencia como cuestión previa en el orden jurisdiccional social, puesto que las diferencias de cotización referidas a las bases en el Régimen General están ligadas de modo ineludible al abono de los salarios debidos al trabajador.

El salario, viene determinado por la totalidad de las percepciones económicas, en dinero o en especie, que recibe el trabajador por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo. Emparejándose esta definición a la base de cotización constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, que con carácter mensual tenga

derecho a percibir el trabajador o asimilado, o la que efectivamente perciba de ser ésta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena (Art. 26 ET).

Diferencias por aplicación indebida del epígrafe en la tarifa de primas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Las diferencias en relación a las primas de accidentes que justifican la intervención de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social pueden estimarse por dos causas o motivos:

1. Diferencias en la base de cotización por impago del salario debido; en este punto, el acta de liquidación obedece a los motivos ya expuestos en el epígrafe anterior, por lo que nos remitimos a lo allí indicado.

2. Aplicación indebida de la tarifa de primas establecida en el documento de asociación, cuando ésta procede de errores en las liquidaciones practicadas en los documentos de cotización presentados por la empresa que dan lugar a una infracotización (por primas) y, consiguientemente, al levantamiento del acta de liquidación

Desde el punto de vista del control administrativo, la LISOS únicamente dedica tres preceptos a esta materia, en los que se tipifica como infracción leve la omisión de la variación de datos por la empresa cuando cambien las circunstancias determinantes del encuadramiento (21.5 LISOS), siendo la Mutua de Accidentes la máxima responsable por aplicar incorrectamente la tarifa de primas en los casos en que el encuadramiento no se corresponda con las actividades o trabajos realmente ejecutados.

Así, se tipifica como falta grave aceptar la asociación de empresas no incluidas en el ámbito territorial o funcional que corresponda, o no aceptar toda proposición de asociación que formulen las empresas comprendidas en su ámbito de protección, concertar convenios de asociación de duración superior a un año, y no proteger a la totalidad de los trabajadores de una empresa asociada, mientras que el apartado 3 del

mismo artículo considera como falta muy grave, «aplicar epígrafes de la tarifa de primas o, en su caso, las adicionales que procedan, distintas de las que sean preceptivamente obligatorias según las actividades y trabajos de cada empresa».

XXVI. PROCEDIMIENTO DE ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL EN DESCUBIERTOS TOTALES DE COTIZACIÓN POR CUOTAS.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social es competente para exigir el pago de las cuotas a las empresas que, además de no haberlas ingresado en plazo, no han presentado los documentos de cotización ante la TGSS.

La exigencia de cuotas, tal como se expone, consiste en una «propuesta de liquidación» de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a la TGSS con las bases de cotización de los trabajadores por los salarios reales, tras haber realizado las comprobaciones oportunas.

La Tesorería General de la Seguridad Social tiene la competencia para, transcurrido el plazo reglamentario sin ingreso de las cuotas debidas, reclamar su importe al sujeto responsable incrementado con el recargo que proceda.

La LGSS, por su parte, establece que “...si no existiese declaración, se tomará como base de cotización la media entre la base mínima y máxima correspondiente al último grupo de cotización conocido en que estuviese encuadrada la categoría de los trabajadores a que se refiera la reclamación”.

Complementando esta regulación, en el caso de reclamación de deudas por descubiertos de cotización cuando no se han presentado por la empresa los documentos

de cotización, se reconoce una competencia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de carácter instrumental, que excepcionalmente permite coordinar su actuación con la de la TGSS, ya que “si estas circunstancias fuesen comprobadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, lo comunicará a la TGSS con la propuesta de liquidación que proceda”.

En los casos a los que se refieren los párrafos anteriores, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrá formular requerimientos a los responsables del pago de cuotas adeudadas por cualquier causa, previo reconocimiento de la deuda por aquéllos ante el funcionario actuante. En este caso, el ingreso de la deuda por cuotas contenida en el requerimiento será hecho efectivo hasta el último día del mes siguiente de su notificación. En caso de incumplimiento del requerimiento, se procederá a extender acta de liquidación y de infracción por impago de cuotas.

Procedimiento de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la derivación de la responsabilidad subsidiaria por exigencia de cuotas

La cotización es obligatoria en los Regímenes General y Especiales desde el momento de iniciación de la actividad correspondiente, determinándose en las normas reguladoras de cada Régimen las personas que hayan de cumplir con dicha obligación.

Acorde con lo anterior, el empresario es el sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotización e ingresará las aportaciones propias y las de sus trabajadores, en su totalidad. Incorporándose de forma solidaria, subsidiaria o mortis causa las personas o entidades sin personalidad.

En caso de que el empresario sea una sociedad o entidad disuelta y liquidada, sus obligaciones de cotización a la Seguridad Social pendientes se transmitirán a los socios o partícipes en el capital, que responderán de ellas solidariamente y hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que se les hubiere adjudicado”.

XXVII. PROCEDIMIENTO DE ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL EN EL RECARGO DE PRESTACIONES

Todas aquellas prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional tendrán un recargo, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50%, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de Seguridad e Higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.

La responsabilidad del pago del recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional citado anteriormente recaerá sobre el empresario infractor. Independientemente de otras responsabilidades, incluso la penal, que puedan derivarse de la infracción. El apartado e) del Art. 1, Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla en materia de incapacidades el Sistema de la Seguridad Social, atribuye la competencia al SEPE para declarar la responsabilidad empresarial que proceda por falta de alta, cotización, o medidas de seguridad e higiene en el trabajo, y determinar el porcentaje, en que, en su caso, hayan de incrementarse las prestaciones económicas. El procedimiento para el reconocimiento del recargo se regula en los Art. 4-6, Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, y se completa con la OM de 18 de enero de 1996. Siguiendo esto, el art. 7.8, Ley 42/1997, 11 de noviembre, reconoce entre las funciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, «instar al órgano administrativo competente la declaración del recargo de

prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional causados por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo».

Las resoluciones de la Entidad Gestora de la Seguridad Social en las que se declare la procedencia de recargos sobre las prestaciones económicas debidas a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales originados por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, así como los responsables de dichos recargos, conforme a lo previsto en el LGSS, una vez sean firmes en vía administrativa se comunicarán a la Tesorería General de la Seguridad Social, con indicación expresa del momento en que se hubiera realizado su notificación, para la recaudación por ésta del importe de tales recargos, sin perjuicio de las devoluciones que, en su caso, procedan, si se redujeran o anularan en vía judicial los derechos reconocidos en dichas resoluciones administrativas.

El importe de dichos reintegros o devoluciones se imputarán con cargo al presupuesto de la citada entidad gestora de la Seguridad Social, salvo la parte del capital coste de renta no consumida que será objeto de devolución con cargo al presupuesto de la Tesorería General de la Seguridad Social, cuando lo hubiera percibido (Apdo. 1, Art. 75, Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio).

Los Tribunales han considerado merecedora de recargo la prestación originada por un incumplimiento de la vigilancia periódica del estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo, y a la protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos. El TSJ de Cataluña ha considerado existente una relación directa entre los incumplimientos empresariales en materia de prevención y el resultado lesivo producido en la salud del trabajador.

Teniendo en cuenta los requisitos constitutivos del recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional estudiados en el comentario "Recargo de prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedad

profesional" a la hora de estudiar los plazos de prescripción para la solicitud del recargo hemos de prestar atención a los criterios que se desarrollan.

Prescripción del derecho a solicitar recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional

Hay que tener en cuenta los siguientes criterios:

1.- La jurisprudencia unificadora interpreta que la acción tendente al reconocimiento del derecho al recargo tiene, conforme al apdo. 1, Art. 53 LGSS, un plazo de prescripción de cinco años, contados desde el día siguiente a aquél en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate o desde el momento en que la acción pudo ser ejercitada (entre otras muchas, SSTS/IV 9-febrero-2006 -R. 4100/2004, 27-03-2007 -R. 639/2006, 17-04-2007 -R. 756/2006, 26-09-2007 -R. 2573/2006, 27-12-2007 -R. 4945/2006) o proclamando, en definitiva, y de una forma flexible, que debe establecerse "un único día inicial del cómputo de la prescripción de la acción para exigir el recargo de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo, a contar desde la fecha en que finaliza el último expediente incoado ante la Seguridad Social en reclamación de prestaciones" (SSTS 09-02-2006 -R. 4100/2004, con invocación del criterio sustentado en STS/IV 10-diciembre-1998 -R. 4078/1997 Sala General, 12-febrero-2007 -R. 4491/2005). (1) Ver sentencias nº TS, Sala de lo Social, de 17/04/2007, Rec. 756/2006, TS, Sala de lo Social, de 26/09/2007, Rec. 2573/2006, TS, Sala de lo Social, nº S/S, de 09/02/2006, Rec. 4100/2004

2.- Esta doctrina flexible en cuanto al "día inicial" tiene su causa en que, como se ha indicado, conforme a la normativa actualmente vigente, de un mismo accidente de trabajo pueden derivar diversas actuaciones seguidas ante cuatro órdenes jurisdiccionales distintos, el penal (acción penal con ejercicio simultáneo en su caso de la acción civil derivada del delito), el social (prestaciones de la seguridad social pública, mejoras voluntarias de la acción protectora, acciones indemnizatorias, recargo por infracción medidas de seguridad), el civil (acciones indemnizatorias) y el contencioso-

administrativo (impugnación sanciones administrativas por infracción medidas seguridad), con las derivadas consecuencias negativas. Como ya recordaba la STS 10-12-1998 (R. 4078/1997, Sala General), "esta variedad de mecanismos de indemnización de los daños producidos por el incumplimiento del deber del patrono, y específicamente en relación con el accidente, con la consecuencia de esa posible pluralidad jurisdiccional, ya fue destacada por la Sala en su sentencia del 24 de mayo de 1994".

3.- En efecto, ante un concreto accidente de trabajo resulta que, conforme a la actual legislación orgánica y procesal, -- y a la espera de deseable una futura racionalización --, es habitual que los jueces y tribunales integrados en distintos órdenes jurisdiccionales tengan que intervenir simultanea o sucesivamente, para valorar unos mismos esenciales hechos en aplicación de su diversa normativa sustantiva y con diversas normas procedimentales, para determinar, con distintos sistemas en orden a la práctica y la valoración de la prueba, los diversos supuestos de hecho de aplicación de sus diversas normas sustantivas, aunque todas ellas inciden en datos fácticos comunes como los afectantes a la posible existencia del concreto accidente, su calificación como laboral o no laboral, y la participación de los diversos intervinientes o de los afectados por diversos títulos, así como para delimitar el contenido y alcance de las responsabilidades derivadas, muchas de ellas concurrentes.

4.- El que un mismo hecho dañoso para un trabajador, que pudiera ser calificado como accidente de trabajo, sea susceptible de ser examinado por diversos órganos judiciales integrados en distintas jurisdicciones, las que cuentan con una estructura orgánica, procedimental y sustantiva propias, puede generar, entre otras consecuencias negativas: a) contradicciones trascendentes (el que un mismo hecho pueda existir o no existir para los distintos órganos del Estado); b) la inseguridad jurídica consecuente vulneradora del apdo. 3, Art. 9 ,Constitución Española, difícil de remediar en nuestro actual sistema competencial orgánico y procesal; c) la demora en la obtención de la exigible tutela judicial efectiva, por la obligada utilización de múltiples vías jurisdiccionales e incluso procesales para intentar defender íntegramente los derechos o

intereses del trabajador accidentado o de sus beneficiarios, del empresario o de la entidad gestora o aseguradora afectados, agravado por el diverso ritmo temporal de los distintos tribunales; d) la problemática de la compatibilidad o la incompatibilidad o de la posibilidad del ejercicio sucesivo, simultáneo o condicionado de las diversas acciones, con su incidencia en los plazos de caducidad o de prescripción para su ejercicio (inicio, causas de suspensión, incidencia de los hechos probados de la sentencia firme de una jurisdicción en las otras); y e) la problemática de la compatibilidad, la incompatibilidad, la independencia o la complementariedad de las diversas indemnizaciones o sanciones, entre otras muchas consecuencias negativas (p.ej., la sanción penal en algunos casos puede ser más débil que la administrativa o el proceso penal al paralizar la acción administrativa puede interferir en la reparación a través del recargo o condicionar la sentencia absolutoria que se dicte la exigibilidad de reparación en otros ámbitos).

Interrupción de la prescripción del plazo de cinco años para el ejercicio de la acción

1.- La interrupción de la prescripción del plazo de cinco años para el ejercicio de la acción tendente a solicitar el recargo ex art. 123 LGSS de las prestaciones económicas de Seguridad Social por haber podido tener causa el accidente de trabajo en la infracción de medidas de seguridad, la prescripción se interrumpe, entre otras causas, "en virtud de expediente que tramite la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con el caso de que se trate" (43.2 ,LGSS), sin que exija el precepto legal que las actuaciones administrativas inspectoras tengan que estar dirigidas directamente contra el empresario frente al que ulteriormente se pudieran dirigir sus acciones los posibles afectados para obtener la declaración en vía administrativa o posterior jurisdiccional de existencia de infracción de medidas de seguridad e higiene en el accidente de trabajo cuestionado y la consecuente responsabilidad empresarial al abono del recargo ex art. 123 LGSS en el porcentaje que se fije dentro de los límites legales. En los supuestos ordinarios de accidentes en el desarrollo del trabajo para una concreta empresa lo normal es que la acción inspectora se dirija contra el empresario formal que suele coincidir con el empresario "verdadero" o, en la terminología de la jurisprudencia

unificadora en interpretación del Art. 123 ,LGSS, con el "empresario infractor" (entre otras muchas, SSTS/IV 31-enero-1994 -R. 4028/1992, 16-diciembre-1997 -R. 136/1997, 7-10-2008 -R. 2426/2007); sin embargo, en los cada vez más frecuentes supuestos de concurrencia de empresarios (contratas y subcontratas, empresas de servicios, empresas de trabajo temporal, grupos de empresa, control por distintos empresarios del centro de trabajo donde acontece el accidente, etc.) la actuación inspectora puede iniciarse y desarrollarse de una forma más global para determinar los posibles empresarios infractores e incluso concluir sin que alguno de los considerados como tales por los afectados resulte implicado en tales actuaciones administrativas, lo que no parece motivo suficiente para impedir que, en discrepancia con aquellas actuaciones, los afectados puedan ejercitar luego sus acciones contra los que consideren empresarios infractores no incluidos en aquellas actuaciones.

2.-Cuestión distinta es cuando se trata de actuaciones administrativas sancionatorias o liquidatorias, -- naturaleza que no ostenta el denominado recargo de prestaciones (entre otras, STS 02-10-2000 - R. 2393/1999, Sala General) --, pues en estos casos la propia LGSS en su art. 21 (modificado por Ley 14/2000 de 29 - diciembre), al regular los plazos de prescripción de acciones y derechos de tal naturaleza y al determinar los supuestos de interrupción de la prescripción, dispone expresamente la necesidad del conocimiento formal del responsable del pago, estableciendo que "La prescripción quedará interrumpida por las causas ordinarias y, en todo caso, por cualquier actuación administrativa realizada con conocimiento formal del responsable del pago conducente a la liquidación o recaudación de la deuda y, especialmente, por su reclamación administrativa mediante reclamación de deuda o acta de liquidación" (apdo. 3, Art. 24 LGSS), como ha interpretado la jurisprudencia contencioso-administrativa (entre otras, SSTS 28-02-2000 -R. 2218/1997 interés de ley).

3.-Del precepto ahora cuestionado no se deduce, como interpreta la sentencia recurrida y se sustenta por la Entidad Gestora en la impugnación al recurso casacional,

que la interrupción de la prescripción ex art. 45.2 LGSS "en virtud de expediente que tramite la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con el caso de que se trate solamente se produzca cuando ya iniciado el expediente administrativo de imposición del recargo se requiera por la Entidad Gestora la intervención de la Inspección, pero no cuando esta última inicia un procedimiento sancionador al margen del procedimiento de imposición del recargo, pues, entendemos, que al margen de los efectos que en orden a la suspensión de los plazos para resolver el expediente de recargo pueda comportar la actuación inspectora requerida por la Gestora, lo que pretende el precepto legal es regular los supuestos de prescripción de la acción a ejercitar por el beneficiario y no los efectos internos o de regulación de las causas de suspensión del transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento administrativo al modo que efectúa el apdo. 5 del Art. 42 Ley 30/1992, de 26 de noviembre (la referencia debe entenderse hecha al Art. 22 Ley 39/2015, de 1 de octubre) entre otros supuestos, cuando deben solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución para lo que fija un plazo de suspensión que no podrá exceder en ningún caso de tres meses.

4.-Cuestión distinta es la de que en reiteradas resoluciones de la Sala IV del Tribunal supremo, como en la invocada STS 27-12-2007 (R. 4945/2006), se afirme que "la iniciación y subsiguiente tramitación del expediente a través del cual el INSS debe resolver lo atinente a si procede o no el recargo del que tratamos, interrumpe la prescripción a la que alude el citado apdo. 1, Art. 53 ,LGSS, pues se añade que tal pronunciamiento debe ponerse en relación con la doctrina relativa a que "en este tipo de expedientes no se produce su caducidad por el transcurso del plazo máximo legal o reglamentariamente previsto para su conclusión, y ello es así como consecuencia de la obligación de dictar resolución expresa que a la Administración impone el apdo. 1 del Art. 42 ,Ley 30/1992, de 26 de noviembre (la referencia debe entenderse hecha al apdo. 1 del Art. 21 ,Ley 39/2015, de 1 de octubre) por lo que la interrupción del plazo de cinco años que para la prescripción del derecho al reconocimiento de las prestaciones establece el apdo. 1, Art. 53 ,LGSS se prolonga -en todos los casos en que la Administración haya cumplido su deber de dictar resolución expresa- durante todo el

tiempo que medie entre la incoación y la notificación de la resolución expresa que recaiga; ello sin perjuicio del derecho del interesado a entablar las oportunas acciones judiciales a partir del momento en que la petición pueda considerarse desestimada por silencio administrativo".

5.- La jurisprudencia unificadora con matizaciones en orden a diversas causas de interrupción de la referida prescripción y las interrelaciones del procedimiento penal, del expediente sancionador y del expediente por recargo de prestaciones, ha afirmado que "en materia de recargos de prestaciones no existe prejudicialidad penal devolutiva, de forma que la tramitación de procedimiento penal por los mismos hechos no suspende el procedimiento para imponer el citado recargo por falta de medida de seguridad, pese a lo previsto en el art. 16.2 OM 18/01/96, pues tal paralización no se contempla en el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, del que aquella es desarrollo y resulta contraria al apdo. 1, Art. 86 ,LJS, a la par que el 3.2 LISOS limita a contemplar la paralización del procedimiento para el aspecto sancionador; así se ha mantenido en las sentencias de 17/05/04 [-Rud 3259/2003-], 08/10/04 [-Rud 4552/2003-], 25/10/05 [-Rud 3552/2004-], 18/10/07 [-Rud 2812/2006-] y 13/02/08 [-Rud 163/2007-] ...", pero, señalándose, en lo que ahora más directamente nos afecta, que "ahora bien, la Sala igualmente ha afirmado que la inexistencia de tal efectivo suspensivo no comporta que ese proceso penal o el procedimiento administrativo para sancionar las responsabilidades administrativas por incumplimiento de las normas de prevención que haya podido motivar el accidente no suspendan el plazo de prescripción de la acción para reclamar el abono del recargo" y que "así los hemos afirmado -siquiera obiter dicta- en nuestra sentencia de 12/03/07 [Rud 4099/2005-] y ya con profusión argumental los reiteramos en las de 18/10/07 [Rud 2812/2006-]

Caducidad del expediente de recargo de prestaciones por trascurso del plazo de 135 días.

El apartado 2 del Art. 21 ,Ley 39/2015, de 1 de octubre determina que el plazo máximo en el que debe notificarse por la Administración la resolución expresa será el

fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento, sin que pueda exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en el Derecho de la Unión Europea, añadiéndose, en el apartado siguiente de este mismo artículo, que cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, este será de tres meses

De acuerdo con lo anterior, la resolución y notificación en los procedimientos administrativos para el reconocimiento de prestaciones en materia de Seguridad Social (anexo, Real Decreto 286/2003, de 7 de marzo) deben hacerse dentro de unos determinados plazos, instaurando un plazo de 135 días para la caducidad del expediente de recargo de prestaciones.

XXVIII. PROCEDIMIENTO DE ACTUACIÓN DE LA ITSS

1. INTRODUCCIÓN

El Art. 20, Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, establece las directrices en la actuación de oficio de la TGSS cuando, como consecuencia de la actuación Inspección de Trabajo y Seguridad Social, tuviese conocimiento del incumplimiento por el empresario de las obligaciones establecidas en los artículos precedentes, lo que implicará en su caso la modificación por la TGSS de los datos que hubieran sido declarados en su momento.

La actuación de la Inspección puede consistir en:

1. Emisión de un informe o levantamiento de acta de infracción a la empresa si ésta ha incurrido en la conducta tipificada en el apdo. 5, Art. 21, LISOS.

2. Levantar acta de liquidación por diferencias de cotización cuando discrepe del epígrafe asignado o compruebe que la empresa realiza desde un tiempo pasado un tipo de trabajo que en su momento no fue declarado, y al que le corresponde un epígrafe distinto

2. INGRESO DE LA LIQUIDACIÓN

El ingreso de la liquidación se efectuará siguiendo el Art. 22 ,Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

3. RECURSO DE ALZADA

De acuerdo con la Ley General de la Seguridad Social y el Reglamento General de Recaudación e la Seguridad Social, contra la Resolución de estudio cabe recurso de alzada en el plazo de un mes a partir del día siguiente a la notificación de la presente resolución (prorrogándose al primer día hábil siguiente cuando el último sea inhábil), ante: el Director Territorial de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de la comunidad autónoma.

Si se hubiese interpuesto recurso de alzada contra el acto administrativo liquidatorio, y se hubiese garantizado su importe con aval suficiente o consignado el mismo en los términos del apdo. 2, Art. 46, Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, el ingreso deberá efectuarse en la cuantía determinada en la resolución del recurso de alzada y en los 15 días siguientes a su notificación. Una vez adquiriera firmeza en vía administrativa el acta de liquidación sin que se haya satisfecho la deuda, se iniciará el procedimiento de apremio mediante la emisión por la Tesorería de la providencia de

apremio, en la que se identificará la deuda pendiente de pago con el recargo correspondiente y la advertencia expresa de que si el pago no se efectúa en los 15 días naturales siguientes serán exigibles, además, los intereses de demora devengados desde la finalización del plazo reglamentario de ingreso.

La Ley General de la Seguridad Social, establece que procederá levantar acta de liquidación cuando se constaten deudas por cuotas originadas por la falta de afiliación o alta de los trabajadores en cualquiera de los regímenes de la seguridad social. En consonancia el Art. 4, RD 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de cotización, establece que las funciones liquidatorias de las deudas de la Seguridad Social atribuidas a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, serán ejercidas de acuerdo con las normas reguladoras de sus respectivas competencias funcional y territorial. Por su parte, el art. 20 del mismo Reglamento se limita a reconocer, en relación con las liquidaciones de cuotas, la competencia de la TGSS o de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo con los Art. 35-36, Ley General de la Seguridad Social.

A través del acta de liquidación la inspección de trabajo y seguridad social puede modificar la tarifa de primas aplicada, adaptándola según su criterio al epígrafe que considera el adecuado. a diferencia de las actas de liquidación por otros motivos, en el caso de las diferencias por aplicación indebida del epígrafe de accidentes, la finalidad de exigir estas cuotas es puramente recaudatoria, ya que no hay ningún derecho subjetivo de los trabajadores que pueda verse lesionado.

La actuación de la ITSS en orden a la declaración del recargo de prestaciones se establece de la siguiente forma:

- a) Legitimación de la ITSS.
- b) Iniciación del procedimiento.
- c) Alcance y contenido de la propuesta de iniciación instada.

d) Contenido del informe-propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

XXIX. ACTIVIDAD DE COMPROBACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, en el ejercicio de sus funciones, están autorizados a desplegar toda una serie de actuaciones tendentes a la comprobación de los hechos que presuntamente son constitutivos de infracción, por acción u omisión, en el plano del orden social (Art. 13, Ley 23/2015, de 21 de julio).

Las diligencias de la ITSS se extenderán en el modelo publicado en la Orden ESS/1452/2016, de 10 de junio, desde el 13 de septiembre de 2016. Desde esa fecha, los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y los Subinspectores Laborales, con ocasión de cada visita a los centros de trabajo o comprobación por comparecencia del sujeto inspeccionado en dependencias públicas que realicen, extenderán diligencia sobre tal actuación, con sujeción a las reglas previstas en la nueva Orden.

La actuación inspectora se caracteriza por:

1. La plena autonomía técnica y funcional y su independencia frente a cualquier influencia exterior indebida.
2. Su especialización funcional, compatible con los principios de unidad de función y de acto.

3. La posibilidad de adoptar, en cualquier momento del desarrollo de sus actuaciones, las medidas cautelares que estimen oportunas y sean proporcionadas al fin que se persiga.

4. No causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los sujetos responsables o que implique violación de derechos.

5. Considerar confidencial el origen de cualquier queja sobre el incumplimiento de las disposiciones legales y venir obligados a guardar secreto y a no revelar, aun después de haber dejado el servicio, los datos, informes o antecedentes de que puedan haber tenido conocimiento en el desempeño de sus funciones, salvo cuando se refiera a la investigación o persecución de delitos públicos.

6. El deber de respetar las incompatibilidades y los motivos de abstención y recusación de los funcionarios públicos al servicio de las Administraciones públicas.

7. Requerir el auxilio y la colaboración de las Administraciones públicas y de cuantas personas ejerzan funciones públicas (con especial mención a la colaboración de las entidades gestoras y colaboradoras y los servicios comunes de la Seguridad Social, y al Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo); Administración tributaria.

En cualquier caso, la actuación investigadora de la inspección actuante podrá desarrollarse mediante:

a) Visita a los centros o lugares de trabajo, sin necesidad de previo aviso (Art. 13, Ley 23/2015, de 21 de julio).

b) Mediante requerimiento de comparecencia ante el funcionario actuante de quien resulte obligado, aportando la documentación que se señale en cada caso, para efectuar las aclaraciones pertinentes.

c) En virtud de expediente administrativo cuando el contenido de su actuación permita iniciar y finalizar aquélla. Las visitas de inspección podrán realizarse por uno o varios funcionarios y podrán extenderse durante el tiempo necesario.

De igual modo, la actuación de comprobación puede dar lugar a:

1. Dar conocimiento al Ministerio Fiscal. Si apreciase la posible comisión de un delito público, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por el cauce orgánico que reglamentariamente se determine, remitirá al Ministerio Fiscal relación circunstanciada de los hechos que haya conocido y de los sujetos que pudieren resultar afectados.

2. Iniciar un procedimiento de oficio ante la jurisdicción social mediante propuesta del inspector actuante al Jefe de la Inspección Provincial o al Jefe de la respectiva Unidad especializada, de conformidad con las previsiones contenidas en los Art. 146-149, Ley de Jurisdicción Social. El inicio del procedimiento jurisdiccional supondrá la suspensión del procedimiento sancionador que se reanudará una vez comunicada la sentencia firme pronunciándose sobre el fondo del asunto.

Duración de las actuaciones de comprobación

1.- Las actuaciones comprobatorias no se dilatarán por espacio de más de nueve meses salvo que la dilación sea imputable al sujeto a inspección o a las personas dependientes del mismo. No obstante, podrá ampliarse, con el alcance y requisitos establecidos reglamentariamente, por otro periodo que no excederá de nueve meses, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias (Art. 21, Ley 23/2015, de 21 de julio):

a) Cuando las actividades de inspección revistan especial dificultad y complejidad. Se entiende que se produce atendiendo al volumen de operaciones de la

persona o de la entidad, por la dispersión geográfica de sus actividades, y en aquellos otros supuestos que indique una norma reglamentaria.

b) Cuando en el transcurso de las mismas se descubra que el sujeto inspeccionado ha obstruido u ocultado al órgano inspector alguna de sus actividades o de las personas que las desempeñen.

c) Cuando la actuación inspectora requiera de cooperación administrativa internacional.

Asimismo, no se podrán interrumpir por más de cinco meses, salvo que la interrupción sea causada por el sujeto inspeccionado o personas de él dependientes, o cuando se constate la imposibilidad de proseguir la actuación inspectora por la dependencia de un pronunciamiento judicial que pueda condicionar el resultado de la misma.

Las comprobaciones efectuadas en una actuación inspectora tendrán el carácter de antecedente para las sucesivas.

Cualquiera que sea el origen de la actuación inspectora, el cómputo de los plazos establecidos en este apartado se iniciará a partir de la fecha de la primera visita efectuada o, en caso de requerimiento de comparecencia del sujeto inspeccionado, desde la fecha efectiva de la comparecencia, siempre que haya aportado la totalidad de la documentación requerida con trascendencia en la actuación inspectora. No se considerará incluido en ningún caso en el cómputo de los plazos, el tiempo transcurrido durante el aplazamiento concedido al sujeto obligado en los supuestos de formularse requerimientos de subsanación de incumplimientos previos por parte del órgano inspector.

2.- Con ocasión de sus visitas a los lugares de trabajo, los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social solicitarán la presencia de los representantes de los trabajadores cuando legalmente proceda, conforme a la normativa de prevención

de riesgos laborales, o cuando así lo aconseje la índole de la actuación a realizar de acuerdo con las instrucciones que se dicten al respecto.

3.- Los funcionarios actuantes extenderán diligencia por escrito de cada actuación que realicen con ocasión de las visitas a los centros de trabajo o de las comprobaciones efectuadas mediante comparecencia del sujeto inspeccionado en dependencias públicas.

XXX. RECLAMACIÓN DE DEUDAS POR LA SEGURIDAD SOCIAL

Transcurrido el plazo reglamentario sin ingreso de las cuotas debidas, la Tesorería General de la Seguridad Social reclamará su importe al sujeto responsable incrementado con el recargo que proceda, conforme a lo dispuesto en los Art. 30, Art. 33, Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

Desde el 28 de diciembre de 2014, fecha de entrada en vigor de la Ley 34/2014, de 26 de diciembre, de medidas en materia de liquidación e ingreso de cuotas de la Seguridad Social, se han modificado aspectos importantes en la reclamación de deudas por parte de la Seguridad Social.

Transcurrido el plazo reglamentario sin ingreso de las cuotas debidas, la Tesorería General de la Seguridad Social reclamará su importe al sujeto responsable incrementado con el recargo que proceda, en los siguientes supuestos:

a) Falta de cotización respecto de trabajadores dados de alta, cuando no se hubiesen cumplido dentro de plazo las obligaciones establecidas (1) o cuando, habiéndose cumplido, las liquidaciones de cuotas o datos de cotización transmitidos o los documentos de cotización presentados contengan errores materiales, aritméticos o de cálculo que resulten directamente de los mismos. Si estas circunstancias fuesen

comprobadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, lo comunicará a la Tesorería General de la Seguridad Social con la propuesta de liquidación que proceda.

b) Falta de cotización en relación con trabajadores dados de alta que no consten en las liquidaciones de cuotas o datos de cotización transmitidos ni en los documentos de cotización presentados en plazo, respecto de los que se considerará que no se han cumplido las obligaciones establecidas.

c) Diferencias de importe entre las cuotas ingresadas y las que legalmente corresponda liquidar, que resulten directamente de las liquidaciones o datos de cotización transmitidos o de los documentos de cotización presentados, siempre que no proceda realizar una valoración jurídica por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre su carácter cotizable, en cuyo caso se procederá aplicando un recargo del 20% de la deuda (si se hubiesen abonado las cuotas debidas antes de la terminación del plazo de ingreso establecido en la reclamación de deuda o acta de liquidación) o un recargo del 35% de la deuda (si se hubiesen abonado las cuotas debidas a partir de la terminación de dicho plazo de ingreso).

d) Deudas por cuotas cuya liquidación no corresponda a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Procederá también reclamación de deuda cuando, en atención a los datos obrantes en la Tesorería General de la Seguridad Social o comunicados por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y por aplicación de cualquier norma con rango de ley que no excluya la responsabilidad por deudas de Seguridad Social, deba exigirse el pago de dichas deudas

a) A los responsables solidarios, en cuyo caso la reclamación comprenderá el principal de la deuda a que se extienda la responsabilidad solidaria, los recargos, intereses y costas devengados hasta el momento en que se emita dicha reclamación.

b) A los responsables subsidiarios, en cuyo caso y salvo que su responsabilidad se halle limitada por ley, la reclamación comprenderá el principal de la deuda exigible al deudor inicial en el momento de su emisión, excluidos recargos, intereses y costas.

c) A quien haya asumido la responsabilidad por causa de la muerte del deudor originario, en cuyo caso la reclamación comprenderá el principal de la deuda, los recargos, intereses y costas devengados hasta que se emita.

Los importes exigidos en las reclamaciones de deudas por cuotas, impugnadas o no, deberán hacerse efectivos dentro de los plazos siguientes

a) Las notificadas entre los días 1 y 15 de cada mes, desde la fecha de la notificación hasta el día 5 del mes siguiente o el inmediato hábil posterior.

b) Las notificadas entre los días 16 y último de cada mes, desde la fecha de notificación hasta el día 20 del mes siguiente o el inmediato hábil posterior.

Las deudas con la Seguridad Social por recursos distintos a cuotas, serán objeto igualmente de reclamación de deuda, en la que se indicará el importe de la misma, así como los plazos reglamentarios de ingreso.

La interposición de recurso de alzada contra las reclamaciones de deuda sólo suspenderá el procedimiento recaudatorio cuando se garantice con aval suficiente o se consigne el importe de la deuda, incluido, en su caso, el recargo en que se hubiere incurrido.

En caso de resolución desestimatoria del recurso, transcurrido el plazo de 15 días desde su notificación sin pago de la deuda, se iniciará el procedimiento de apremio mediante la expedición de la providencia de apremio o el procedimiento de deducción, según proceda.

El plazo de prescripción de la obligación de pago de las cuotas a la Seguridad Social, junto con la Interrupción, extensión y efectos de la misma se regula en los Art. 42-43, Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, en desarrollo reglamentario de las prescripciones legales sobre esta materia, contenidas en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

La prescripción se declarará de oficio, a los cuatro años, sin necesidad de que la invoque o excepcione el responsable de pago, en cualquier momento del procedimiento recaudatorio.

Interrupción, extensión y efectos de la prescripción

El plazo de prescripción quedará interrumpido por las causas establecidas como ordinarias y, en todo caso, por:

1. Cualquier actuación del responsable de pago adecuado al reconocimiento o extinción de la deuda.
2. Cualquier acción de la Tesorería General de la Seguridad Social o de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social realizada con conocimiento formal del responsable del pago conducente al reconocimiento, regularización, comprobación, inspección, aseguramiento, liquidación y recaudación de todos o parte de los elementos de la obligación con la Seguridad Social.
3. Interposición de recurso o impugnación administrativa o judicial (se iniciará de nuevo el cómputo del plazo de prescripción a partir de la fecha en que se dicte la resolución o sentencia firmes que los resuelvan).
4. Solicitud de una prestación económica de la Seguridad Social en los supuestos en que esté prevista la posibilidad de advertir al interesado de que ha de ponerse al corriente en el pago de sus cuotas en orden al reconocimiento de aquélla.

Si existieran varias deudas liquidadas a cargo de un mismo responsable de pago, la interrupción de la prescripción por el ejercicio de la acción administrativa sólo afectará a la deuda a que ésta se refiera.

La prescripción de una deuda o parte de ella aprovecha por igual a todos los responsables de su pago. Interrumpido el plazo de prescripción para uno, se entenderá interrumpido para todos los demás.

XXXI. INFORME DE LA ITTSS EN EL PROCESO LABORAL ESPECIAL EN MATERIA DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

Según el apdo. 2, Art. 39 ,ET, en el caso de encomienda de funciones superiores a las del grupo profesional por un periodo superior a seis meses durante un año u ocho durante dos años, el trabajador podrá reclamar el ascenso, si a ello no obsta lo dispuesto en convenio colectivo o, en todo caso, la cobertura de la vacante correspondiente a las funciones por él realizadas conforme a las reglas en materia de ascensos aplicables en la empresa, sin perjuicio de reclamar la diferencia salarial correspondiente. Estas acciones serán acumulables. Contra la negativa de la empresa, y previo informe del comité o, en su caso, de los delegados de personal, el trabajador podrá reclamar ante la jurisdicción social. Mediante la negociación colectiva se podrán establecer periodos distintos de los expresados en este artículo a efectos de reclamar la cobertura de vacantes.

Basándonos en el apdo. 2, Art. 39 ,ET, en relación con el Art. 137 ,LJS, podemos concluir que el objeto de este proceso no es otro que la reclamación del ascenso por parte de aquél trabajador que haya desempeñado funciones superiores a las inicialmente contratadas por un período superior a seis meses durante un año u ocho

meses durante dos años, si a ello no obsta lo dispuesto en el convenio colectivo, o, en todo caso, la cobertura de la vacante correspondiente a las funciones por él realizadas conforme a las reglas en materia de ascensos aplicables en la empresa.

Reclamación de categoría o grupo profesional.

La demanda que inicie este proceso será acompañada de informe emitido por el comité de empresa o, en su caso, por los delegados de personal sobre las funciones superiores alegadas y la correspondencia de las mismas dentro del sistema de clasificación aplicable. En el caso de que estos órganos no hubieran emitido el informe en el plazo de quince días, al demandante le bastará acreditar que lo ha solicitado.

En la resolución por la que se admita la demanda, se recabará informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, remitiéndole copia de la demanda y documentos que la acompañen. El informe versará sobre los hechos invocados, en relación con el sistema de clasificación aplicable, y demás circunstancias concurrentes relativas a la actividad del actor, y deberá emitirse en el plazo de quince días.

A la acción de reclamación de la categoría o grupo profesional será acumulable la reclamación de las diferencias salariales correspondientes. Contra la sentencia que recaiga no se dará recurso alguno, salvo que las diferencias salariales reclamadas alcancen la cuantía requerida para el recurso de suplicación.

Conforme a lo que disponen los artículos Art. 137, Art. 189, Ley de Jurisdicción Social, son irrecurribles en suplicación las sentencias que dicten los Juzgados de lo Social en procesos de clasificación profesional, salvo que las diferencias salariales reclamadas alcancen la cuantía requerida para el recurso de suplicación (3.000 euros).

Principales aspectos a tener en cuenta

- El apdo. 1, Art. 137, LJS, y se centra en una de las especialidades que identifica este proceso, y concretamente en el informe del comité de empresa o de los delegados de personal, que ha de aportarse junto con la demanda. Según la actual regulación, la demanda que inicie este proceso será acompañada de informe emitido por el comité de empresa o, en su caso, por los delegados de personal, “sobre las funciones superiores alegadas y la correspondencia de las mismas dentro del sistema de clasificación profesional”. En el caso de que estos órganos no hubieran emitido el informe en el plazo de quince días, al demandante le bastará acreditar que lo ha solicitado. Si desde un punto de vista jurídico-positivo el informe del Comité de Empresa del apdo. 2, Art. 39, ET acoge una competencia consultiva por parte de los representantes de los trabajadores, que impone con carácter previo, una información, desde el punto de vista jurídico-procesal, el informe del Comité de Empresa recogido en el apdo. 1, Art. 137, LJS se configura como un requisito preprocesal y a la vez como un medio probatorio que facilita la convicción del Juez.

- El apdo. 2, Art. 137, LJS, viene referida a otra de las especialidades que identificaba esta modalidad procesal, y en concreto, el preceptivo informe de la Inspección de Trabajo que ha de adjuntarse en las actuaciones, el cual deberá emitirse en el plazo de quince días. La actual regulación señala al respecto que el informe versará sobre los hechos invocados “en relación con el sistema de clasificación profesional aplicable”, y demás circunstancias concurrentes relativas a la actividad del actor. Por tanto, frente a la regulación anterior, que omitía cualquier referencia al respecto, se señala ahora adicionalmente, que los hechos invocados en el informe, lo serán en relación con el sistema de clasificación profesional aplicable, al margen de cualquier otra circunstancia concurrente. El informe de la Inspección de Trabajo opera como medio probatorio para la formación de la convicción del Juez, pero no tiene por objeto procurar el conocimiento de su contenido a la parte contraria, antes del juicio, para preparar su defensa.

- El tercer apartado del Art. 137, LJS, según el cual: “A la acción de reclamación de la categoría o grupo profesional será acumulable la reclamación de las diferencias salariales correspondientes. Contra la sentencia que recaiga no se dará recurso alguno, salvo que las diferencias salariales reclamadas alcancen la cuantía requerida para el recurso de suplicación”. Dicha cuantía se sitúa en 3000 euros, tal y como dispone el apartado séptimo del apdo. 2, Art. 191, LJS. Se trata por tanto de una previsión que modifica la regulación anterior en este punto, la cual no contemplaba en el texto procesal laboral la acumulación de ambas acciones de manera expresa, y, a la vez, prohibía expresamente los recursos en esta modalidad procesal.

No deben sustanciarse a través de este proceso las pretensiones sobre ascensos previstas en convenio, incluidas las que exijan concurso previo para la cobertura de vacantes en empresas públicas, tampoco las demandas que solamente pretenden el reconocimiento de un determinado nivel retributivo al amparo de preceptos legales o convencionales, ni las que versen sobre la valoración de un determinado puesto de trabajo

Doctrina unificada

Como recuerdan las Sentencias TS, de 13/10/2006, Rec. 2867/2005 y TS, Sala de lo Social, de 03/04/2009, Rec. 1106/2008, es doctrina unificada que:

A) La modalidad procesal de clasificación profesional es la adecuada cuando se trata de reclamar categoría superior a la reconocida, en la que son determinantes y se cuestionan "los hechos y circunstancias del trabajo efectivamente desarrollado".

B) La pretensión condiciona el cauce procesal a seguir, independientemente de la procedencia o improcedencia de la cuestión de fondo discutida, y de la denominación que el actor le haya dado (s. de 29-10-01 (Rud. 444/2001)).

C) Lo relevante para entender que se está ante una pretensión sobre clasificación profesional es que se funde en la discrepancia entre las funciones efectivamente realizadas y la categoría atribuida, con independencia de que esa falta de correspondencia se produzca en la clasificación inicial o en el ulterior desarrollo de la relación laboral (sentencia TS, Sala de lo Social, nº S/S, de 30/05/2006, Rec. 2207/2005).

D) Lo dicho en el apartado A) anterior no significa que en los pleitos de clasificación no haya que resolver un problema jurídico pues, "es evidente que en el examen de los problemas de equivalencia entre función realmente desempeñada y categoría hay que considerar tanto elementos fácticos -- las funciones realmente desempeñadas --, como jurídicos -- la definición del ámbito de la categoría de la norma profesional aplicable --, pero lo que se quiere señalar es que cuando el problema trasciende de dichos posibles desajustes ya no puede ser objeto del indicado proceso, cual ocurre cuando hay que abordar cuestiones más complejas que afectan a la propia interpretación de la normativa reguladora de la clasificación (sentencia TS, de 03/05/2006, Rec. 1684/2005).

E) Por tal razón, la vía del Art. 137, LJS, no es la adecuada cuando se trata de resolver encuadramientos profesionales solicitados al amparo de la integración de colectivos de trabajadores en ámbitos laborales sometidos diversa regulación convencional; pues en tales casos la pretensión no requiere adecuar la práctica empresarial de reconocimiento de categoría con las tareas efectivamente realizadas, sino determinar cuál pueda ser la correcta incardinación en el nuevo Convenio. Y ello no depende, o al menos no depende exclusivamente, de los cometidos laborales realizados, sino que ha de tenerse en cuenta otras consideraciones "de derecho" y no "de hecho", relativas al encaje de las antiguas categorías profesionales (Sentencia TS, de 24/05/2005, Rec. 1570/2004). Situación ésta totalmente ajena al caso que examinamos donde no se ha producido, o al menos no se alega, un cambio de convenio.

XXXII. INFORME DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO ANTE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y REDUCCIÓN DE JORNADA

Recibida la comunicación del empresario de finalización del periodo de consultas (20.6, Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre), la autoridad laboral comunicará a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la finalización del periodo de consultas, dando traslado, en su caso, de la copia del acuerdo alcanzado y, en todo caso, de la decisión empresarial sobre la suspensión de contratos o reducción de jornada.

El informe deberá ser evacuado en el improrrogable plazo de quince días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del periodo de consultas, y quedará incorporado al procedimiento. El informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social versará sobre los extremos de la comunicación empresarial y sobre el desarrollo del periodo de consultas y deberá seguir en su elaboración los criterios fijados en el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (Art. 11, Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre). Ver comentario Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

XXXIII. INFORME DE LA ITSS PARA LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

Las personas físicas o jurídicas que pretendan realizar la actividad constitutiva de empresa de trabajo temporal deberán obtener autorización administrativa previa de la autoridad laboral competente, que será única, tendrá eficacia en todo el territorio nacional y se concederá sin límite de duración.

Se ha aprobado el nuevo Reglamento de las empresas de trabajo temporal, mediante la publicación del Real Decreto 417/2015, de 29 de mayo, a través del cual se ha derogado el Reglamento vigente hasta ahora. La nueva norma está, vigente desde el 21/06/2015, establece una autorización administrativa única, con eficacia en todo el territorio nacional y sin límite de duración para aquellos que pretendan constituir una empresa de trabajo temporal, así como la implantación de la administración electrónica en todo el proceso administrativo

Las personas físicas o jurídicas que pretendan realizar la actividad reservada por Ley a las ETT deberán obtener autorización administrativa previa, justificando ante el órgano administrativo competente el cumplimiento de los siguientes requisitos (Art. 2, LETT y Ley 29/1999, de 16 de julio):

- Disponer de una estructura organizativa que le permita cumplir las obligaciones que asume como empleador en relación con el objeto social.
- Dedicarse exclusivamente a la actividad constitutiva de empresa de trabajo temporal (Ver sentencia nº TSJ Aragon, de 29/11/2001), sin perjuicio de su posible actuación como agencias de colocación (Art. 2, LETT).
- Carecer de obligaciones pendientes de carácter fiscal o de Seguridad Social.
- Garantizar, de forma especial, el cumplimiento de las obligaciones salariales y para con la Seguridad Social.

- No haber sido sancionada con suspensión de actividad en dos o más ocasiones.

- Incluir en su denominación los términos “empresa de trabajo temporal” o su abreviatura "ETT".

Solicitud de la autorización de inicio de actividades.

En la solicitud de autorización, que se presentará ante la autoridad laboral competente, se harán constar, en todo caso, los siguientes datos:

- Identificación completa del solicitante.
- Denominación de la empresa, en la que se deberá incluir necesariamente los términos «empresa de trabajo temporal» o su abreviatura «ETT».
- Domicilio social de la empresa y domicilio de los centros de trabajo.
- Número de identificación fiscal y códigos de cuenta de cotización a la Seguridad Social.

A la solicitud de autorización, que deberá presentarse por medios electrónicos en el Registro de Empresas de Trabajo Temporal, se acompañará, también por medios electrónicos, la siguiente documentación:

- Poder suficiente en derecho, si el solicitante actúa en representación de una persona jurídica, salvo que la solicitud se presente mediante un certificado de firma electrónica de persona jurídica en el que el solicitante figure como apoderado o que el solicitante figure registrado en el Registro Electrónico de Apoderamientos.
- Cuando la solicitud se formule por personas jurídicas, certificación acreditativa de la inscripción de la empresa, cualquiera que sea la forma que revista, en

el Registro Mercantil o en el correspondiente Registro de Cooperativas. Además, deberá aportarse copia de la escritura de constitución inscrita en el correspondiente Registro y, en su caso, estatutos de la sociedad.

- Copia de la documentación acreditativa de haber constituido la garantía financiera a que se refiere el Art. 3 ,Ley 14/1994, de 1 de junio, conforme a lo dispuesto en el Art. 8 Real Decreto 417/2015, de 29 de mayo, debiendo ser presentada la documentación original en los tres días hábiles siguientes.

- Memoria explicativa de la estructura organizativa con la que cuenta la empresa, detallada por centros de trabajo, justificativa del cumplimiento de los requisitos establecidos en el apdo. 3 del Art. 2 ,Ley 14/1994, de 1 de junio.

La solicitud deberá presentarse a través de la dirección electrónica que a tal efecto se establezca, utilizando los formularios previstos específicamente para ello.

Los solicitantes podrán acompañar cuantos documentos estimen conveniente para precisar o completar los datos del formulario, los cuales deberán ser admitidos y podrán ser tenidos en cuenta por el órgano al que se dirijan.

En su solicitud, el solicitante podrá autorizar a la autoridad laboral competente para que obtenga de forma directa, a través de certificados electrónicos, la acreditación de su identidad, así como la acreditación de que la empresa se halla al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social.

En el supuesto de que el solicitante no autorice expresamente la comprobación de los datos por la autoridad laboral competente, deberá aportar la documentación correspondiente.

Concesión de la Autorización administrativa

La autorización administrativa para operar como empresa de trabajo temporal se concederá, previo informe preceptivo y no vinculante de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por el órgano competente de la Comunidad Autónoma si la empresa dispone de centros de trabajo en el territorio de una sola Comunidad o por la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social si la empresa dispone de centros de trabajo en dos o más Comunidades Autónomas. Serán autoridad competente, las Delegaciones de Gobierno de Ceuta o Melilla, en el supuesto de empresas que únicamente cuenten con centros de trabajo en alguna de dichas ciudades.

La solicitud de autorización presentada se resolverá en el plazo de un mes desde su presentación. Transcurrido dicho plazo sin que haya recaído resolución expresa, la solicitud se entenderá estimada.

Contra la resolución podrá interponerse recurso de alzada en el plazo de un mes ante el órgano superior jerárquico del que la dictó.

Las autorizaciones administrativas se numerarán correlativamente, de acuerdo con lo que se establezca en las disposiciones de desarrollo del Real Decreto 417/2015, de 29 de mayo. El número asignado se conservará durante toda la vida de la empresa de trabajo temporal y sólo se procederá a dar nueva numeración por reanudación de actividades o por cambio de autoridad laboral competente.

Extinción de la autorización administrativa

La autorización expirará cuando se deje de realizar la actividad durante un año ininterrumpido. Cuando la autoridad laboral competente verifique que concurre tal circunstancia, practicará el correspondiente asiento registral y lo comunicará a la empresa.

A efectos de apreciar el cumplimiento del requisito relativo a la estructura organizativa, se valorará la adecuación y suficiencia de los elementos de la empresa para desarrollar la actividad planteada como objeto de la misma, particularmente en lo

que se refiere a la selección de los trabajadores, su formación y las restantes obligaciones laborales. Para esta valoración se tendrán en cuenta factores tales como la dimensión y equipamiento de los centros de trabajo; el número, dedicación, cualificación profesional y estabilidad en el empleo de los trabajadores contratados para prestar servicios bajo la dirección de la empresa de trabajo temporal; y el sistema organizativo y los procesos tecnológicos utilizados para la selección y formación de los trabajadores contratados para su puesta a disposición en empresas usuarias.

En el caso de que una empresa de trabajo temporal deje de disponer de centro de trabajo en la comunidad autónoma que hubiera concedido la autorización administrativa, será autoridad laboral competente la de la comunidad autónoma en la que sí disponga de centro o la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social si los tiene en dos o más comunidades autónomas. En el caso de que una empresa de trabajo temporal que haya sido autorizada por la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social deje de disponer de centro de trabajo en todas las comunidades autónomas excepto en una, será autoridad laboral competente la de la comunidad autónoma en la que disponga de centro. En tales supuestos, la autoridad laboral que deje de ser competente dará traslado de todo el expediente a la autoridad que pase a ser competente por aplicación de las reglas anteriores. El cambio de autoridad competente no podrá suponer que la empresa de trabajo temporal deba cumplir nuevos requisitos o realizar trámites adicionales ante la nueva autoridad.

XXXIV. INFORMES DE EXPERTOS EN EL PROCESO LABORAL.

INFORME DE LA ITSS

En el proceso laboral si el juez o tribunal lo estima procedente podrá oír el dictamen de una o varias personas expertas en la cuestión objeto del pleito, en el momento del acto del juicio o, terminado éste, como diligencia final (Art. 95, LJS).

Respecto al informe de expertos, si el juez lo estima procedente, podrá oír el dictamen de éstos, en el acto del juicio o terminado éste como diligencias finales.

La propia Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, establece determinadas características para los procesos de:

- Interpretación de un convenio colectivo: el órgano judicial podrá oír o recabar informe de la comisión paritaria del mismo.
- Discriminación por razón de sexo, orientación sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad o acoso: el juez o tribunal podrá recabar el dictamen de los organismos públicos competentes.
- Derivados de accidente de trabajo y enfermedad profesional: el órgano judicial, si lo estima procedente, podrá recabar informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de los organismos públicos competentes en materia de prevención y salud laboral, así como de las entidades e instituciones legalmente habilitadas al efecto.

Por otras parte, cuando, sobre hechos relevantes para el proceso, sea pertinente que informen personas jurídicas y entidades públicas, por referirse a su actividad, sin que quepa o sea necesario individualizar en personas físicas determinadas el conocimiento de lo que para el proceso interese, la parte a quien convenga esta prueba podrá proponer que la persona jurídica o entidad, a requerimiento del tribunal, responda por escrito sobre los hechos en los diez días anteriores al juicio. Dicho informe se presentará hasta el momento del acto del juicio, sin previo traslado a las partes y sin perjuicio de que pueda acordarse como diligencia final su ampliación.

**XXXV. LA ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO
FRENTE A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN SU ACTUACIÓN
COMO EMPRESA**

Aunque la Administración Pública está sometida también a las actuaciones de la Inspección de Trabajo, las actuaciones en este ámbito presentan peculiaridades que es necesario resaltar.

En primer lugar, debe señalarse que, dado que la legislación fiscalizada por la Inspección de Trabajo es la legislación laboral (en sentido amplio), y ésta sólo se aplica a las relaciones laborales, debe excluirse del ámbito de actuación inspectora la relación entre las administraciones públicas y sus funcionarios y trabajadores cuya relación no sea laboral (en concreto, el personal estatutario).

Obviamente, para el personal laboral de la Administración Pública, al que se le aplica el Estatuto de los Trabajadores, la actuación de la Inspección de Trabajo es la misma que para el conjunto de las empresas privadas.

**XXXVI. EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE ACTUACIÓN EN
RELACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE
RIESGOS LABORALES**

La exclusión de la actuación de la ITSS para el personal funcionario de la Administración, tiene una importante excepción: la prevención de riesgos laborales. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales incluye expresamente a funcionarios y demás personal al servicio de las administraciones dentro de su ámbito de aplicación, confiriéndose competencias de control a la Inspección de Trabajo.

Pero la propia Ley establece, en su artículo 45.1, que las infracciones de las administraciones (tanto respecto del personal laboral como del funcionario) serán objeto de responsabilidad a través de un procedimiento especial.

Los elementos básicos de este procedimiento son los siguientes:

- Se excluye la sanción económica, sobre la base del principio de que la Administración no puede sancionarse a sí misma.

- Se excluye a los centros y establecimientos militares.

- Se excluye la denuncia como fuente de la actuación, sustituida por la “petición de los representantes del personal”, que deberá ser acompañada por la relación de actuaciones realizadas por los delegados de prevención ante la jefatura del centro administrativo correspondiente.

- Las actuaciones se desarrollan de modo normal, pero si se detectan irregularidades o incumplimientos, no procede acta de infracción, sino “propuesta de requerimiento” sobre las cuestiones planteadas en materia de prevención, con indicación de las irregularidades detectadas, las medidas de subsanación, y el plazo para llevarlas a cabo.

- Esta propuesta de requerimiento se traslada a la unidad administrativa inspeccionada, el órgano que ordenó la actuación y los representantes del personal. Éstos y la unidad administrativa inspeccionada disponen de un plazo de 15 días para formular alegaciones.

Si no se formulan, la propuesta pasa a ser definitiva, y debe procederse a la subsanación, que se comunicará al inspector o inspectora que haya realizado la actuación.

- En caso de formularse alegaciones, el inspector actuante, a la vista de dichas alegaciones y de los informes técnicos que estime pertinentes, podrá efectuar requerimiento definitivo, que comunicará a la unidad inspeccionada y a los representantes del personal.

- Si no se cumple el requerimiento, se le da traslado al delegado del Gobierno o a la autoridad central de la ITSS, según se trate de órganos territoriales o centrales de la Administración. Este órgano eleva su propuesta al subsecretario del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, que la traslada al subsecretario del Ministerio que corresponda al órgano inspeccionado, que, si está conforme, ordenará que se lleven a cabo las medidas requeridas. Si discrepa, la elevará a su ministro, que la trasladará al Consejo de Ministros para la decisión final.

- Este procedimiento no afecta a las facultades de paralización, que será inmediatamente ejecutiva, si bien la resolución corresponderá al delegado del Gobierno o a la autoridad central de la ITSS.

- Este procedimiento se aplica a la Administración general del Estado, pero también al resto de las administraciones si no han llegado a regular su propio procedimiento.

XXXVII. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL

- STSJ Cataluña de 29 de noviembre de 2005, rec. 726/2000, : «el Tribunal Supremo de manera reiterada, por todas Sentencia de 21 de marzo de 1997, al interpretar el art. 38 del Decreto 1860/1975, sobre la eficacia probatoria de las actas de inspección, viene señalando de forma extractada, que la presunción de veracidad atribuida a las Actas de Inspección se encuentra en la imparcialidad y especialización que, en principio, debe reconocerse al Inspector actuante (Sentencias, entre otras, de 18 de enero y 18 de marzo de 1991); presunción de certeza perfectamente compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE), ya que el citado artículo 38 se limita a atribuir a tales actas el carácter de prueba de cargo, dejando abierta la posibilidad de practicar prueba en contrario. Y es también reiterada la jurisprudencia de este Tribunal que ha limitado el valor atribuible a las Actas de la Inspección, limitando la presunción de certeza a sólo los hechos que por su objetividad son susceptibles de percepción directa por el Inspector o a los inmediatamente deducibles de aquéllos o acreditados por medios de prueba consignados en la propia acta como pueden ser documentos o declaraciones incorporadas a la misma (Sentencia de 24 de junio de 1991).

Por ello, esa presunción legal de veracidad debe ser interpretada de conformidad con los principios que emanan de los artículos 24 y 25 de la Constitución Española. Esto es, sin merma ni lesión del ejercicio de los derechos de defensa del administrado, de su derecho a la presunción de inocencia y de la potestad del juez del orden contencioso-administrativo para valorar las pruebas de cargo existentes en el expediente administrativo y lograr su convicción acerca de la veracidad de los hechos (empleando las reglas de la lógica y la experiencia que subyacen de los artículos 106 y 117 de nuestra Constitución). El Tribunal Constitucional nos enseña en su Sentencia 76/1990

de 26 de abril, que esa presunción de que deriva de las actas de inspección no consagra una presunción *iuris et de iure*, dado que expresamente admite la prueba en contrario. Tal presunción *iuris tantum* determina la existencia de un medio probatorio válido en Derecho (que, desde luego, no es indiscutible, ni excluyente de otros medios de prueba, ni preferente en su valoración), que puede ceder frente a otras pruebas. Aquí entra en juego la inversión o el desplazamiento de la carga de la prueba (*onus probandi*): el afectado por el acta debe actuar mediante las alegaciones y pruebas que considere convenientes contra el acto de prueba aportado por la Administración.

Es jurisprudencia reiterada que la presunción de veracidad de las actas de inspección se atribuye a aquellas consideradas regulares desde la perspectiva formal, por detallar con precisión las circunstancias del supuesto y los datos que han servido para su redacción. Tal extremo deriva de la especialización e imparcialidad que se reconoce a los funcionarios actuantes, en su condición de empleados públicos al servicio de la Administración, sometidos por imperativo constitucional (artículo 103,1 *in fine*) a la Ley y el Derecho. Ahora bien, ello ha de compatibilizarse con el derecho fundamental a la presunción de inocencia (artículo 24.2 *in fine* de la Constitución Española), por lo que deben considerarse las limitaciones objetivas de la presunción de certeza al alcanzar a hechos que por su producción (objetiva) son susceptibles de percepción directa por la Inspección o son deducibles de éstos y acreditados a través de pruebas consignadas en el acta de inspección. Finalmente, es menester significar que las infracciones pueden deducirse, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.253 del Código Civil, cuando entre un hecho demostrado y aquél que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano».

- STS (Sala 4.^a) 10 Feb. 2003, rec. 560/2000: «La impugnación no puede prosperar. Al margen de que la limitación mencionada por la demanda no está prevista

en la disposición recurrida, es evidente que el artículo 4.2 de la Ley 42/1997 establece una excepción al ámbito de actuación de la Inspección. No es ella la llamada a intervenir cuando se trate de centros de trabajo en los que la vigilancia esté atribuida a otros órganos de las Administraciones públicas. Ciertamente, la Ley no dice que eso suponga el apartamiento absoluto de la Inspección de Trabajo, pues salva sus competencias en lo que no las afecte la normativa específica de aquéllos. En el caso de los centros afectos a la Defensa nacional es evidente que concurren razones suficientes para justificar esta especialidad y, por eso, el Real Decreto 2205/1980 encomendó a las Secciones Laborales existentes en los cuarteles generales del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire el ejercicio de las funciones propias de la Inspección de Trabajo respecto del personal civil no funcionario que preste servicios en tales centros.

Por lo demás, tiene razón el Abogado del Estado cuando advierte que la remisión a las instrucciones conjuntas de los Ministerios indicados no pretende la sustitución del procedimiento de inspección legalmente establecido por otro distinto, sino que solamente contempla aspectos formales que no desnaturalizan la esencia de la función inspectora, ni su autonomía. Es decir, que como advierte el propio artículo 3 del Reglamento, solamente añade peculiaridades. Y las peculiaridades pueden consistir en elementos singulares pero no suprimir aquello respecto de lo que introducen alguna diferencia significativa. Por eso, no podemos apreciar en el artículo 3.2 del Reglamento las infracciones alegadas: ni exceso respecto al artículo 4.2 de la Ley, que se respeta, ni sustitución del procedimiento legalmente establecido por otro a determinar por medios infralegales ni, tampoco, la delegación de la potestad reglamentaria que prohíbe la ley.»

- STSJ Cantabria de 24 de noviembre de 2000, rec. 195/2000: «Lo que antecede resulta en virtud de la eficacia del principio de presunción de certeza, declarado como ya se ha dicho constitucional, lo cual viene provocado por lo que la propia

jurisprudencia denomina la "fugacidad de los hechos" en que se concretan las infracciones laborales, evidenciado con claridad meridiana en el presente supuesto, en el que el Inspector actuante dejó constancia de haber observado y apreciado diversas deficiencias en la máquina, en el momento próximo a la producción del accidente que con el paso del tiempo, es posible y casi seguro, su desaparición, por diversos motivos, entre ellos la reparación de la máquina para su mantenimiento y buen funcionamiento»

- STS (Sala 4.^a) 12 de abril de 2000, rec. 2028/1994: «la fecha de la actuación Inspectora, los arts. 7.º y 8.º del Decreto 1.860/1975 de 10 Jul., establecían, respectivamente, la posibilidad de hacer requerimiento en ocasión de realizar visitas a las empresas (art. 7) y que en caso de infracciones por inobservancia de exigencias o requisitos fácilmente subsanables de los que no deriven daños ni perjuicios inmediatos a los trabajadores o terceros, la Inspección podrá extender acta de advertencia con los particulares que reseña la norma, cuya acta de advertencia se formalizará en el Libro de Visitas, tal como ha sucedido en este caso, y cuya actuación se ha impugnado sin limitación alguna por la recurrente usando los recursos procedentes, por lo que atendido el art. 79.e LPA/58, no existe indefensión alguna»

- STS (Sala 3.^a) 6 de marzo de 1999): «procede tener en cuenta la doctrina jurisprudencial de este Tribunal sobre la presunción de veracidad de las actas de Inspección de la Seguridad Social que ha limitado el valor atribuible a las Actas de la Inspección, limitando la presunción de certeza a sólo los hechos que por su objetividad son susceptibles de percepción directa por el Inspector, o a los inmediatamente deducibles de aquellos o acreditados por medios de prueba consignados en la propia acta como pueden ser documentos o declaraciones incorporadas a la misma».

- STS (Sala 3.^a) 30 de noviembre de 1998: «el contenido del acta no podía beneficiarse de la eficacia probatoria de la que es acreedora» cuando «no constata ningún hecho ni se dan los requisitos necesarios para la prueba de presunciones sino que, se trata de un mero juicio o valoración de valor del Inspector de Trabajo (en este sentido, las sentencias de esta Sala, de 20 de enero y 5 de mayo de 1997».

- STS (Sala 3.^a) 27 de enero de 1999: el art. 49 L 8/1988, de 7 abril tipificación como obstrucción a la actividad inspectora «las acciones u omisiones que perturben, retrasen o impidan el ejercicio de las funciones... encomendadas a los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social»; «no cabe apreciar que la actuación del representante de la entidad sancionada se integra en tal tipo legal, ya que de una parte, si el mismo día del acta de obstrucción se levantan las actas por infracción y liquidación, relativas a la falta de alta y cotización de los trabajadores, es claro, que la actuación de la entidad sancionada no ha impedido ni retrasado el ejercicio de las funciones inspectoras».

- STS (Sala 3.^a) 26 de octubre de 1998: «la obstrucción sancionable sólo existe, si existe intención evidenciada de no querer proporcionar datos a la Inspección pudiendo hacerlo». «La postura de la empresa ha sido en todo momento de colaboración, como lo demuestra el hecho de que la Inspección de Trabajo levantó tres actas, de liquidación, de infracción y la de obstrucción, no existe, ocultación de datos relevantes como exige el art. 49 L 8/1988 , porque si los datos no existen difícilmente pueden ser ofrecibles».

- STS (Sala 3.^a) 16 de enero de 1998: «este Tribunal, en reiterada Jurisprudencia, de la que son exponentes las SS 29 de enero y 19 de febrero de 1990, y más recientemente en sentencias de esta Sección de 12 de octubre de 1995, y 13 de enero, 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997, viene señalando que la presunción de legalidad

del acto administrativo desplaza sobre el administrado la carga de accionar para que no se produzca la figura del acto consentido, pero no afecta a la carga de la prueba que ha de ajustarse a las reglas generales, según la cual, cada parte soporta la carga de la prueba de los hechos que constituyen el supuesto de la norma que invoca a su favor». «Ahora bien, las actas de la Inspección de Trabajo, según ha tenido ocasión de señalar esta Sala en múltiples sentencias (entre otras, en la de 5 de diciembre de 1997), pueden constituir un medio de prueba susceptible de lograr el convencimiento del Tribunal sobre los hechos que constituyen las bases de las correspondientes liquidaciones por cuotas de la Seguridad Social cuando concurren e incorporen las circunstancias exigidas por la norma».

XXXVIII. PRESENTACIÓN DE DENUNCIAS ANTE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Toda persona que tenga conocimiento de hechos que pudieran constituir infracción en materias competencia de la ITSS (laboral, seguridad y salud laboral, seguridad social, empleo, etc.) puede reclamar los servicios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. A estos efectos se consideran infracciones en el orden social las acciones y omisiones de los sujetos responsables (personas físicas o jurídicas y comunidades de bienes) tipificadas y sancionadas en la normativa del orden social. Las infracciones se califican como leves, graves y muy graves y se sancionan a propuesta de la Inspección de Trabajo, previa instrucción del oportuno expediente y conforme al procedimiento administrativo especial establecido en el Real Decreto 928/1998, por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social.

Dichos servicios se deben solicitar a través de denuncia por escrito en las Inspecciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social.

Según el artículo 9.1.f del citado Real Decreto 928/1998, el escrito de denuncia deberá contener:

- Datos de identificación personal del denunciante y su firma
- Los hechos presuntamente constitutivos de infracción
- Fecha y lugar de su acaecimiento
- Identificación de los presuntamente responsables
- Demás circunstancias relevantes

Para ello podrá utilizarse el modelo de denuncia que se ofrece: Modelo Denuncia (formato Word).

Hay que indicar en el documento de denuncia que se presente, la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social a la que va dirigida su documentación, que coincidirá con la provincia donde radique el centro de trabajo.

El citado artículo añade que las denuncias anónimas no se tramitarán así como las que se refieran a materias cuya vigilancia no corresponde a la Inspección, las que manifiestamente carezcan de fundamento o resulten ininteligibles, ni las que coincidan con asuntos de que conozca un órgano jurisdiccional.

Existen tres formas de presentar denuncia:

-Presencial - Personándose en las oficinas de la Inspecciones Provinciales de Trabajo y S.S., así como en los registros de los demás órganos de la Administración del

Estado y de las CC.AA, así como de las administraciones locales, siempre que exista el correspondiente convenio.

-Telemática - A través de la Sede electrónica del Ministerio de Empleo y S.S., siempre que el denunciante disponga del DNLe (Documento Nacional de Identidad electrónico), o de una firma electrónica avanzada basada en un certificado electrónico reconocido por la plataforma @firma.

-Vía postal - Dirigidas a la oficina correspondiente de la Inspección Provincial de Trabajo y S.S. Se advierte que si la denuncia se presenta por vía postal o en los registros sin personarse el denunciante, se exigirá adjuntar copia del DNI del denunciante y, en su caso, autorización expresa de éste para que la Inspección pueda verificar sus datos de identidad en el registro correspondiente.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 20.4 de la Ley 23/2015 de 21 de julio, el denunciante no podrá alegar la consideración de interesado a ningún efecto en la fase de investigación, y sólo tendrá derecho a recibir información sobre el estado de tramitación de su denuncia, así como de los hechos que se hayan constatado y de las medidas adoptadas al respecto cuando el resultado de la investigación afecte a sus derechos individuales o colectivos reconocidos por la normativa correspondiente al ámbito de la función inspectora.

En el supuesto de que la denuncia diera lugar al inicio de un procedimiento sancionador, el denunciante podrá tener, en su caso, la condición de interesado, en los términos y con los requisitos establecidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Dicha denuncia deberá presentarse formalmente como se especifica en este apartado.

El artículo 10 del citado Reglamento 928/1998 señala el deber de los funcionarios del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de guardar secreto respecto de los asuntos que conozcan por razón de su cargo, así como sobre los datos, informes, origen de las denuncias o antecedentes de que hubieran tenido conocimiento en el desempeño de sus funciones.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrá abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar la actuación inspectora.

XXXIX. BUZÓN DE LUCHA CONTRA EL FRAUDE LABORAL

Es por todos conocido que el trabajo no declarado, el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social constituyen una de las mayores amenazas al estado del bienestar, al conculcar los derechos de los trabajadores que en un contexto de crisis económica son más vulnerables, y afectan a la competitividad de las empresas por la competencia desleal que genera para la mayoría de las empresas cumplidoras.

La Inspección de Trabajo y S.S. en el ejercicio de sus funciones, planifica sus actuaciones con el objetivo de conseguir el cumplimiento de la normativa laboral y evitar en lo posible las irregularidades laborales. No obstante para una mejor identificación de las mismas, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, a través de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, pone a disposición de todos los ciudadanos un "BUZÓN DE LUCHA CONTRA EL FRAUDE LABORAL" donde todo aquel conocedor de algún incumplimiento de la normativa ya

sea laboral, de Seguridad Social o de Prevención de Riesgos, puede ponerlo en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS), cumplimentando el formulario que se indica.

Importante destacar que con la comunicación de estos datos a la ITSS a través de este buzón, el objetivo es facilitar la organización y ejecución de las funciones que la ITSS tiene encomendadas. El comunicante no tendrá que aportar ningún dato personal y el buzón solo recogerá información sobre las presuntas irregularidades de las que se tenga conocimiento. Se ruega que los datos sean lo más detallados posible, con el objetivo de que si se considera oportuno, puedan planificarse las actuaciones de la manera más adecuada.

Para que la ITSS pueda considerar al denunciante parte o interesado en el procedimiento (a los efectos de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social y el Real Decreto 928/1998 que aprueba el Reglamento para la Imposición de Sanciones en el Orden Social), estos tendrán que presentar denuncia formal.

XL. MODELO DE DILIGENCIA DE ACTUACIÓN DE LA ITSS

La Resolución de 11 de abril de 2006 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre el Libro de Visitas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, regulaba el procedimiento para la extensión en el Libro de Visitas de las diligencias realizadas por los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Posteriormente la Resolución de 25 de Noviembre de 2008 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sobre el Libro de Visitas Electrónico de la inspección de Trabajo y Seguridad Social, reguló con carácter general el empleo de los referidos medios electrónicos, informáticos y telemáticos en el ámbito de la solicitud, administración y utilización del Libro de Visitas.

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización introduce una variación en el procedimiento de gestión del Libro de Visitas, eliminando la obligación de que las empresas tuvieran, en cada centro de trabajo, un libro de visitas a disposición de los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sustituyéndolo por el libro de visitas electrónico que se pondría a disposición de las empresas. No obstante, el Acuerdo de Consejo de Ministros de 10 de julio de 2015, por el que se aprueban medidas para la reducción de cargas administrativas, incluye, entre sus propuestas, la supresión del libro de visitas electrónico.

El artículo 21.6 de la Ley 23/2015 de 21 de Julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social establece:

“Los funcionarios actuantes extenderán diligencia por escrito de cada actuación que realicen con ocasión de las visitas a los centros de trabajo o de las comprobaciones efectuadas mediante comparecencia del sujeto inspeccionado en dependencias públicas.

Mediante Orden del titular del Ministerio de Empleo y Seguridad Social se determinarán los hechos y actos que deban incorporarse a las diligencias, su formato y su remisión a los sujetos inspeccionados, teniendo en cuenta que, en lo posible, se utilizarán medios electrónicos y que no se impondrán obligaciones a los interesados para adquirir o diligenciar cualquier clase de libros o formularios para la realización de dichas diligencias.”

El Boletín Oficial del Estado del día 12 de septiembre de 2016, ha publicado la Orden ESS 1452/2016, de 10 de junio, por la que se regula el modelo de diligencia de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Dicha Orden Ministerial determina, en su artículo 1, la obligación de los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y los Subinspectores Laborales, de extender diligencia, con ocasión de cada visita a los centros de trabajo o comprobación por comparecencia del sujeto inspeccionado en dependencias públicas.

En su artículo 3 se señala que la diligencia se extenderá en el modelo previsto en el anexo a dicha orden y que podrán utilizarse los medios electrónicos para su elaboración.

Según el artículo 5 de la orden, cada ejemplar de diligencia entregado o remitido a la empresa, deberá ser conservado a disposición de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social durante un plazo de cinco años, a contar desde la fecha de expedición de cada uno de ellos.

También deberán conservarse a disposición de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, los Libros de Visitas así como los modelos de diligencia extendidos con anterioridad a la entrada en vigor de la presente orden, por un período de cinco años, a contar desde la fecha de la última diligencia realizada. Durante dicho período, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social conservará las diligencias efectuadas en los Libros de Visitas Electrónicos. Dentro de dicho plazo, las empresas afectadas podrán solicitar copia de las diligencias a ellas referentes.

En base a esto, no se tramitarán nuevas solicitudes de alta en la aplicación del Libro de Visitas Electrónico, ni se permitirán nuevas diligencias en el mismo, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 5.2 de la orden.

Esta nueva regulación elimina de manera definitiva el Libro de Visitas de la Inspección, tanto en formato físico papel, como en formato electrónico y cuyo origen está unido al de la creación de la propia Inspección de Trabajo y Seguridad Social hace 110 años. Así, ya en el primer Reglamento para el servicio de inspección de trabajo, aprobado por el Ministerio de la Gobernación en 1906, se obligaba a que en todos los establecimientos sujetos a inspección existiera “un libro de visita”.

Esta obligación empresarial, que sirve para dejar constancia de las actuaciones inspectoras realizadas en cada empresa, fue objeto de una primera adaptación en 2013 derivada de la modernización de la actuación de la Inspección de Trabajo impuesta por el creciente uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones laborales y en las relaciones de las empresas con la Administración. Con esa finalidad, la ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, aprobada en 2013, dio un importante paso en la reducción de esta concreta carga empresarial, con la sustitución del tradicional Libro de Visitas, en formato papel, por un Libro de Visitas electrónico.

Las reglas previstas en la nueva Orden trasladan de las empresas a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social las obligaciones relacionadas con la necesidad de documentar y dejar constancia de las actuaciones inspectoras realizadas en las visitas a las empresas o en las comparecencias de éstas en las oficinas de la Inspección. Con ello se da cumplimiento al mandato de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que dispone la obligación de documentar por escrito cada actuación realizada por los funcionarios de la Inspección, utilizando medios electrónicos y sin que ello suponga imponer a las empresas

obligación alguna para adquirir o diligenciar cualquier clase de libros o formularios para la realización de dichas diligencias.

Debe destacarse que el ahorro que esta medida de reducción de cargas administrativas supondrá para las empresas se estima en 700 millones de euros.

Los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y los Subinspectores Laborales, cuando realicen las visitas a los centros de trabajo o realicen las pertinentes comprobaciones por comparecencia en dependencias públicas, extenderán diligencia en el modelo previsto en el anexo de la Orden y podrán utilizarse los medios electrónicos. Se extenderá una diligencia por cada visita o comprobación, reflejando las materias o aspectos examinados y demás incidencias concurrentes, que deberá ser conservada por un plazo de cinco años.

La Orden contempla que el modelo se confeccione en versión bilingüe en las Comunidades autónomas con lengua cooficial.

XLI. PROYECTO LINCE - MODERNIZACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Desde la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se puso en marcha en Enero de 2.004 la implantación de una serie de mejoras en diversos ámbitos de la ITSS con el fin de modernizar su actividad.

Dicho plan de modernización ha tomado el nombre de Proyecto Lince haciendo referencia a una antigua talla de madera que existía en las dependencias del Ministerio de Trabajo (cuando estaba integrado en el Ministerio de la Gobernación) y que la promoción de Inspectores de Trabajo del año 1.947 quiso utilizar como símbolo autodenominándose "Promoción del Lince". A partir de entonces el "lince" pasa a considerarse, de forma oficiosa, la mascota de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Una organización de las características de la Inspección de Trabajo debe acoger todas aquellas posibilidades que ofrece la innovación tecnológica, en la línea de la gran mayoría de las Administraciones Públicas, para incrementar su eficiencia y flexibilidad de cara a la mejora de la calidad de los servicios que presta a los ciudadanos.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) es un servicio público al que corresponde ejercer labores de:

Vigilancia del cumplimiento de las normas de las obligaciones laborales y de Seguridad Social de empresas y trabajadores y de los derechos y facultades recogidos en el ordenamiento jurídico exigiendo las responsabilidades correspondientes en caso de infracción o incumplimiento.

Conciliación, mediación y arbitraje en conflictos producidos en el ámbito de las relaciones laborales.

Información y asesoramiento tanto a los órganos jurisdiccionales y administrativos como a los agentes sociales respecto a la aplicación y cumplimiento de normas de orden social.

Atención a los ciudadanos en las consultas, sugerencias, quejas, reclamaciones o denuncias que presenten.

En estos últimos años, la ITSS está apostando por una actuación caracterizada por los principios de calidad en el servicio, celeridad, transparencia, consistencia y proporcionalidad en las actuaciones.

Bajo estas premisas, la Inspección de Trabajo ha puesto en marcha dicho Proyecto, que constituye el primer paso en el desarrollo de esta "Nueva Filosofía de la Inspección". El objetivo de LINCE es la incorporación de una serie de mejoras que modernicen la ITSS en diferentes ámbitos: tecnologías de la información y las comunicaciones, etc.

Tras la adjudicación del Proyecto a diferentes empresas en el año 2005, se ponen en marcha una serie de acciones concretas de mejora, algunas de las cuales se siguen desarrollando y que son las que se señalan a continuación:

Implantación de un nuevo sistema de información, denominado INTEGRA, que soporta todas las fases de la actividad inspectora. Este sistema está constituido por cuatro módulos: Programación y Campañas, Acción Inspectora, Seguimiento de Actas y por último, Evaluación y Control.

Desarrollo de la Web de la Inspección poniendo a disposición de todos los ciudadanos información actualizada y un acceso ágil y sencillo a los servicios.

Modernización de la infraestructura y del equipamiento informático, mediante la renovación de ordenadores portátiles y de sobremesa, de impresoras, escáneres, servidores, etc.

Implantación de una nueva red de comunicaciones en las Inspecciones Provinciales, instalando fibra óptica y ADSL, mejorando de esta manera su conexión con el Ministerio de Trabajo.

Incremento de las posibilidades de acceso a las nuevas tecnologías, mediante el acceso gratuito a la red privada del Ministerio a través de Internet, con una conexión ADSL, desde el domicilio de inspectores y subinspectores.

Estandarización, homogeneización y agilización de la actividad de los inspectores y subinspectores, así como la normalización de la documentación utilizada por los mismos y, en general, la mejora de los procedimientos de la acción inspectora.

Creación de un Centro de Atención al Usuario para la resolución telefónica de incidencias, que puedan surgirles a los usuarios del Sistema LINCE.

Puesta en marcha de un Plan de Gestión del Cambio que facilite la correcta adecuación de todos los empleados a la nueva forma de trabajar de la ITSS, principalmente mediante acciones de formación, comunicación y participación de todos los implicados.

Es de destacar que este proyecto está abierto a la participación de todos los empleados de la ITSS, que pueden compartir sus necesidades de cambio y aportar

iniciativas y sugerencias de mejora, que serán coordinadas e integradas con todos aquellos esfuerzos realizados al respecto.

El objetivo final es adaptar una organización centenaria como la ITSS a una realidad tecnológica que avanza día a día tratando de conseguir que finalmente tenga un impacto de mejora sustancial en el desarrollo de las funciones y competencias que tiene asignadas, redundando en un mejor servicio a los ciudadanos.

1. HISTORIA, CONTEXTO Y CONTENIDO DE LAS NORMAS INTERNACIONALES RELATIVAS A LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO

Desde su origen, la Organización Internacional del Trabajo incluyó la inspección del trabajo entre sus prioridades. La cuestión de la inspección del trabajo se incluía entre los principios generales enunciados en el punto 9 del artículo 427 de la parte XIII del Tratado de Versalles, por el que se creó la OIT. En él se estipula que «Todos los Estados habrán de organizar un servicio de inspección del trabajo para asegurar la aplicación de las leyes y reglamentos relativos a la protección de los trabajadores; este servicio habrá de incluir a mujeres». Según el artículo 10, párrafo 2, b), de la Constitución de la OIT, la ayuda al mejoramiento de la inspección del trabajo forma parte del mandato de la Oficina Internacional del Trabajo. Con ocasión de la primera Conferencia Internacional del Trabajo, en 1919, se adoptó una recomendación con miras a la instauración, en todos los países Miembros, de un sistema que garantizara una inspección eficaz de las fábricas y talleres, así como de un servicio público, vinculado a la Oficina Internacional del Trabajo y encargado especialmente de proteger la salud de los obreros ³. Cuatro años después, en 1923, se sentó mediante una nueva recomendación internacional el haz de principios que hoy siguen cimentando el establecimiento y funcionamiento eficaz de los sistemas de inspección del trabajo ⁴. El Convenio núm. 81, aplicable a los establecimientos industriales y comerciales,

considerado desde su adopción, en 1947, y todavía en la actualidad, como el instrumento de referencia universal en materia de inspección del trabajo, está inspirado en gran parte en esa recomendación. En la mayoría de los convenios internacionales relativos a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores que se adoptaron ulteriormente se incluyen disposiciones en las que se prevé el establecimiento de una inspección del trabajo o, cuando menos, la designación de autoridades encargadas de garantizar el control de la aplicación de las disposiciones legales pertinentes. En una palabra, la inspección del trabajo desempeña un papel importante en la puesta en práctica de los diferentes repertorios de recomendaciones prácticas de la OIT en materia de seguridad y de salud en el trabajo.

En respuesta a una resolución de la Conferencia de 1936 en la que se solicitaba que la inspección del trabajo fuera «objeto de un texto preciso de un convenio que garantizara una aplicación estricta y eficaz» de la legislación social nacional e internacional, la cuestión fue inscrita en el orden del día de la 26.^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1940, que no pudo llevarse a cabo a causa de la guerra. La cuestión se incluyó de nuevo en el orden del día de la 30.^a reunión de la Conferencia, en 1947, y la Oficina realizó un examen actualizado del estado de la legislación y la práctica en los distintos países, tras lo cual llegó a la conclusión de que las posibles bases de una reglamentación internacional sobre el particular no habían cambiado lo suficiente como para que el cuestionario elaborado en 1939 necesitara modificaciones de gran calado. No obstante, propuso que se ampliase la cuestión del objeto de la inspección del trabajo añadiendo a la función de control la de información y asesoramiento técnicos dirigidos a los empleadores y a los trabajadores. Así se iba a la que se asignarían medios cada vez más cuantiosos en numerosos países desarrollados y, más recientemente, en varios países en transición.

Como en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial, tanto la minería como el transporte se consideraban actividades de carácter estratégico, la Conferencia admitió una posible exclusión de esos ramos de actividad del ámbito de aplicación del Convenio núm. 81. No obstante, en la Recomendación sobre la inspección del trabajo (minas y transporte), 1947 (núm. 82), adoptada en la misma reunión, se afirmó el principio del

establecimiento de una inspección del trabajo encargada de la ejecución de las disposiciones legales referentes a las condiciones de trabajo y la protección de los trabajadores ocupados en los sectores minero y del transporte. Igualmente, en la misma reunión la Conferencia adoptó el Convenio sobre la inspección del trabajo (territorios no metropolitanos), 1947 (núm. 85).

En su Estudio general de 1966, dedicado a la inspección del trabajo, la Comisión había estimado que «sería sumamente conveniente que la OIT pudiese examinar la cuestión de la inspección del trabajo en la agricultura con el fin de adoptar un instrumento que sirviese de complemento al Convenio núm. 81» 7. En efecto, la experiencia había demostrado ampliamente a lo largo de dos decenios la pertinencia del establecimiento de un sistema de inspección del trabajo de alcance nacional. El seguimiento de su desarrollo y funcionamiento por un órgano de control internacional había demostrado igualmente su eficacia, así como el apoyo ofrecido por la Oficina Internacional del Trabajo al desarrollo de las administraciones del trabajo en ese terreno. Ello facilitó notablemente la adopción, en 1969, del Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129), y de la Recomendación sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 133). Mediante estos dos instrumentos se propugna la instauración, al margen o como parte del sistema de inspección del trabajo relativo a otros sectores, de un sistema de inspección competente para el sector agrícola. Mientras en 1947 los mandantes expresaron el deseo de conferir al ámbito de competencia personal del Convenio núm. 81 un margen de flexibilidad que permitiese tomar en consideración las situaciones nacionales, a raíz del debate que debía llevar a la adopción de los instrumentos de 1969 los mandantes pudieron adherirse sin gran dificultad al principio según el cual dicho sistema debía aplicarse a todas las empresas agrícolas que tuvieran empleados asalariados o aprendices y podía ampliarse hasta cubrir progresivamente otras categorías de personas que trabajasen en empresas agrícolas 8. Además, las atribuciones, facultades y prerrogativas, así como los ámbitos de intervención de la inspección del trabajo, se ampliaron considerablemente en el sector agrícola.

La tendencia a garantizar al mayor número de trabajadores la protección de la inspección del trabajo se reforzó todavía más mediante la adopción, en 1995, de un protocolo a cuya ratificación pueden proceder los Miembros vinculados por el Convenio núm. 81, aplicable a los servicios no comerciales 9. Más adelante, en 1996, se adoptó un Convenio sobre la inspección del trabajo referente a la gente de mar 10.

Los instrumentos se ubican en el contexto amplio y heterogéneo formado por el conjunto de las normas internacionales del trabajo destinadas a garantizar un umbral mínimo y universal de protección de los trabajadores en los sectores considerados. No tienen por objeto imponer un sistema uniforme de inspección del trabajo, sino tan sólo sentar los principios de organización y funcionamiento que deben cimentar la inspección del trabajo en cuanto institución encargada, por una parte, de velar por el efectivo cumplimiento de la legislación relativa a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores y, por la otra, de contribuir a que esa legislación evolucione en consonancia con los mercados nacionales e internacionales del trabajo. Además de la función de control, acompañada de facultades y prerrogativas encaminadas a la represión de las infracciones, los instrumentos confieren a la inspección del trabajo una función de información y de asesoría, amén de encomendar a la autoridad competente un deber de información acerca de las deficiencias o los abusos que no estén específicamente previstos en las disposiciones legales existentes. Finalmente, en los instrumentos se prevén la publicación y comunicación a la Oficina Internacional del Trabajo de un informe anual de inspección en el que ha de incluirse principalmente información sobre los fundamentos legales de la inspección nacional del trabajo, la composición y distribución del personal de inspección, su ámbito de competencia y sus actividades, así como sobre los accidentes laborales y los casos de enfermedad profesional.

2. DESARROLLO, DIVERSIFICACIÓN Y TENDENCIAS DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Las numerosas y diversas transformaciones económicas, sociales y técnicas que han afectado no sólo a los países considerados individualmente, sino también al conjunto del mundo del trabajo, en particular a raíz de la mundialización de la economía, abrieron durante la transición al tercer milenio interrogantes sobre la necesidad de desarrollar sistemas de inspección, o si no, sobre la oportunidad de reflexionar respecto a un posible cambio de orientación en la distribución de las competencias y responsabilidades en esta materia, teniendo en cuenta factores tales como el aumento de la diversidad de la mano de obra, y la necesidad de tomar medidas para prevenir la discriminación. En los países industrializados, la función de la inspección del trabajo ha evolucionado progresivamente en los diez a quince últimos años, sobre todo con la mayor responsabilización de la empresa en el ámbito del control relativo a la salud y la seguridad en el trabajo. Con este fin, en algunos países comienza a instaurarse un mecanismo de autoevaluación de los riesgos profesionales, y por lo tanto, la inspección del trabajo da prioridad a sus actividades de prevención y asesoramiento. Con la ampliación de sus competencias a los aspectos psicológicos y psicosomáticos de la relación laboral tales como el estrés, el acoso o el hostigamiento en el lugar de trabajo, la atención de los sistemas de inspección en algunos países industrializados se centra hoy en gran medida en esos aspectos.

En los países menos adelantados, el objetivo primordial sigue siendo la instauración y el funcionamiento, en colaboración con los interlocutores sociales, de un sistema de inspección del trabajo que se ciña a las grandes líneas y principios afirmados en las normas pertinentes de la OIT. La Oficina Internacional del Trabajo contribuye con su asistencia técnica a la realización de proyectos encaminados a fortalecer con este fin la capacidad de la administración del trabajo¹¹ y de la inspección del trabajo.

Al resultar evidente que la mejora de las condiciones laborales y de la promoción de los derechos de los trabajadores en el desarrollo y crecimiento económico terminará teniendo una incidencia positiva, es indispensable que los sistemas nacionales de inspección del trabajo evolucionen trabando relaciones de cooperación con una multitud de agentes económicos, sociales y judiciales, así como con centros de estudios y con universidades. También es necesario que los sistemas nacionales de inspección del trabajo desarrollen nuevos intercambios de alcance regional e internacional como la Asociación Internacional de Inspección del Trabajo (IALI) para atender de manera armoniosa y concertada las exigencias, en términos de protección, de una mano de obra móvil cada vez más numerosa y vulnerable a unas modalidades de relación laboral que no vienen contempladas en los diversos derechos nacionales.

3. ESTADO DE LAS RATIFICACIONES DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES

La ratificación de los convenios y del protocolo sobre la inspección del trabajo constituye la base jurídica del control internacional de la aplicación nacional de estos instrumentos. El control ordinario lo realizan la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), con periodicidad bianual, a partir de las memorias presentadas en virtud del artículo 22 de la Constitución de la OIT, así como la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia. Si bien las recomendaciones que las completan carecen de fuerza vinculante, las pautas de orientación y los consejos prácticos que contienen resultan con todo sumamente pertinentes, como lo demuestra la información que muchos países remiten a la Oficina Internacional del Trabajo sobre su derecho y práctica en la materia. Cuando la Comisión terminó el presente Estudio

general, el Convenio núm. 81, que figura entre los cuatro convenios considerados como prioritarios, había sido ratificado por 135 Miembros, es decir, por 29 países más que en el anterior Estudio general dedicado al mismo tema, y realizado en 1985. Este es, desde hace muchos años, uno de los instrumentos de la OIT más ratificados, y las solicitudes de asistencia técnica de la Oficina Internacional del Trabajo con miras a su ratificación por varios países demuestran el interés que sigue suscitando. Es sin duda significativo que la adhesión de la mayoría de los Miembros al principio de un control internacional de su sistema de inspección no haya bastado para imprimir un impulso idéntico de ratificación con respecto al Protocolo de 1995 aplicable a los servicios no comerciales. Sólo diez países se han comprometido a este respecto.

El Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129), fue ratificado por 43 Estados Miembros ya vinculados por el Convenio núm. 81, y se observa con agrado el interés manifestado por algunos países en transición de Europa Central y Oriental por la ratificación simultánea de ambos instrumentos. Aunque con cierto retraso, es cada vez más perceptible la toma de conciencia colectiva acerca de la necesidad de desarrollar sistemas de inspección del trabajo en la agricultura y de someterlos a control internacional. Así lo demuestran las medidas de asistencia y de cooperación técnica de la Oficina Internacional del Trabajo, así como varias iniciativas internacionales en que ésta participa.

La Comisión ha dispuesto, para su información, de las memorias presentadas en virtud del artículo 19 de la Constitución por los gobiernos de cien países. Además, ha aprovechado la información y los documentos comunicados en virtud del artículo 22 de la Constitución por los países vinculados por uno u otro de los Convenios y el Protocolo.

La Comisión también ha tenido debidamente en cuenta las observaciones procedentes de las organizaciones de empleadores y trabajadores. Finalmente, se ha recibido, para confeccionar el presente Estudio, información pertinente del Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC), de los departamentos técnicos de la Oficina Internacional del Trabajo encargados de la inspección del trabajo (SAFEWORK) y del diálogo social (DIALOGUE). Se pretende describir la situación de las legislaciones y prácticas nacionales, así como de la cooperación regional e internacional en materia de inspección del trabajo en los sectores de la economía contemplados por los instrumentos examinados. A lo largo de todo el Estudio, la Comisión tratará de definir y poner de manifiesto no sólo las prácticas idóneas observadas, sino también las trabas que impiden o coartan la aplicación de las disposiciones de los instrumentos examinados.

4. EVOLUCIÓN DEL CAMPO DE ACCIÓN DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO ENTRE 1947 Y HOY EN DÍA: HACIA UNA COBERTURA AMPLIA

Los instrumentos de 1947 sobre la inspección del trabajo se aplican a los establecimientos del sector industrial y comercial donde trabaja personal asalariado. Los de 1969 se aplican a las empresas agrícolas comerciales y no comerciales, y por el Protocolo de 1995 se amplía la aplicación del Convenio núm. 81 a las actividades de los sectores denominados «no comerciales». Mediante los convenios y el Protocolo se apunta a establecer, en cada uno de los sectores incluidos, un sistema de inspección del trabajo. Si bien los principios generales de inspección del trabajo afirmados en la Recomendación núm. 20 han sido retomados en el conjunto de instrumentos adoptados

ulteriormente por la Conferencia sobre el particular, su ámbito de aplicación varía de un instrumento a otro.

En el Convenio núm. 81 se afirma que todo Miembro que lo ratifique debe mantener un sistema de inspección del trabajo en los establecimientos industriales (artículo 1) y en los establecimientos comerciales (artículo 22), al tiempo que se prevé que su ámbito de aplicación puede verse limitado debido, por un lado, a cierto número de exclusiones posibles, definidas estrictamente en función de las ramas de actividad o atendiendo a consideraciones de orden geográfico, y, por el otro, a la extremada flexibilidad ofrecida por el instrumento en cuanto al modo de designación de los establecimientos y trabajadores efectivamente incluidos (párrafo 1 del artículo 2).

Las empresas mineras y de transporte, o partes de las mismas, pueden quedar excluidas, en virtud de la legislación nacional, del ámbito de aplicación del Convenio núm. 81, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2 de dicho Convenio. Ello no significa sin embargo que los trabajadores de esas empresas no deban gozar de la misma protección que los demás trabajadores del sector industrial. En la Recomendación sobre la inspección del trabajo (minas y transporte), 1947 (núm. 82), adoptada durante la misma reunión de la Conferencia, se exhorta a todos los Miembros a que adopten medidas para aplicar a las empresas mineras y de transporte, tal como las define la autoridad competente, sistemas de inspección del trabajo apropiados que garanticen el cumplimiento de las disposiciones legales referentes a las condiciones de trabajo y protejan a los trabajadores en el ejercicio de su profesión ². En los países dotados de estructuras específicas encargadas de controlar las condiciones de trabajo en las minas y/o en el transporte, se contempla a menudo la posibilidad de que los inspectores del trabajo se asocien.

De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 25 del Convenio núm. 81, todo Miembro podrá, mediante una declaración anexa a su ratificación, excluir de su aceptación la parte II relativa a la inspección del trabajo en el comercio. En su

Estudio general anterior, la Comisión observó que de los 105 países que habían ratificado el Convenio núm. 81, sólo 18 habían hecho uso de dicha facultad. Veinte años más tarde, la Comisión observa que este número no ha cambiado. Dicha declaración no exime al Miembro de indicar en su memoria sobre la aplicación del Convenio, la situación de su legislación y de su práctica sobre el particular (párrafo 3 del artículo 25) y podrá ser anulada por una declaración posterior (párrafo 2).

En virtud del párrafo 1 del artículo 29 del Convenio núm. 81, vastas regiones del territorio del Miembro que lo ratifique pueden quedar exentas de su aplicación, si la autoridad competente estima impracticable aplicar sus disposiciones, a causa de la diseminación de la población o del estado de su desarrollo económico. La autoridad competente puede definir excepciones con respecto a ciertas empresas o a determinados trabajos. La indicación del uso de esta facultad, así como sus razones, deben constar en la primera memoria que deba presentarse en virtud del artículo 22 de la Constitución de la OIT. El Miembro no podrá ampliar ulteriormente el ámbito así delimitado (párrafo 2 del artículo 29) y, en las memorias posteriores, deberá indicar las regiones respecto de las cuales renuncia al derecho a invocar dichas disposiciones (párrafo 3).

En el Convenio núm. 81 no se definen directamente los establecimientos que deberían quedar sometidos al sistema de inspección del trabajo, sino que éstos se designan en el párrafo 1 del artículo 2 de la siguiente manera: «... los establecimientos a cuyo respecto los inspectores del trabajo están encargados de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión». Por esta disposición se otorga a cada Miembro la posibilidad de restringir, en la medida definida por la legislación nacional, el ámbito de aplicación del Convenio. En la misma reunión de la Conferencia se adoptó una resolución por la que se invitaba a los gobiernos a aplicar «a todos los trabajadores de las empresas industriales y comerciales las disposiciones legales para la protección de los trabajadores de cuyo cumplimiento se encarga a los inspectores del trabajo».

En la mayoría de los países, el ámbito de competencia de la inspección del trabajo se define mediante textos de alcance general, como códigos, leyes generales del trabajo o leyes sobre las condiciones de trabajo y las relaciones profesionales. La existencia de una relación de trabajo asalariado o de aprendizaje suele ser el elemento

determinante, al menos en términos jurídicos, de la obligación de sujeción a la inspección del trabajo.

La Comisión observó que los establecimientos en el sentido contemplado en el Convenio se designan mediante vocablos y expresiones que cambian de un país a otro, verbigracia: «empresas», «lugares de trabajo», «centros de trabajo», «instalaciones» u «organizaciones». En algunos países, es en las disposiciones que rigen la función de la inspección del trabajo donde debe buscarse la indicación de su campo de aplicación. En la referencia a textos específicos vigentes o el anuncio de textos ulteriores se indica a veces que la aplicación de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo en determinados sectores o actividades económicos está o estará sometida a otro sistema de control. Se trata en general de empresas públicas o de sectores como el minero, de los hidrocarburos y la energía nuclear o el transporte aéreo, terrestre o marítimo.

Otras limitaciones del ámbito de competencia de la inspección del trabajo se derivan de los criterios de aplicación de la legislación del trabajo, entre los que destacan la magnitud del centro de trabajo, su volumen de negocios o el número de asalariados que tiene. Por ello, las condiciones de trabajo de una proporción más o menos importante de los trabajadores de un país, distribuidos en una gran diversidad de actividades industriales y comerciales, escapan a todo sistema de control. Asimismo, algunos empleadores apenas pueden beneficiarse de la información y de los consejos técnicos de los inspectores del trabajo para introducir mejoras en ese sentido. La negligencia en la aplicación de los derechos de los asalariados y la explotación de la vulnerabilidad de algunos de ellos resultan, a la larga, costosas en lo que respecta no sólo a los resultados de la empresa, sino también al conjunto de la economía. Así ocurre sobre todo en el sector informal y en los países donde una multitud de pequeñas empresas no son cubiertos por la legislación laboral o emplean un número de trabajadores inferior al que condiciona la aplicación de la legislación laboral.

Cualquiera que sea la trascendencia jurídica del ámbito de competencia de la inspección del trabajo, su ejercicio es en la práctica coartado, en mayor o menor grado,

por factores vinculados a la coyuntura política y económica nacional o regional. En general, la causa sigue siendo la insuficiencia de los recursos financieros asignados a esta función de la administración pública del trabajo.

5. INSTRUMENTOS DE 1969 SOBRE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO EN LAS EMPRESAS AGRÍCOLAS

Pese a las varias posibilidades de limitar el ámbito de aplicación nacional previstas en el Convenio núm. 81, durante los dos decenios que siguieron a su adopción, en la mayoría de los países, sólo las empresas mineras y de transporte han sido objeto de exclusión.

Esta constatación resultó tan alentadora que la Conferencia pudo adoptar en 1969, sin mayores dificultades, un instrumento, en forma de convenio, sobre la inspección del trabajo en la agricultura, aplicable a una gran variedad de actividades definidas como agrícolas y en las que estaban ocupados trabajadores asalariados o aprendices. No se previó criterio de exclusión alguno de su ámbito de aplicación y se anima a los gobiernos a que se comprometan a ampliar el sistema de inspección del trabajo en la agricultura a aquellos trabajadores que no estén sujetos a una relación de trabajo asalariado, de dependencia o de subordinación.

Sujeción de todas las empresas agrícolas en las que existe una relación de trabajo asalariado o de aprendizaje

El Convenio núm. 129 refleja la voluntad de los Miembros de la OIT de garantizar, mediante un instrumento que tenga fuerza jurídica vinculante, la protección del mayor número posible de trabajadores, dentro de un sector económico muy diversificado, por lo que respecta no sólo al status jurídico de la propiedad de las explotaciones, sino también a las formas de las relaciones laborales. En virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de dicho instrumento, el sistema de inspección del trabajo en

la agricultura se aplica a las empresas agrícolas que ocupan trabajadores asalariados o aprendices, cualesquiera que sean la forma de su remuneración y la índole, forma o duración de su contrato de trabajo.

Con arreglo al párrafo 1 del artículo 1, el concepto de empresa agrícola designa las empresas o partes de empresas que se dedican a actividades tan variadas como los cultivos, la cría de ganado, la silvicultura, la horticultura, la transformación primaria de productos agrícolas por el mismo productor, o cualquier «otra forma de actividad agrícola». La idea de una cobertura óptima es todavía más explícita en el párrafo 2, del mismo artículo, en virtud del cual ninguna empresa agrícola debería quedar al margen del sistema nacional de inspección del trabajo. La misma disposición prevé, no obstante, que cuando sea necesario la autoridad competente determinará, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores interesadas, la línea divisoria entre la agricultura, por una parte, y la industria y el comercio, por otra.

De conformidad con el párrafo 3 del artículo 1, en caso de duda respecto de la aplicación del Convenio a una empresa o a una parte de la misma, la cuestión será resuelta por la autoridad competente.

En el Convenio núm. 129 no se establece diferenciación alguna en materia de sujeción de las empresas agrícolas al sistema de inspección del trabajo. Así pues, el instrumento debería aplicarse de la misma manera a las empresas agrícolas de los sectores público, privado o mixto, cualesquiera que sean sus dimensiones, y proteger a todos los trabajadores que ejerzan una actividad asalariada o que realicen un aprendizaje en esas empresas. En algunos países, la legislación no excluye a empresa agrícola alguna. En otros, no se han adoptado hasta fechas recientes disposiciones legales acerca de su inclusión en el ámbito de competencia de la inspección del trabajo.

No se puede menos de comprobar, sin embargo, que en términos generales sólo una pequeña proporción de las empresas agrícolas del mundo está legalmente sometida a un control de las condiciones de trabajo atendiendo a criterios diversos, como la variedad, el modo de funcionamiento, el régimen jurídico y de propiedad, y el modo económico de explotación, el lugar y la repercusión socioeconómica, la situación

geográfica, las características de la mano de obra ocupada y el potencial de organización sindical de la profesión agrícola. En la práctica, esta proporción tiende a disminuir, cuando no a desaparecer totalmente.

La Comisión se ve a menudo obligada a lamentar la escasez de información comunicada por los gobiernos en relación con las medidas adoptadas en la legislación y en la práctica con miras a la aplicación efectiva de las disposiciones del Convenio núm. 129. Los datos cuantitativos exigidos en virtud del párrafo c) del artículo 27 del Convenio, en relación con las empresas agrícolas, su distribución geográfica y el número de personas que trabajan en ellas, figuran tan sólo excepcionalmente en los informes anuales de la autoridad central o en los informes periódicos de las actividades de los servicios de inspección del trabajo, lo cual dificulta la evaluación de la eficacia de esta última para atender las necesidades pendientes. Algunos países facilitan periódicamente información pertinente en el informe anual de inspección que presentan.

Cláusula facultativa de ampliación del sistema de inspección del trabajo a trabajadores agrícolas no asalariados

En el párrafo 1 del artículo 5 del Convenio núm. 129 se dispone que todo Miembro puede obligarse, en una declaración adjunta a su ratificación, a extender la inspección del trabajo en la agricultura a una o más de las categorías de personas que trabajen en empresas agrícolas y que no estén ya cubiertas en virtud del artículo 1, a saber: arrendatarios que no emplean mano de obra externa, aparceros y categorías similares de trabajadores agrícolas, personas que participan en una empresa económica colectiva como los miembros de cooperativas, y miembros de la familia del productor, como los defina la legislación nacional. En ausencia de declaración, los Miembros obligados por el Convenio deben presentar a la OIT, en las memorias sobre la aplicación del Convenio, información que permita determinar en qué medida ha dado o se propone dar efecto a las disposiciones pertinentes (párrafo 3 del artículo 5).

Letonia es el único país en haber formulado una declaración formal de ampliación del sistema de inspección tal como se prevé en el Convenio, con miras a la

inclusión de los miembros de cooperativas. El Gobierno había acompañado a su declaración una manifestación de intención de ampliación a las demás categorías mencionadas en el Convenio. En algunos países, se ha procedido a esta ampliación, pese a la ausencia de una declaración formal pertinente. Algunas categorías de trabajadores mencionadas por determinados gobiernos entre aquellas incluidas en el sistema de inspección del trabajo en virtud del artículo 5 del Convenio no corresponden a las que se contemplan en los párrafos a), b) y c). La Comisión desearía subrayar, a este respecto, que la opción de ampliar el sistema de inspección a trabajadores agrícolas no asalariados no presupone sistemáticamente para la inspección la obligación de otorgar a esas personas todas las prestaciones destinadas a proteger a los trabajadores asalariados del sector. En algunos países europeos, por ejemplo, los servicios de inspección del trabajo ofrecen a los trabajadores agrícolas autónomos, arrendatarios, aparceros y miembros de su familia que participan en la explotación, una formación en materia de seguridad y salud en el trabajo. En Noruega, la aplicación de la Ley sobre el Entorno de Trabajo se amplió, en 1986, a numerosas empresas agrícolas que no tienen trabajadores asalariados.

Protocolo de 1995 relativo al Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947: ampliación del sistema de inspección del trabajo al sector de los servicios no comerciales

A raíz de una sugerencia que la Comisión de Expertos formuló en su Estudio general sobre la inspección del trabajo publicado en 1985 ¹⁶, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo decidió, en su 258.ª reunión (1993), incluir en el orden del día de la 82.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (1995) la cuestión de la ampliación del Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81), a las actividades del sector de los «servicios no comerciales»; la mayoría de los sectores de actividad económica estaban ya cubiertos por normas internacionales referentes a la inspección del trabajo.

Definición de los servicios no comerciales

En el informe preliminar de la Oficina para la 82.^a reunión de la Conferencia se facilitó una serie de elementos útiles para definir los servicios contemplados en el instrumento cuya adopción estaba prevista. No se trata de una definición universal, sino de la descripción de un amplio abanico de servicios y actividades que podrían incluirse, en virtud de un nuevo instrumento, en el sistema de inspección establecido en cumplimiento del Convenio núm. 81. Habida cuenta de las numerosas peculiaridades nacionales invocadas a este respecto por los Miembros en sus respuestas al cuestionario de la Oficina, la lista de servicios y actividades del sector de los servicios denominados «no comerciales» se propuso a título indicativo. Comprendía la administración pública (nacional, regional o local), constituida, según los países, por ministerios nacionales (federales) y sus servicios administrativos; gobiernos y servicios administrativos provinciales, regionales y de los estados federados; administraciones departamentales, locales y municipales; las fuerzas armadas, los servicios de policía y otros servicios de seguridad pública, las instituciones penitenciarias, los servicios de lucha contra incendios y otros servicios de socorro, generalmente independientes de la industria y del comercio, y, también, a menudo el sector de la enseñanza, incluidas las universidades, los colegios superiores y las escuelas superiores y primarias; los servicios de salud, entre ellos las clínicas y hospitales nacionales y locales, los laboratorios y las farmacias; los servicios de correos y telecomunicaciones, los ferrocarriles, los puertos y aeropuertos, los transportes públicos por carretera, aéreos y por vías navegables (sometidos en principio a las disposiciones del Convenio núm. 81, pero a menudo excluidos con frecuencia por la legislación o la práctica nacional); servicios públicos como el suministro de gas, agua y electricidad, la recogida y eliminación de basuras, y otros servicios esenciales, así como servicios sociales, culturales o recreativos, como los teatros, parques, centros de ocio, zoológicos, museos y bibliotecas, las instituciones religiosas y las obras de beneficencia.

Criterios como el status público o privado del empleador y el objetivo social o financiero de la empresa resultaron rápidamente insuficientes para fundamentar una distinción entre las actividades comerciales e industriales, por un lado, y los servicios no

comerciales, por otro. Los casos de superposición de dichos criterios son, en efecto, demasiados como para garantizar su pertinencia.

En el informe preliminar se observó además que cuanto más alejada estuviera una organización, un servicio, una institución o una empresa del poder ejecutivo del gobierno central, más probabilidades tenía de estar sujeta a la legislación sobre la protección del trabajo y a la inspección del trabajo. Mientras las empresas del Estado o empresas públicas que producían o vendían bienes o servicios en el mercado solían estar plenamente sometidas a la inspección del trabajo, sucedía en muchos casos que las instituciones o las actividades consideradas como el núcleo mismo del poder ejecutivo, como la administración del gobierno central, las fuerzas armadas, la policía y otras instituciones semejantes, escapaban por completo a la inspección del trabajo.

Las respuestas al cuestionario dirigido a los Miembros pusieron de manifiesto una gran diversidad, según los países, en la forma de entender el concepto de «sector de los servicios no comerciales». La Conferencia definió las «actividades del sector de los servicios no comerciales» como el conjunto de actividades llevadas a cabo en todas las clases de lugares de trabajo que no se considerasen industriales o comerciales a los efectos del Convenio núm. 81 (párrafo 2 del artículo 1 del Protocolo). El ámbito nacional de competencia de los sistemas de inspección del trabajo previstos por instrumentos internacionales vinculantes, y que comprendía los establecimientos industriales y comerciales, además de las empresas agrícolas comerciales y no comerciales, se amplió así considerablemente: según las estimaciones, en el momento de la adopción del instrumento, los trabajadores de los servicios del sector no comercial representaban entre el 10 por ciento y más del 50 por ciento de la población activa, según los países, es decir varios centenares de millones de personas en todo el mundo. Estos trabajadores están hoy expuestos prácticamente a la totalidad de los riesgos profesionales de carácter técnico, médico o social, incluidos los más graves. Además de correr los riesgos comunes a la industria, al comercio o a la agricultura, con frecuencia están expuestos a riesgos propios. En muchos países, los asalariados de los servicios no comerciales no gozan del mínimo de protección concedido a los trabajadores de la

industria y del comercio en lo que respecta a las condiciones de trabajo y a los derechos profesionales gracias a una inspección del trabajo exterior e independiente.

Con referencia a los instrumentos internacionales antes mencionados, en el Preámbulo del Protocolo se subraya que, teniendo en cuenta todos los riesgos a los que pueden verse expuestos los trabajadores del sector de los servicios no comerciales, es necesario que dicho sector esté sujeto al mismo sistema de inspección del trabajo o a uno que sea tan eficaz e imparcial como el previsto en el Convenio núm. 81.

Posibilidades de exclusión del ámbito de aplicación del Protocolo y aspectos particulares de la inspección del trabajo en determinadas categorías de servicios no comerciales

Con arreglo al artículo 2 del Protocolo, todo Miembro que ratifique el Convenio podrá, previa consulta con los interlocutores sociales y mediante una declaración anexa a su instrumento de ratificación, excluir total o parcialmente de su campo de aplicación: la administración nacional (federal) esencial; las fuerzas armadas, ya se trate del personal militar o civil; la policía y otros servicios de seguridad pública; los servicios penitenciarios, ya se trate del personal de los mismos o de los presos que realizan trabajos, si la aplicación de las disposiciones del Convenio a cualquiera de sus lugares de trabajo plantea problemas especiales de cierta importancia (párrafos 1 y 2).

Las razones de la exclusión de una o varias categorías de los servicios antes mencionados deben ser indicadas por el Gobierno en su primera memoria a la OIT sobre la aplicación del Protocolo. De acuerdo con las disposiciones del Protocolo, no obstante, estos servicios deberán estar protegidos, en la medida de lo posible, por otros mecanismos de inspección. En las memorias subsiguientes deberá presentarse información acerca de las medidas que pudieren haberse adoptado para su inclusión en el campo de aplicación del instrumento (párrafo 3 del artículo 2 del Protocolo). La

declaración de exclusión puede ser modificada o anulada en todo momento por medio de una nueva declaración del Miembro (párrafo 4).

Los Miembros que no recurran a la facultad de exclusión de una o varias categorías de los servicios antes mencionados tienen, no obstante, la posibilidad de adoptar disposiciones para limitar, en lo que a ellos se refiere, las prerrogativas de los inspectores del trabajo, como las previstas en el artículo 12 del Convenio núm. 81, así como con ocasión de determinadas actividades ejercidas por esos servicios (artículo 4).

Prácticas nacionales

Sólo han ratificado el Protocolo diez de los 135 países obligados por el Convenio núm. 81 18, y la información comunicada a la OIT sobre las medidas adoptadas para su aplicación en la legislación y en la práctica siguen siendo escasas. Asimismo, a pesar de la flexibilidad de las disposiciones del Protocolo, la Comisión observa cierta reserva de la mayoría de los otros países en cuanto a la perspectiva de ratificación, y los obstáculos mencionados se desprenden muchas veces de las dificultades de determinar las actividades, empresas y servicios contemplados en el instrumento. La Comisión ha tomado nota, no obstante, del interés manifestado por algunas organizaciones de empleadores y de trabajadores por su ratificación.

Entre los países que no han ratificado el Protocolo, Burkina Faso indica que las partes de establecimientos o los establecimientos militares que emplean mano de obra civil y en los que, por motivos de seguridad nacional, se prefiere evitar la introducción de agentes de control ajenos al servicio, son objeto de una nomenclatura establecida mediante decreto del Ministro de Defensa, previo dictamen del Ministro de Trabajo, y, en lo que respecta a la inspección del trabajo, están sometidos a la competencia de funcionarios u oficiales especialmente designados con este fin mediante decreto conjunto de los citados ministros. En Letonia, las instituciones del Gobierno central y de los gobiernos locales, así como los organismos públicos e instituciones religiosas, se

incluyen en el campo de la inspección del trabajo, competente en los otros sectores. El Gobierno de Francia ha precisado que sólo las administraciones y los establecimientos públicos de carácter administrativo del Estado y de las colectividades locales no están sometidos a ningún sistema de inspección del trabajo con arreglo a los convenios pertinentes de la OIT. No entran en el ámbito de aplicación del Código del Trabajo, con excepción de las partes relativas a la higiene, la seguridad y las condiciones de trabajo, que se aplican mediante la reglamentación aplicable a la función pública.

Competencia de la inspección del trabajo

Las condiciones de trabajo y la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión deben constituir, según lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 2 del Convenio núm. 81, el elemento fundamental de los ámbitos de competencia de la inspección del trabajo en los establecimientos industriales y comerciales. Además, en el párrafo 2 del artículo 6 del Convenio núm. 129 se prevé que los inspectores del trabajo pueden conocer las condiciones de vida de los trabajadores agrícolas y de sus familias.

Las cuestiones incluidas en la expresión «condiciones de trabajo» son muchas y heterogéneas. Se refieren a las condiciones y al medio en que se realiza el trabajo. Por ejemplo, en el Convenio núm. 81 se citan, en el párrafo 1, a), del artículo 3, las disposiciones sobre horas de trabajo, salarios, seguridad, higiene y bienestar, empleo de menores y de adolescentes, a los que el Convenio núm. 129 añade, en el párrafo 1, a), de su artículo 6, el descanso semanal, las vacaciones y el empleo de mujeres.

La expresión «protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión» utilizada en el Convenio núm. 81, debe entenderse de una manera amplia, en el contexto de los convenios y recomendaciones ulteriores. En consecuencia, se refiere más en particular a la protección social y a los derechos fundamentales reconocidos a los trabajadores a lo largo de su período de empleo. Del contenido de los estudios preparativos del Convenio núm. 129 se desprende que la expresión debía incluir, en particular, materias como el derecho de organización y de negociación colectiva, las condiciones de la terminación de la relación laboral o incluso la seguridad social.

El control de la aplicación de las disposiciones legales sobre temas que podrían guardar una relación de semejanza o conexión con las condiciones de trabajo y la protección de los trabajadores también puede ser, con arreglo al párrafo 1, a), de artículo 3 del Convenio núm. 81 y en el párrafo 1, a), del artículo 6 del Convenio núm. 129, competencia de la inspección del trabajo. En el párrafo 2 de la Recomendación núm. 133, por la que se completa el Convenio núm. 129, se mencionan a este respecto, con carácter indicativo, las disposiciones sobre: a) la formación profesional de los trabajadores; b) los servicios sociales en la agricultura; c) las cooperativas, y d) la escolarización obligatoria.

De conformidad con el párrafo 1, a), del artículo 3, y del artículo 27 del Convenio núm. 81 y el artículo 2 y el párrafo 1, a), del artículo 6 del Convenio núm. 129, los ámbitos de competencia de la inspección del trabajo comprenden, en el plano nacional, las disposiciones legales cuya aplicación se confía a los inspectores. Entre esas disposiciones figuran, además de la legislación, las sentencias arbitrales y los contratos colectivos que tienen fuerza de ley.

La competencia de la inspección del trabajo obedece las más de las veces a disposiciones legislativas de alcance general, como los códigos del trabajo, las leyes generales del trabajo, las leyes sobre relaciones profesionales y, más recientemente, las leyes sobre la igualdad y las leyes antidiscriminatorias completadas con disposiciones reglamentarias sobre la organización, el funcionamiento o las atribuciones de los órganos del sistema de administración del trabajo. El estatuto de la inspección puede venir a determinar con mayor precisión los ámbitos de competencia de los inspectores del trabajo. No obstante, la delimitación exacta del ámbito de competencia de la inspección del trabajo suele requerir el examen de todo un conjunto de textos de carácter y alcance diferentes, de los que se desprende una serie de exclusiones.

Condiciones de trabajo contempladas en los instrumentos

En muchos países (Bélgica, Bulgaria, Chile, Dinamarca 2 , España, Francia, Ghana, Grecia, Lesotho, Líbano, Mongolia, Nigeria, Sudáfrica, el conjunto de países del África francófona y la mayoría de los países de América Latina), el ámbito de competencia de la inspección del trabajo coincide con el ámbito de aplicación de toda la legislación laboral. En Líbano, por ejemplo, el Departamento de Inspección del Trabajo se encarga de supervisar la aplicación de todas las leyes y reglamentos relativos a las condiciones de empleo y a la protección de los trabajadores en el lugar de trabajo, incluida las disposiciones de los convenios internacionales del trabajo ratificados. Los aspectos que entran en el ámbito de competencia de la inspección del trabajo son, en particular, pero no en exclusiva, los siguientes: la duración del trabajo, los períodos de descanso, los sueldos y salarios, la seguridad, la salud en el trabajo, la atención sanitaria, las enfermedades profesionales y los accidentes laborales, los riesgos en el trabajo y el empleo juvenil.

XLIII. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE JULIO DE 2017 NÚMERO DE RECURSO 278/2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Doña Patricia , Doña Eva y Don Raúl , en calidad de representantes legales de los trabajadores de la empresa Aranjuez Desarrollo y Empleo, S.A., como COMISIÓN NEGOCIADORA AD HOC, formularon demanda ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sobre impugnación de resolución colectiva

de los contratos de trabajo (ERE), en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaban suplicando se dicte sentencia por la que, estimando la demanda, se declare nulo o subsidiariamente no ajustado a derecho el acuerdo extintivo de fecha 23 de junio de 2016, por el que finalizó el ERE, con las consecuencias legales previstas en el art. 124 LRJS .

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio, en el que se practicaron las pruebas que fueron admitidas, con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

TERCERO.- Con fecha 28 de septiembre de 2016, se dictó sentencia por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid , cuya parte dispositiva dice: «FALLAMOS: Desestimamos la excepción de falta de legitimación pasiva invocada por el AYUNTAMIENTO DE ARANJUEZ y desestimamos la demanda formulada por la COMISIÓN NEGOCIADORA AD HOC del despido colectivo seguido contra la empresa ARANJUEZ DESARROLLO Y EMPLEO y el AYUNTAMIENTO DE ARANJUEZ y en su consecuencia debemos declarar y declaramos ajustado a derecho el despido colectivo adoptado por la empresa ARANJUEZ DESARROLLO Y EMPLEO objeto del presente proceso y absolvemos a las partes demandadas de los pedimentos formulados en su contra».

CUARTO.- En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «PRIMERO.- El 7 de mayo de 2016, la empresa ARANJUEZ DESARROLLO Y EMPLEO SA - ADESA- comunicó a cada uno de los 6 trabajadores que integraban la plantilla la apertura de un periodo de consultas para proceder al despido colectivo, al no existir representación legal de los trabajadores en la empresa.- SEGUNDO.- La comisión "ad hoc" se constituyó el 17-05-16. Constituida la Comisión, la empresa comunicó el inicio del ERE a la Dirección General de Trabajo mediante misiva de 23 de mayo de 2016. Se celebraron 3 reuniones ente la parte social y la empresa que figuran en el CD que obra al folio 79 y que se tienen por reproducidas y que en síntesis recogen

lo siguiente.- La primera fue el 26 de mayo en el que la representación legal de los trabajadores rechaza la legitimación de la empresa para proceder a la incoación de un ERE, por entender que el empresario real es el AYUNTAMIENTO DE ARANJUEZ, además de oponerse al mismo por los argumentos que reitera en la presente demanda de despido colectivo.- La segunda, el 31 de mayo, en el que la empresa contesta a las alegaciones que realizaron los trabajadores en la anterior reunión señalando que el AYUNTAMIENTO DE ARANJUEZ no tiene que ser parte en el ERE, por tener ARANJUEZ DESARROLLO Y EMPLEO SA personalidad jurídica propia y se formula una petición de los trabajadores para que se les conceda un permiso retribuido.- En la última el 6 de junio, concluye el periodo sin acuerdo, si bien la empresa accede a la petición que se formuló en la última reunión de conceder a los trabajadores que iban a ser objeto del despido un permiso retribuido, precisando que debían estar disponibles a través del correo electrónico o correo electrónico para los requerimientos que pudiera hacerles la empresa.- En esa última fecha se informa a la Comisión y a la Dirección General de Trabajo que iba a proceder a la extinción del contrato de todos los trabajadores con efectos de 23 de junio de 2016, presentándose la presente demanda ante este Tribunal el 6 de julio de 2016.- TERCERO- La empresa ARANJUEZ DESARROLLO Y EMPLEO SA entregó a cada uno de los trabajadores que venían prestando servicios la carta de despido el 10 de junio de 2016 que figuran en el CD que obra al folio 79 y que se tienen por reproducidas.- Los trabajadores venían prestando servicios con la siguiente categoría, antigüedad y salario anual: doña Patricia , ingeniero técnico, 5 de mayo de 2008 y 26.466, 88 euros; doña Eva , ingeniero y licenciado ADL, 22 de septiembre de 2004, 33.583, 48 euros; don Raúl , ingeniero y licenciado ADL, 23 de septiembre de 2004, 33.583, 48 euros; doña Elvira , auxiliar administrativo, 1 de diciembre de 2007, 20.687, 24; Don Bernabé , ayudante técnico (informático) 7 de abril de 2008, 24.964, 24 euros; doña Otilia -en situación de excedencia voluntaria- ingeniero y licenciado ADL, 22 de septiembre de 2004, 32.432, 83, 48 euros (folio 205 de autos, perteneciente al ramo de prueba de la actora).- CUARTO.- La Inspección de Trabajo y Seguridad Social emitió un informe el 22 de mayo de 2015 como consecuencia de denuncia efectuada por los trabajadores de ARANJUEZ DESARROLLO Y EMPLEO SA, que figura a los folios 96 a 100 de autos y que se tiene por reproducida, en la que figura que se efectuó una visita en el domicilio sito en la calle Infantas 55 de Aranjuez y

se entrevistó al Consejero Delegado de la empresa y Concejal Delegado de Empleo, Dinamización Económica, Turismo, Comercio y Hostelería del Ayuntamiento de Aranjuez y a 5 de los 6 trabajadores de la empresa.- A continuación recoge una serie de datos sobre la empresa, concretamente que "La sociedad ARANJUEZ DESARROLLO Y EMPLEO, S.A. es una Sociedad Mercantil Municipal que se constituyó en escritura del 18/02/2004. Su capital social es de 189.956,95 euros y ha sido suscrito en su totalidad por el Ayuntamiento de Aranjuez mediante la aportación de una parcela.", y añade "Su objeto es el siguiente: promover y fomentar la actividad económica y el empleo en el Municipio; crear y gestionar empresas de servicios de utilidad pública y social, crear y gestionar centros de apoyo para las empresas y de servicios a las mismas; prestar servicios de formación y asesoramiento en los diferentes ámbitos empresariales a empresas y emprendedores, en especial a todos aquellos colectivos con especiales dificultades de inserción laboral o con riesgo de exclusión del mercado de Trabajo, todo ello para la creación, consolidación y puesta en marcha de nuevas empresas y procesos de emprendimiento; gestionar los instrumentos y realizar los trámites que sean necesarios para facilitar la creación de nuevas empresas, promover, gestionar y participar en proyectos que se soliciten a las diferentes Administraciones Públicas a nivel regional, nacional o de la Unión Europea; promocionar y realizar estudios y análisis orientados a una eficaz movilización de los recursos y promoción de empleo; promover, fomentar y actuar en iniciativas municipales en el ámbito de la economía social y en proyectos que requieran un fuerte impulso tecnológico y económico: promocionar el Municipio de Aranjuez, patrocinar, celebrar, fomentar e impulsar la celebración de toda clase de ferias, certámenes y exposiciones; promover y gestionar proyectos de interés público, y en este sentido desarrollar, gestionar y explotar suelo en su mayor amplitud, así como edificios y locales, que generen actividad económica y empleo en el Municipio, desarrollo de la actividad y reconocimiento de la sociedad como Agencia de Desarrollo Local, realizar aquellas otras actividades que el Ayuntamiento de Aranjuez la encargue en el ámbito de la promoción de la actividad económica y generación de empleo del Municipio." y también "En escritura de 23/12/2012 se otorgaron amplios poderes al consejero Delegado y Vicepresidente 1º Jacinto. Compatibiliza las funciones de Consejero Delgado de la sociedad y concejal del Ayuntamiento de Aranjuez.- Por acuerdo de 26/07/2014 entre el AYUNTAMIENTO

DE ARANJUEZ y la SOCIEDAD PÚBLICA MUNICIPAL ARANJUEZ Y DESARROLLO Y EMPLEO, S.A., aquél encomendó desde el 01/08/2014 al 31/07/2015 la gestión de los servicios municipales de la Oficina de Turismo, Museo Taurino, punto de Información del palacio, la oficina móvil y otros servicios municipales relacionados con el turismo.". - También figuran cuales son las funciones que entiende que ha desempeñado cada uno de los trabajadores efectuados y señala que "Salvo en materia de turismo, donde la empresa dispone de los recursos recibidos del Ayuntamiento a través de la encomienda de gestión, y tiene algunos materiales, las demás actividades las realiza con los medios materiales del Ayuntamiento.".-

QUINTO.- Los Juzgados de lo Social de Madrid, número 37 en autos 332/2015 - sentencia de 15 de diciembre de 2016 (año erróneo) - y número 14 en autos 1105/2015 - sentencia de 8 de julio de 2016- han resuelto que ha existido una cesión ilegal de trabajadores entre la empresa ARANJUEZ DESARROLLO Y EMPLEO SA y el AYUNTAMIENTO DE ARANJUEZ. El Juzgado número 8 de Madrid en autos 303 y 304/2015 -5 de noviembre de 2015-, no se pronuncia respecto a la cesión ilegal invocada entre ARANJUEZ DESARROLLO Y EMPLEO SA y el AYUNTAMIENTO DE ARANJUEZ. Las referidas sentencias que figuran a los folios 101 a 193 de autos (ramo de prueba de la actora), que se tienen por reproducidas, no gozan de firmeza.-

SEXTO.- Las solicitudes de licencias o permisos realizadas por los trabajadores están formuladas en documento impreso por la empresa que figuran en el CD que obra al folio 79 y que se tienen por reproducidas.- SÉPTIMO.- El 18 de noviembre de 2015 el Secretario de comisiones Obreras de Aranjuez presentó un escrito que literalmente decía: "Que en relación al proceso de disolución de la SOCIEDAD ARANJUEZ DESARROLLO Y EMPLEO, S.A. (ADESA) conforme a la dispuesto en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización sostenibilidad de la Administración local, ante la existencia de trabajadoras/es afectadas/os por este proceso, varias de ellas afiliadas a CCOO, D^a Patricia y D^a Otilia , en situación de excedencia, por la presente en mi calidad de representante legal de los trabajadores, les solicitó la apertura de un periodo de negociación para la fijación de las condiciones de reincorporación de los trabajadores a la plantilla del Ayuntamiento.- Junto a este escrito les adjunto los documentos que acreditan que las trabajadoras antes citadas han obtenido en concurso público plazas que ocupan en propiedad en la empresa pública. Entendernos que si se

procede a disolver la empresa y a asumir el Ayuntamiento competencias que venía realizando la empresa pública, estas trabajadoras deberían ser absorbidas con sus condiciones laborales dentro del personal del Ayuntamiento de Aranjuez.- SUPlico AL AYUNTAMIENTO. Que conforme a lo solicitado en el presente escrito se acuerde el inicio del proceso de negociación para la incorporación de las trabajadoras a la plantilla del Ayuntamiento." -folio 244 de autos Ramo de prueba de la actora)-. OCTAVO.- El Pleno del AYUNTAMIENTO DE ARANJUEZ de 23 de julio de 2014 acordó en su punto primero "Aprobar la Encomienda de gestión entre el Ayuntamiento y la empresa municipal Aranjuez Desarrollo y Empleo S.A. (ADESA), para la realización de actividades relacionadas con la promoción y desarrollo del turismo en el Municipio, en el período comprendido entre el 1 de agosto de 2014 y el 31 de julio de 2015, por un importe total de 227.995,77 euros., según, conforme y en los términos y condiciones que constan en el Informe-Proyecto del Jefe de Servicio y Director de Desarrollo Económico de la Delegación de Dinamización Económica, Empleo, Turismo, Comercio y Hostelería de fecha 15 de julio de 2014 y en el Documento de formalización de la Encomienda que, al efecto, se suscriba entre las partes." -folios 86 a 89 de autos, ramo de prueba del AYUNTAMIENTO DE ARANJUEZ-. NOVENO.- La Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid emitió informe del AYUNTAMIENTO DE ARANJUEZ y entidades dependientes de los ejercicios 2010 y 2011 cuyos folios 128 a 131 se refieren a la empresa ARANJUEZ DESARROLLO Y EMPLEO y que se tiene por reproducidos -CD que obra al folio 79-.- DÉCIMO.- El Interventor del AYUNTAMIENTO DE ARANJUEZ emitió informe de evaluación y cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, de la regla del gasto y del límite de la deuda con motivo del presupuesto general para el año 2015 del AYUNTAMIENTO DE ARANJUEZ, que se tiene por reproducido -CD que obra al folio 79-.- UNDÉCIMO.- Los documentos que se entregaron con motivo de la apertura del Expediente de Regulación de Empleo fueron los siguientes: una memoria explicativa de las causas económicas que justificaban la medida extintiva de naturaleza colectiva, relación nominal de los trabajadores afectados, los criterios de selección de los trabajadores afectados, la fecha prevista del despido colectivo . Las cuentas correspondientes a los dos últimos ejercicios, las cuentas provisionales a la fecha del inicio del procedimiento. Y documentación fiscal y contable relativa la disminución persistente del nivel de

ingresos -documentación que figura en el CD al folio 22 y que se tiene por reproducida-
».

QUINTO.- En el recurso de casación formalizado por Don Raúl, Doña Eva y Doña Patricia, se consignan los siguientes motivos: PRIMERO.- Al amparo del art. 207.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por error en la apreciación de la prueba al no haber valorado correctamente el contenido del acta de la inspección de trabajo de fecha 22.05.2015. SEGUNDO.- Al amparo del art. 207.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por error en la apreciación de la prueba obrante en autos. TERCERO.- Al amparo del art. 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por infracción del art. 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores en relación al 8.11 y 53 LISOS y doctrina judicial asociada. CUARTO.- Al amparo del art. 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por infracción del art. 43 y 51.2 del Estatuto de los Trabajadores y los arts. 124.2 B y C de la LRJS. QUINTO.- Al amparo del art. 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por infracción del art. 51.2 y 1258 del Código Civil, arts. 34.3 , 3.1 , 3.2 y 4.1 del Reglamento 1483/2012 , art. 124.11 de la Ley de la Jurisdicción Social, art. 2.3 de la Directiva 98/59 , art. 13 del Convenio 158 OIT y Disposición Adicional 20 del Estatuto de los Trabajadores .

SEXTO.- Transcurrido el plazo concedido para impugnación del recurso, se emitió informe por el Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar que el recurso formalizado con cinco motivos debe ser íntegramente desestimado.

SÉPTIMO.- En Providencia de fecha 2 de junio de 2017, se hacía constar lo siguiente: "Estima la Sala que, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley de Orgánica del Poder Judicial. A tal efecto, para su celebración, se señala el día doce de julio de dos mil diecisiete, convocándose a todos los Magistrados de la Sala".

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- El objeto del presente recurso es la STSJ Madrid 28/Septiembre/2016 [autos 481/16], por la que se rechazó la demanda interpuesta por la Comisión Negociadora «ah hoc» del despido colectivo llevado a cabo en la empresa «Aranjuez Desarrollo y Empleo» [«ADESA»], y en la que fueron absueltas la referida empresa y el codemandado Ayuntamiento de Aranjuez, por considerar ajustado a derecho la extinción colectiva de contratos -los seis trabajadores de la plantilla- comunicada en 10//06/16 y con efectos del inmediato día 16.

2.- Se interpone por la representación de los trabajadores recurso de casación, con los siguientes motivos:

a).- Al amparo del art. 207.d) LJS se denuncia error en la apreciación de la prueba, «al no haberse valorado correctamente el contenido del Acta de la Inspección de Trabajo de fecha 22.05.15».

b).- Con la misma cobertura procesal, se sostiene que «el juzgador incurre en error en la apreciación de la prueba consistente en las sentencias que se aportan como documentos 2 a 4 del ramo de prueba actora (folios 101 a 119)».

c).- Por el cauce del art. 207.e) LJS, se denuncia infracción -en tres sucesivos motivos-: 1º.- Del art. 4.2 ET, en relación con los arts. 8.11 y 53 LISOS y doctrina jurisprudencial asociada [STS 02/06/11 -rcud 1812/10 -]; 2º.- Del art. 43 ET, relativo a la cesión ilegal de trabajadores; y 3º.- De los arts. 51.2 y 1258 del CC, art. 34 [3.1, 3.2 y 4.1] del Reglamento 1483/12, art. 124.11 de la LJS, art. 2.3 de la Directiva 98/59 , del art. 13 del Convenio 158 OIT, y de la DA 20 ET .

SEGUNDO.- 1.- Admite expresamente el recurso que el primero de los motivos -revisorio- «aparece íntimamente ligado a los siguientes del recurso formulados al amparo de lo dispuesto en el artículo 207 letra e) de la LRJS », y efectivamente ello es así hasta el punto -como veremos- de que el fracaso o éxito del mismo comporta la suerte -favorable o adversa- de los siguientes motivos, en tanto que éstos se hallan básicamente subordinados a la modificación fáctica pretendida con tal motivo.

2.- Pues bien, ese primer motivo no puede ser admitido -de entrada- por estrictas razones de forma, siendo así que se limita a censurar la valoración judicial que la el TSJ lleva a cabo del Acta de Infracción de la Inspección de Trabajo [folios 96 a 100], pero en momento alguno se especifica discordancia expresa respecto de concretos apartados fácticos de la recurrida sobre los que se discrepe, ni tampoco se propone una concreta redacción discordante. Y no puede pasarse por alto que la denuncia del error requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico, sin que baste mostrar la disconformidad con el conjunto de ellos. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de un elemento probatorio obrante en las actuaciones que tenga formalmente el carácter de documento y la eficacia probatoria propia de este modo de prueba, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas, sin que sea suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada; c) Que se señale por la parte recurrente el punto específico del contenido de cada documento que pone de relieve el error alegado, razonando así la pertinencia del motivo, mediante un análisis que muestre la correspondencia entre la declaración contenida en el documento y la rectificación que se propone; d) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. e) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia, sin que pueda utilizarse para introducir calificaciones jurídicas predeterminantes del fallo (recientes, SSTs 27/09/16 -rco 203/15 -; 11/01/17 -rco 24/16-; 14/02/17 -rco 45/16 -; 28/03/17 -rco 77/16 -; y 05/04/17 -rco 28/16 -).

TERCERO.- Pero es que ese primer motivo de error de hecho, relativo al Acta de la Inspección, tampoco puede desligarse de aquel otro -el tercero- en el que se denuncia la infracción de norma y jurisprudencia relativa a la fuerza probatoria -y valoración judicial- precisamente de las Actas de la Inspección de Trabajo; y ello justifica que acto continuo demos respuesta a este último motivo, con afirmaciones que pueden ser aplicadas a ambos aspectos, el modificativo de los hechos y el de examen del Derecho.

Recordemos al efecto que «... la presunción «iuris tantum» de veracidad que corresponde a las actuaciones de la Inspección de Trabajo, no solamente alcanza a las Actas de infracción sino que también se extiende a los informes [DA Cuarta, apartado 2, de la Ley 42/1997, de 14/Noviembre ; y art. 53.2, párrafo segundo, del RD-Legislativo 5/2000, de 4/Agosto] (STS 22/05/12 -rco 76/11 -), en el bien entendido que el privilegio probatorio únicamente se refiere a los «hechos» constatados por el Inspector actuante, no a la valoración que el mismo haga de los datos efectivamente comprobados (STS SG 20/10/15 -rco 181/14-, asunto «GEA 21 SA», que se refiere -concretamente- a la voluntad negociadora durante el periodo de consultas)» (STS SG 17/03/16 -rco 178/15-, asunto «Eurocork Almendral, S.L.»). Pero de todas formas no cabe olvidar que:

a).- Las referidas actas «no gozan de mayor relevancia que los demás medios de prueba admitidos en Derecho y, por ello, ni han de prevalecer necesariamente frente a otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas, ni pueden impedir que el órgano judicial forme su convicción sobre la base de una valoración o apreciación razonada del conjunto de las pruebas practicadas» (SSTC 76/1990, de 26/Abril, FJ 8 ; 14/1997, de 28/Enero, FJ 7 ; 35/2006, de 13/Febrero, FJ 6 ; y 82/2009, de 23/Marzo, FJ 4) .

b).- En palabras de esta Sala, «... la actuación de la Inspección de Trabajo tiene un carácter informativo que conduce a la ulterior valoración por parte de quien juzga en instancia, como un medio probatorio más sin que quepa atribuirle efecto vinculante alguno y sin que pueda excluirse el análisis de los demás medios de prueba y, en suma, la necesaria convicción de quien juzga tras la valoración de todos ellos» (SSTS SG 18/03/14 -rc 114/13-, asunto «DOPEC, SL»; y SG 17/03/16 -rc 178/15-, asunto «Eurocork Almendral, S.L.»).

c).- Y como elemental consecuencia de ello, también hemos entendido desde siempre que las actas e informes de la Inspección de Trabajo no son «documento» a los efectos revisorios (así, SSTS 09/02/96 -rc 2429/94 -; 27/02/01 -rc 141/00 -; y 11/12/03 -rc 63/03 -), pues aunque proceden de un funcionario especialmente cualificado en la materia sobre la que informa, de todas formas la material incorporación de sus apreciaciones fácticas carecen de la fehaciencia exigible para modificar la apreciación judicial de los hechos (sobre el requisito, SSTS 12/11/15 -rc 182/14-, asunto «Schindler »; 30/11/15 -rc 142/14-, asunto «Caixabank, SA»; y SG 24/11/15 -rc 86/15-, asunto «Gestur, SA ») y no dejan de ser - aunque objetivas y competentes- manifestaciones documentadas inhábiles para modificar el relato fáctico [SSTS 20/02/90 Ar. 1247 ; 28/09/98 -rc 5149/97 -; 02/02/00 -rc 245/99 -; 14/03/05 - rev. 57/03 -; y 17/07/12 -rc 36/11 -]» (así, la citada STS SG 17/03/16 -rc 178/15 -).

CUARTO.- 1.- Las mismas objeciones formales que hicimos sobre el primer motivo revisorio en nuestro precedente FJ segundo, son extrapolables al segundo de los motivos en el que se acusa también error en la valoración de la prueba, pero referido a la fuerza probatoria de las sentencias de los J/S, pues tampoco en él se efectúa expresa discordancia de ordinal alguno de los HDP y ninguna concreta redacción se propone como modificación del relato fáctico.

En la misma forma también procede señalar que las referidas sentencias no son - igualmente- instrumento adecuado para modificar la relación de hechos, en tanto que

una sentencia no es un «documento» hábil a los efectos del art. 207-d) LJS. En efecto, si la sentencia no ha adquirido todavía firmeza, carece de fehaciencia probatoria alguna, en tanto que se limita a expresar la convicción judicial obtenida en un determinado procedimiento y en atención a la prueba que en el mismo se hubiera producido; y si hubiese adquirido ya la cualidad de firme, no es que tenga algún tipo de fuerza probatoria, sino que le corresponde la eficacia que es propia de la cosa juzgada -en sus aspectos positivo y negativo-, lo que es algo completamente diferente y de muy superior alcance, pues no es ya que influya en la convicción judicial como decisivo elemento probatorio, sino que obsta de por sí todo nuevo juicio valorativo sobre la prueba que pudiera haberse practicado en el nuevo procedimiento.

2.- Aparte de ello, como con tal motivo el recurso pretende que el TSJ hubiese debido quedar vinculado por el criterio de los J/S, y dado que éstos habían seguido a su vez el expuesto por la Inspección de Trabajo, en definitiva tal planteamiento supone: a) insólitamente, que la convicción de los J/S -en sentencia carente de firmeza- se imponga a la propia del TSJ, al que de forma clara se le niega la potestad jurisdiccional -que le corresponde en exclusiva- de «ponderar los distintos elementos de prueba y valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia», llevando cabo así una libre valoración de la prueba que implica que el órgano judicial «pueda realizar inferencias lógicas de la actividad probatoria llevada a cabo, siempre que no sean arbitrarias, irracionales o absurda» (SSTS SG 31/03/16 -rco 272/15-, asunto «Gicofa»; y SG 26/01/16 -rco 144/15-, asunto «Unitono »); y b) no menos sorprendentemente viene a sostenerse a la postre que la decisión judicial venga predeterminada por el parecer de la Inspección de Trabajo, órgano ciertamente cualificado y de criterio tan objetivo como merecedor del mayor respeto, como ya hemos indicado, pero que en manera alguna minora o condiciona la valoración judicial de la prueba practicada en el procedimiento [nos remitimos a lo dicho en el FJ Tercero].

QUINTO.- 1.- A la par, esta pretendida e injustificada revisión fáctica tampoco puede a su vez desvincularse del segundo de los motivos sobre infracción jurídica

[cuarto motivo en la exposición del recurso], el relativo a la infracción del art. 43 ET, pues con el fracaso de la malograda revisión pasa a un primer plano la convicción expresada por el TSJ en orden a la posible existencia de cesión ilegal, que frontalmente niega. Y ello determina el rechazo de la denunciada infracción, como acto continuo procederemos a justificar.

2.- Recordemos que el art. 43 ET contempla el supuesto de interposición laboral, que supone varios negocios jurídicos coordinados: 1) un acuerdo entre los dos empresarios -el real y el formal- para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador; y 3) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal (SSTS 21/03/97 -rec. 3211/96-; ... 14/09/01 -rec. 2142/00 -; ... 30/11/05 -rcud 3630/04 -; 18/01/11 -rcud 2415/10 -; y SG 11/02/16 -rco 98/15-, asunto «Caminos de Jaén »).

Debemos también traer a colación que la finalidad que persigue el art. 43 ET es que la relación laboral real coincida con la formal, evitando la degradación de las condiciones de trabajo o la disminución de las garantías y que quien efectivamente es empresario asuma las obligaciones que le corresponden (entre muchas anteriores, SSTS 17/12/10 -rcud 1673/10 -; ... 04/03/11 -rcud 3463/10 -; ... 11/07/12 -rcud 1591/11 -; ... 30/11/05 -rcud 3630/04 -; ...; y 17/04/07 -rcud 504/06 -).

3.- Pues en el caso de que tratamos no solamente no media declaración fáctica alguna respecto de la concurrencia de aquellos elementos configuradores de la cesión ilegal, sino que específicamente los rechaza la sentencia recurrida que concluye afirmando -FJ Tercero, in fine - que no consta que los trabajadores despedidos «realizaran tareas en distintos departamentos del Ayuntamiento y por ello tampoco que la empresa realizara otras actividades que no fueran en materia de turismo y que se correspondían con la Encomienda de gestión de los servicios relacionados con la

promoción y desarrollo turístico en el municipio de Aranjuez, respecto a los cuales la propia Inspección reconoce que la empresa dispone de medios propios, aunque no para otras actividades que entiende que realiza, pero que hemos concluido que no ha quedado acreditado, por todo lo cual se rechaza esta pretensión...». Y con tan categóricas afirmaciones, que resultan plenamente ajustadas a los HDP y entendemos del todo acertadas en plano sustantivo, resulta innecesaria cualquier otra consideración para justificar el rechazo de la denuncia efectuada en el cuarto motivo del recurso.

4.- En todo caso es claro -también lo destaca el Ministerio Fiscal en su estudiado informe- que en este cuarto motivo [infracción del art. 43 ET] el recurso parte de una realidad que ni es la declarada probada por la decisión recurrida, ni tampoco ha sido aceptada por esta Sala en los motivos de revisión fáctica, por lo que la recurrente incurre en el rechazable vicio procesal de la llamada «petición de principio» o «hacer supuesto de la cuestión», que se produce cuando se parte de premisas fácticas distintas a las de la resolución recurrida (SSTS -Sala Primera- de ... 26/05/10 -rec 764/06 -; 01/06/10 -rec. 1028/07 -; 01/06/10 -rec 349/06 -; 02/06/10 -rec. 1138/07 -; 10/06/10 -rec 189/06 . Y SSTS -Sala Cuarta- 15/03/07 - rco 44/06 -;... SG 03/12/14 -rco 201/13-, para la Fundación SVE;...; 03/02/16 -rco 31/15-, para «FGV»; 10/03/16 -rco 83/15-, asunto «Toquero Express, SL»; y 20/12/16 -rco 9/16-, para «Andalucía Emprende»).

5.- Y la misma objeción -falta de amparo fáctico- ha de hacerse frente al alegato que se hace en el último de los motivos -el quinto-, respecto de que desde el cese de la encomienda y hasta su despido, los trabajadores de «ADESA» realizaron todas sus actividades para el Ayuntamiento, como base de la múltiple denuncia allí formulada; pues -como hemos señalado más arriba, en el apartado 3 de este FJ- la sentencia recurrida rechaza precisamente que los trabajadores afectados por el PDC hubiesen realizado cometido alguno -ajeno a la encomienda- para el Ayuntamiento. Y esta es la realidad formalmente acreditada y en todo caso declarado probado, vinculando fácticamente toda posible denuncia de infracción.

SEXTO.- 1.- Por lo que se refiere al último de los motivos, su prolija exposición y denuncia [arts. 51.2 y 1258 CC ; art. 34 Reglamento 1483/12; art. 124.11 LJS; art. 2.3 Directiva 98/59; art. 13 Convenio 158 OIT; y DA 20 ET], puede resumirse -como con fortuna sintetiza el Ministerio Fiscal- diciendo que se plantean «de forma bastante confusa todas estas cuestiones: a) al obtener ADESA sus ingresos del Ayuntamiento exclusivamente, éste puede a su conveniencia mantenerla o extinguirla. Con el consiguiente abuso facultativo de esta figura legal; b) al menos debe calificarse al Ayuntamiento -sino como empresario real- como dominante de ADESA, por lo que debe aportarse durante el PDC toda la documentación exigida en el RD 1483/2012 al grupo de empresas, y al no haberlo hecho así el DC debe declararse nulo; c) la falta de aportación de la documentación del Ayuntamiento infringe el principio de la buena fe negocial, al no poder centrar el objeto de la discusión, que no es otro que la existencia o no de causa económica; d) al haber concluido la encomienda de gestión en junio de 2015 y mantenerse la actividad hasta junio de 2016, se evidencia la titularidad fraudulenta de ADESA y que su actividad lo era en realidad del Ayuntamiento». Y en la respuesta a todas esas cuestiones no podemos sino coincidir con el Ministerio Público, cuyas afirmaciones hacemos nuestras y las complementamos con otras argumentaciones.

2.- Para empezar debemos tener presente que la Directiva 98/59/CE del Consejo [20/Julio], relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de despidos colectivos, no resulta aplicable al «sector público», ya que expresamente establece su art. 1.2 que la misma no es aplicable a los trabajadores de las Administraciones Públicas o de las instituciones de Derecho público [o las entidades equivalentes en los Estados miembros en que no conozcan esta noción] (SSTS SG 21/04/15 -rcud 1235/14 -; ... 28/04/15 -rcud 2522/1 -; 07/05/15 -rcud 325/14 -; 20/05/15 -rcud 2273/14 -; y 14/09/15 -rcud 1945/14 -); por lo que en múltiples ocasiones la Sala ha mantenido que en el sector público aquella «disposición comunitaria no ha de jugar papel ninguno -ni siquiera interpretativo-» (así, para el Servicio Andaluz de Empleo, las múltiples sentencias -muchas de Pleno- dictadas en 21/04/15 [-rcud 1235/14 -; - rco

683/14 -;y - rco 683/14 -]; 07/05/15 -rcud 325/14 -; 20/05/15 -rcud 2273/14 -; y SG 20/10/15 -rco 172/14 - FJ 12.3, asunto «Tragsa»).

3.- Por lo que se refiere a la también denunciada situación de abuso que se atribuye al Ayuntamiento por la disolución de «ADESA», hay que tener en cuenta:

a).- Tal como sostiene el Ministerio Fiscal, se trata de una cuestión nueva y como tal resulta inadmisibile en este trámite, por aplicación del el principio de justicia rogada [epígrafe VI de la EM de la LECiv; art. 216 del mismo cuerpo legal], del que es consecuencia (recientes, SSTS SG 03/12/14 -rco 201/13 -, para la Fundación «SVE»; 18/12/15 -rco 25/15 -; 22/04/16 -rco 168/15-, asunto «CAM »; 30/03/16 -rcud 2797/14-, asunto «Ciegsa »; y 14/09/16 -rco 247/15 -, para «Asociación Catalana de Remolcadores»).

b).- Añadamos que con el novedoso planteamiento parece sostenerse -con escasa razonabilidad- que las AAPP sufraguen obligadamente -y sin límite temporal- las empresas públicas deficitarias, con olvido de que el marco general del que debe partirse en el análisis de los despidos colectivos producidos en el sector público «no es otro sino la obligación de "equilibrio presupuestario" que la Constitución Española [art. 135.2], tras la trascendental reforma del 27 de septiembre de 2011, impone a las Entidades Locales de forma expresa y categórica ["...deberán presentar..."]» (STS SG 18/02/14 -rco 59/13-, asunto «Ayuntamiento de La Oliva», FJ 3), y que posteriormente desarrolla la Ley 27/2013 [27/Diciembre], de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local.

c).- En todo caso, la disolución de la sociedad venía impuesta -como se razona en el FJ sexto de la sentencia recurrida- por la no negada situación económica negativa y por la directa aplicación de la DA Novena de la Ley 7/1985 [2/Abril], reguladora de las Bases del Régimen Local.

d).- Asimismo, puesto que «ADESA» pertenece al «sector público», pero no tiene la consideración de Administración Pública propiamente dicha, en la conceptualización de la causa económica legitimadora del DC habrá de estarse a las previsiones del art. 51 ET y del párrafo primero de la DA Vigésima ET , entendiéndola concurrente por «la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas», y habrá de prescindirse de la definición que sobre aquella causa -la económica- se contiene el párrafo segundo de la misma Disposición Adicional, exclusivamente aplicable al sector público con cualidad de Administración Pública [art. 3.2 LCSP] (SSTs 10/05/16 -rcud 3540/14 -; 10/05/16 -rcud 3541/14 -; 19/05/16 -rcud 3971/14-, asunto «Ade Internacional Excal, SA »; y 01/06/16 -rcud 3111/14-, asunto «Ade Internacional Excal, SA »).

4.- Finalmente hemos de rechazar la pretensión de que la nulidad del DC viene impuesta por la ausencia de los datos económicos relativos al Ayuntamiento, quien -en tanto que empresario real o dominante- debiera haber sido parte en el PDC. El planteamiento se basa en dos voluntaristas consideraciones que no podemos aceptar: a) que la entidad municipal ha hecho un «uso instrumental fraudulento» de la empresa pública demandada; y b) que ambas demandadas «componen un peculiar "grupo de empresas"», o que cuando menos el Ayuntamiento es la «sociedad dominante» que «marca las políticas, las instrucciones, la totalidad de la gestión de la demandada...».

Con la primera de las consideraciones el recurso vuelve a incidir -sin referirse a ello expresamente- en su planteamiento de la cesión ilegal de trabajadores, ya rechazada, y por ello no está precisada de ninguna otra argumentación, bastando las más arriba ya dadas. Y con su segundo planteamiento -posición preeminente del Ayuntamiento frente a la sociedad demandada- la parte recurrente pasa por alto el significado instrumental de las empresas públicas, que tuvieron origen -precisamente- en el ámbito local para la prestación de servicios públicos y que con carácter general cuentan con la habilitación que les otorga el art. 128.2 CE , y en cuyo régimen jurídico

ha de destacarse -tratándose de sociedades en las que el capital es de íntegra titularidad de la entidad local- que se trata de una forma de gestión directa de servicios públicos de competencia local [art. 85.3.b) LRRL], pese a lo cual que la sociedad creada se rige íntegramente por el ordenamiento jurídico privado [art. 85 ter LBRL]. Y aunque la dirección corresponde a propia Corporación municipal en los términos que describen los arts. 90 a 94 del RSCL [Decreto 17/Junio/55], este dato para nada consiente imputar a esa relación corporación/sociedad la cualidad de «empresa de grupo», con todas las consecuencias laborales que ello comporta [entre otras la aquí pretendida en el PDC] y que son propias de las empresas privadas, pues de lo contrario se reduciría en no escasa medida la razón de ser y eficacia de las sociedades mercantiles públicas, a la par que indirectamente se vulneraría de forma toda la normativa que las regula.

SÉPTIMO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a rechazar el recurso de casación interpuesto y a confirmar íntegramente la sentencia recurrida. Lo que acordamos sin imposición de costas [art. 235.1 LRJS].

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de Don Raúl, Dª Eva y Dª Patricia. 2º.- Confirmar la sentencia dictada por el TSJ de Madrid en fecha 28/Septiembre/2016 [autos 481/16], que desestimó la demanda interpuesta por despido colectivo frente al AYUNTAMIENTO DE ARANJUEZ y la empresa pública «ARANJUEZ DESARROLLO Y EMPLEO», a los que absolvió. 3º.- No imponer costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

2-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE JULIO DE 2017
NÚMERO DE RECURSO 32/2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por la representación de D^a. Margarita , D. Cesar y D. Gumersindo (Comisión de Representantes de los Trabajadores), se interpuso demanda de Impugnación de Despido Colectivo, de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dictara sentencia por la que:

«A.- La nulidad de la decisión extintiva impugnada, con las consecuencias legales y económicas derivadas de dicha nulidad.

B.- De forma subsidiaria, para el supuesto de no estimarse la nulidad, declare NO AJUSTADA A DERECHO la repetida decisión, con las consecuencias legales y económicas derivadas de dicha declaración».

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó en la misma, oponiéndose la demandada según consta en Acta. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 26 de octubre de 2016 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva:

«Estimando parcialmente la demanda de despido colectivo interpuesta por DOÑA Margarita , DON Cesar , DON Gumersindo integrantes de la comisión representativa de los trabajadores de RUMASA SAEL, contra RUMASA SA, RUMASA SAEL, y COFIVACASA SAU, declaramos no ajustado a derecho el despido colectivo impugnado y condenamos a las empresas codemandadas dentro de sus respectivas responsabilidades, a estar y pasar por tal declaración, desestimando la petición de nulidad de lo que absolvemos a las demandadas. Sin costas».

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- Con Fecha 9 de mayo de dos mil dieciséis, se inició expediente de despido colectivo que afectaba a la totalidad de plantilla de Rumasa SA, Rumasa SAEL, siendo el número de trabajadores ocho (Hecho no controvertido).-

SEGUNDO.- Al no contar con ningún órgano de representación de los trabajadores y previa la correspondiente convocatoria y elección, se nombró por acuerdo de los trabajadores de la empresa, como integrantes de la Comisión de Representantes de los Trabajadores, en adelante (CRT) a Doña Margarita , a Don Cesar y Don Gumersindo . (Hecho no controvertido).-

TERCERO.- Por Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 13 de noviembre de dos mil trece, se autorizó la extinción de la Sociedad Estatal Rumasa SA (doc. Nº 2 de los aportados por las demandadas).-

CUARTO.- En la sesión del Consejo de Administración de Rumasa SA de fecha 24 de septiembre de dos mil quince, se procedió al cese en el cargo de consejera de Doña Berta, nombrando, para igual cargo Doña Joaquina. (Doc. Nº 5 de los aportados por la demandada).-

QUINTO.- La Junta General Extraordinaria y Universal de Rumasa SA de fecha 24 de noviembre de 2015 acordó la disolución de la sociedad, el nombramiento como liquidador social único, a la empresa COFIVACASA SAU. Se aprueba, así mismo, que se añada a la denominación de Rumasa SA, la expresión en liquidación: Rumasa SAEL, cesando en su cargo, a los administradores. (Doc. Nº 3 de los aportados por las demandadas).-

SEXTO.- El único accionista actual de Rumasa S.A. y Rumasa SAEL, es el Estado Español. (Hecho no controvertido).-

SÉPTIMO.- Con fecha 24 de mayo de dos mil dieciséis, se celebró la primera reunión inicial del periodo de consultas, entre la empresas COFIVACASA SAU, y la Comisión Representativa de los Trabajadores, (CRT), entregando a los mismos, la memoria explicativa de las causas productivas que motivaban la causa de extinción y el resto de la documentación que la empresa entendía justificaba la decisión (Doc. 8 del ramo de prueba de las demandadas que se tiene por reproducido).-

OCTAVO.- En la segunda reunión del periodo de consultas celebrada con fecha 31 de mayo de dos mil dieciséis, a preguntas de los representantes de las empresas, los representantes de los trabajadores manifestaron que no observaban que faltase ningún documentos de los exigidos legalmente y que tampoco solicitan ampliación de información, respecto de ninguno de los documentos o materias, que pudieran afectar al despido colectivo. (Doc. Nº 8 de los aportados por las demandadas).-

NOVENO.- Con fecha seis de junio de dos mil dieciséis, se celebra nueva reunión en la que se manifiesta por la representación de los trabajadores que en asamblea habían rechazado la última oferta realizada por la empresa, con aportación por la empresa de los documentos que se reflejan en el acta que damos por reproducida (Doc. Nº 8 de los aportados por las demandadas).-

DÉCIMO.- Con fecha nueve de junio de dos mil dieciséis, se extiende Acta final del periodo de consultas del despido colectivo, dándose por concluido el mismo, sin acuerdo. (Doc. Nº 8 de los aportados por las demandadas).-

UNDÉCIMO.- En el informe de la Inspección de Trabajo de fecha uno de julio de dos mil dieciséis, se recogen entre otros extremos, que de la documentación obrante en el expediente, se cumple con las formalidades exigidas y procedido a la subsanación, que en su día se había requerido. (Doc. Nº 11 de los aportados por las demandadas).-

DUODÉCIMO.- Con fecha 8 de marzo de mil novecientos ochenta y ocho, el Director General de Rumasa SA, Don Carlos Miguel , dirige escrito al Presidente del Comité de Empresa de Rumasa SA carta cuyo contenido es del siguiente tenor:

"Muy Sr. Nuestro. A partir de esta fecha, y siempre que se tenga que ir reduciendo la plantilla por necesidades organizativas, la empresa garantiza en estos casos, una indemnización de 60 días por año de servicios y dos meses de salarios de tramitación,(el cálculo del baremo indemnizatorio se efectuará computando dentro del salario regulador el importe de la comida y dividiendo dicho salario por el año comercial) sin límite máximo en dicha indemnización y un mínimo de 1.250 . Esta carta anula la anterior de 16 de julio de 1985".- (Doc. Nº 1 de los demandantes y Doc. Nº 8 de las demandadas).-

DÉCIMOSEGUNDO.- La anterior comunicación se emite dentro de un proceso de bajas voluntarias en la empresa (prueba testifical de Don Carlos Miguel).

DECIMOTERCERO.- Los trabajadores que querían cesar voluntariamente en la empresa negociaban su salida, llegando a acuerdos indemnizatorios con la empresa, que no siempre eran conformes a los criterios señalados en la carta anteriormente trascrita. (Prueba testifical de Don Bienvenido, y Doc. N° 24 25 y 26 de la prueba de la demandada).-

DECIMOCUARTO.- Tras la expropiación de Rumasa SA por el Gobierno Español en 1983, la actividad de la misma se modificó quedando limitado su objeto a dos actividades básicas, la relativa al proceso de privatización, que duró hasta el año 1990 y tras esta fecha actividad de la compañía quedo centrada en la gestión de pleitos interpuestos tras la expropiación y a la administración de los inmuebles y demás activos financieros que aún se mantienen en la actualidad y que a la fecha no están liquidados, para lo cual permanecen en la empresa 9 trabajadores en la Cía frente a los 65.000 inicialmente a la fecha de la expropiación. (Informe pericial doc. N° 13 de los aportados por las demandadas).-

DECIMOQUINTO.- De los nueve trabajadores, el Presidente fue cesado en noviembre de 2015, los ocho restantes, vienen realizando las funciones de director de ventas, un director de administración , dos documentalistas, un jefe de contabilidad, un ayudante de contabilidad, y dos secretarias, con las tareas que se describen en el Informe Pericial (Doc. nº 13 folio 399, prueba de las demandadas)

DECIMOSEXTO.- Rumasa SA- Rumasa SAEL ha procedido a cesar a los ocho trabajadores (hecho no controvertido).-

DECIMOSÉPTIMO.- El activo de RUMASA SA y de RUMASA SAEL; a fecha 24 de noviembre de dos mil quince, asciende a 160.453.596,14 euros (CIENTO SESENTA MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y TRES QUINIENTOS NOVENTA Y SEIS, CATORCE EUROS).-

DECIMOCTAVO.- Los procedimientos legales que la Cía. Rumasa SA tenía pendientes judicialmente han venido disminuyendo desde 1993, habiéndose registrado en el ejercicio 2001, un total de 107 pleitos vivos, en el 2010, quedaban 14, habiéndose dictado sentencia firme del último pleito interpuesto en abril de 2014. (Informe Pericial Doc. Nº 13 de los aportados por las demandadas)-

DECIMONOVENO.- Se tienen por expresamente reproducidos el contenido de los documentos que se han reseñado en el precedente relato fáctico».

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de RUMASA, SAEL, en el que se alega los siguientes motivos: «1º.- Al amparo del apartado e) del artículo 207 de la LRJS , por considerar que la Sentencia infringe el artículo 363.1.a) y b), el artículo 371.1 y la sección tercera (en particular , artículos 383 a 387) del capítulo II del Título X del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, al exigir que "toda" la actividad empresarial debe haber cesado "total" y "completamente" en la fase de liquidación societaria, apoyatura argumental sobre la que se construye la Sentencia. Igualmente, por vulneración del artículo 38 de la Constitución, íntimamente conectado con lo anterior. 2º.- Al amparo del apartado e) del artículo 207 de la LRJS, por considerar que la Sentencia infringe la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en relación con la interpretación de la proporcionalidad y racionalidad de la medida de despido colectivo, así como el artículo 51 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores».

El recurso fue impugnado por la representación legal de la Comisión de Representantes de los Trabajadores.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y admitido el recurso de casación, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debe ser estimado, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 12 de julio de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- Por la representación letrada de la mercantil RUMASA, Sociedad Anónima en Liquidación (en adelante RUMASA, SAEL) se formula el presente recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de octubre de 2016 dictada en el procedimiento nº 682/2016 sobre despido colectivo que estimó parcialmente la demanda presentada por los integrantes de la Comisión Negociadora que fueron elegidos por los trabajadores para negociar en su representación durante el período de consultas y que declaró el despido no ajustado a derecho.

El recurso que se articula en dos motivos que denuncian infracciones de normas del ordenamiento jurídico ha sido impugnado de contrario e informado por el Ministerio Fiscal que interesa su estimación.

2.- De las diversas circunstancias que constan en los antecedentes de hecho de esta resolución, interesa destacar, ahora, para la mejor comprensión del recurso y de este pronunciamiento las siguientes:

a) Por Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 13 de noviembre de dos mil trece, se autorizó la extinción de la Sociedad Estatal Rumasa SA. Su único accionista es el Estado español.

b) La Junta General Extraordinaria y Universal de Rumasa SA de fecha 24 de noviembre de 2015 acordó la disolución de la sociedad, el nombramiento como liquidador social único, a la empresa COFIVACASA SAU. Se aprobó, asimismo, que se añadiera a la denominación de Rumasa SA, la expresión en liquidación: Rumasa SAEL, cesando en su cargo, a los administradores.

c) Con Fecha 9 de mayo de dos mil dieciséis, se inició expediente de despido colectivo que afectaba a la totalidad de plantilla de Rumasa SAEL, siendo el número de trabajadores ocho.

d) Al no contar con ningún órgano de representación de los trabajadores y previa la correspondiente convocatoria y elección, se nombró por acuerdo de los trabajadores de la empresa a una Comisión formada por tres trabajadores cuya legitimación nunca se discutió y siempre fue admitida tanto en la fase de las consultas del despido colectivo como en su posterior impugnación procesal.

e) Con fecha nueve de junio de dos mil dieciséis, se extiende Acta final del periodo de consultas del despido colectivo, dándose por concluido el mismo, sin acuerdo. El despido colectivo se llevó a cabo y fueron cesados los ocho trabajadores integrantes de la plantilla de la empresa.

f) Tras la expropiación de Rumasa SA por el Gobierno Español en 1983, la actividad de la misma se modificó quedando limitado su objeto a dos actividades

básicas, la relativa al proceso de privatización, que duró hasta el año 1990 y tras esta fecha la actividad de la compañía quedó centrada en la gestión de pleitos interpuestos tras la expropiación y a la administración de los inmuebles y demás activos financieros.

3.- La sentencia recurrida, tras desestimar diversas causas de nulidad formuladas por la comisión impugnante del despido colectivo, en su fundamentación jurídica aprecia la existencia de causa de disolución de la sociedad pero entiende que la misma es insuficiente por si misma para considerar la concurrencia de causa en el despido colectivo ya que entiende que "si bien es cierto que la empresa puede decidir su cierre y su liquidación, en el ejercicio del derecho a la libertad de empresa contemplado en el artículo 38 CE , para que pueda acogerse a los supuestos de despido colectivo y con ello a la ventaja en la minoración de la indemnización que ello supone, debe de concurrir las causas previstas en el citado artículo 51.1 ET en relación con el artículo 1.2 del Real Decreto anteriormente reseñado" (en referencia al RD 1483/2012, de 29 de octubre por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada -en adelante: RPDC-). Ello, no obstante, la sentencia de la Sala de Madrid entiende concurrentes causas productivas. Ahora bien, considera que, al no haberse probado que, con posterioridad a los acuerdos de disolución y liquidación se haya producido un cese efectivo de toda la actividad, la causa hubiera podido justificar el cese de parte de la plantilla por sobredimensionamiento, pero no el cese total de la plantilla, por lo que declara el despido no ajustado a derecho.

SEGUNDO.- 1.- Como se avanzó, el único recurso formulado por la representación letrada de la mercantil RUMASA SAEL se articula a través de dos motivos que, con amparo procesal en el apartado e) del artículo 207 LRJS , denuncian infracción de normas del ordenamiento jurídico. Así, el primero de los motivos denuncia infracción de los artículos 363.1 a) y b), el artículo 371.1 y la sección tercera (en particular artículos 383 a 387) del Capítulo II del Título X de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC). Igualmente vulneración del artículo 38 CE . Combate la

recurrente el argumento central de la sentencia recurrida relativo a la falta de proporcionalidad y razonabilidad de los efectos subjetivos del despido colectivo por comprender a todos los trabajadores y no únicamente a los necesarios preservando los contratos de trabajo necesarios para atender la actividad residual de la empresa. Para ello, con apoyo en los preceptos cuya infracción se denuncia, el recurrente diferencia entre actividad social y actividad puramente liquidadora, de suerte que una vez nombrado liquidador y transformada la entidad en una sociedad en liquidación, el único objeto que resta es el constituido por las operaciones necesarias para lograr su liquidación y extinción. El período de liquidación societaria se caracteriza, precisamente, por la realización de cuantas actividades resulten necesarias para lograr, la extinción de la personalidad jurídica, lo que exigirá cierta actividad que, se insiste, está dirigida, de manera exclusiva a la liquidación de la sociedad.

2.- El segundo de los motivos del recurso se dirige a denunciar la infracción de la doctrina jurisprudencial, plasmada en las sentencias de esta Sala que cita el recurrente, relativa a la interpretación de la racionalidad y proporcionalidad de la medida de despido colectivo, así como del artículo 51 ET . Considera la recurrente que en el juicio de razonabilidad efectuado por la sentencia combatida no se han tenido en cuenta las especiales circunstancias que concurren en el caso examinado, especialmente, las derivadas de la fase liquidatoria en la que se encontraba la sociedad; y que, en todo caso, la medida adoptada por la empresa es razonable en términos de gestión empresarial, teniendo en cuenta además que dada la reducidísima dimensión de los trabajos subsistentes en la fase de liquidación, la empresa hubiera incumplido, respecto de los trabajadores cuyos contratos no se hubieran extinguido, la obligación de proporcionar trabajo efectivo (artículo 4.2 a ET):

Como resulta fácilmente deducible el examen de los dos motivos pone de relieve que su contenido es complementario pues desde perspectivas diferentes -normativa y jurisprudencial- ambos combaten el juicio de razonabilidad y proporcionalidad

efectuado por la sentencia combatida en relación con el alcance del despido colectivo en relación a los trabajadores afectados.

TERCERO.- 1.- El análisis del recurso exige examinar la causa de extinción del contrato de trabajo prevista en el artículo 49. 1 g) ET según la que el contrato de trabajo se extinguirá "por extinción de la personalidad jurídica del contratante", supuesto en el que según el mencionado precepto "deberán seguirse los trámites del artículo 51". Previsiones que completa el RPDC que en su artículo 30 dispone que «Según lo previsto en el artículo 49.1.g) del Estatuto de los Trabajadores , la extinción de relaciones de trabajo por extinción de la personalidad jurídica del contratante se regirá por el procedimiento establecido en el capítulo I del Título I de este Reglamento incluidas las disposiciones relativas a las medidas sociales de acompañamiento y al plan de recolocación externa».

La lectura de los preceptos legales y reglamentario aludidos evidencian que estamos en presencia de una causa extintiva eficaz por si misma -la extinción o desaparición de la persona jurídica contratante-, si bien para hacerla valer -a semejanza de lo que ocurre con la fuerza mayor- debe seguirse el correspondiente procedimiento de despido colectivo. De esta suerte, la remisión que al artículo 49.1 g) ET efectúa al 51 se limitaría a las cuestiones procedimentales y no a las causales puesto que la causa de este supuesto extintivo sería autónoma de las establecidas en el artículo 51.1 ET . Sobre esta relevante cuestión se ha pronunciado el pleno de la Sala en su STS de 3 de diciembre de 2014 (Rec. 201/2013) en la que con cita de algunos precedentes (SSTs de 26 de junio de 2014 -rec. 219/2013 ; de 17 de febrero de 2014, rec. 142/2013 y de 23 de septiembre de 2014, rec. 309/2013 -) estableció la doctrina que puede articularse de la siguiente forma:

A) La extinción de la personalidad jurídica es una legítima causa de extinción del contrato de trabajo prevista legalmente.

B) "Hay que excluir que, bajo el manto protector de la que es una causa legítima -la extinción de la personalidad- encuentren cobijo decisiones extintivas formalmente amparadas en la referida causa que en el fondo obedecen a intereses que no deben gozar de la misma protección normativa, de manera que con tal proceder se incurra en el referido fraude de Ley o en el abuso del Derecho. Sería precisamente el supuesto de la disolución de la sociedad acordada por la Junta General de accionistas (art. 368 LSC) sin que mediase más motivación que la exclusiva voluntad societaria, y la denuncia del contrato en sociedades personalistas (art. 224 CdC), supuesto en el que la válida extinción colectiva de los contratos que pudiese pretenderse no vendría automáticamente determinada por la previa desaparición jurídica de la sociedad, pese a dicción legal (art. 49.1.g ET), sino que esa eficaz finalización contractual requeriría necesariamente la concurrencia -acreditada en forma- de alguna de las causas previstas en el art. 51 ET". Es decir para que pueda aplicarse plenamente la causa extintiva consistente en la extinción de la personalidad jurídica de la empresa contratante es necesario que la disolución de la sociedad responda a criterios legales objetivos y no a la mera conveniencia de la propia entidad o de sus socios como fórmula de extinción contractual ad nutum.

C) "Los restantes supuestos de extinción de la personalidad jurídica se basan en causas legales, en principio, tan alejadas de las razones del artículo 51 ET , que llevan a considerar: a) de un lado, que -ontológicamente hablando- si tal causa legal se viese a su vez precisada de otra causa ajena a los supuestos que reglamentariamente la integran [la causa subordinada], con ello vendría a desmentirse la cualidad causal que la norma atribuye a la primera; o lo que es lo mismo, si se proclama por Ley que la extinción de la personalidad jurídica es causa extintiva del contrato de trabajo de sus empleados (así• lo sostiene taxativamente el art. 49.1.g) ET), una elemental lógica impone que para validar tal extinción no pueda ser exigible -salvo supuestos abusivos o fraudulentos, como el ya referido- que aparte de la concurrencia de las que por Ley comportan la extinción de la personalidad jurídica, sea igualmente necesaria la existencia de otras causas ajenas que también para la norma son determinantes de la

valida extinción contractual (más en concreto, las tan referidas del art. 51 ET); b) en similar orden de ideas, si tales «causas» comportan por Ley la obligatoria extinción de la personalidad jurídica (art. 31 Ley de Fundaciones : «la fundación se extinguirá• »; art. 363 LSC: «la sociedad de capital deberá• disolverse...»; art. 221 Cd C «Las compañías, de cualquier clase que sean, se disolverán totalmente...»; art. 222 CdC: «Las compañías colectivas y comanditarias se disolverán, además...») y en consecuencia también por ley se impone el subsiguiente cese de la actividad empresarial desarrollada, una elemental lógica lleva a entender que el despido de los trabajadores no puede verse necesitado -por regla general- de causa suplementaria alguna, y bastara• para la validez de tal despido -como expresamente dispone el art-. 49.1.g) ET - la desaparición de la personalidad jurídica; y c) pero este planteamiento no significa que haya de excluirse el control judicial sobre la validez de la extinción de la personalidad jurídica, antes bien en sede de los Tribunales puede -y debe- apreciarse que en la génesis de las «causas legales» de la obligada extinción de la personalidad pudiera haber concurrido fraude de ley o uso abusivo del derecho, en términos tales que por sí solas aquellas causas -así• viciadas- no puedan entenderse justificativas del despido colectivo, supuesto en el cual la decisión de extinguir los contratos de trabajo habría de declararse nula o no ajustada a derecho (art. 124.11 LRJS), a menos que simultáneamente se invocasen y acreditasen razones económicas, productivas u organizativas en los términos que describe el art. 51 ET.

2.- La sentencia recurrida no opone excepción alguna a la concurrencia de válida causa de disolución de la sociedad que considera concurrente y sobre cuya realidad y pertinencia no se discute. En efecto, tras el acuerdo del Consejo de Ministros que autorizó la extinción de la Sociedad Estatal RUMASA, S.A., la Junta General de Accionistas acordó: la disolución de la Sociedad; el nombramiento como liquidador social único a la empresa COFIVACASA SAU; añadir a la denominación social la expresión "en liquidación" y cesar a los administradores. La disolución de la sociedad se basó en el apartado b) del artículo 363.1 LSC que establece la obligación de disolverse la sociedad ("La sociedad de capital deberá disolverse") en el supuesto de "conclusión de la empresa que constituya su objeto". Estamos, por tanto, en presencia de una causa

legal de disolución que opera por la desaparición del objeto social; en este caso concreto, porque la actividad que constituía aquél objeto había concluido en la medida en que habían finalizado todos los pleitos cuya gestión constituía el cometido principal de la sociedad y, con la liquidación, se iban a realizar los escasos bienes inmuebles y activos financieros que conservaba la entidad, cuya administración dejaba de tener sentido alguno. Ningún reproche, por tanto, cabe efectuar a la concurrencia de causa legal de disolución -que ni siquiera resulta cuestionada en la sentencia-, por lo que, en aplicación de nuestra propia doctrina habría que entender concurrente la causa.

Resulta, además, que la sentencia combatida expresamente avala la concurrencia de causa productiva al considerar que el descenso de la cantidad de servicios a prestar origina un desequilibrio entre las exigencias productivas de la empresa y la mano de obra que obliga al empresario a poner fin al sobredimensionamiento de la plantilla, ajustándola a las necesidades reales de trabajo. Y es, en este punto, donde radica el fundamento básico sobre el que el fallo de la sentencia se apoya: la consideración de que no ha quedado acreditado que la innegable concurrencia de causa productiva -que, como ha quedado dicho, la sentencia entiende producida por un descenso en la actividad empresarial- amparase la necesidad de extinción de los contratos de todo el personal porque no se ha probado que se haya producido un cese total de la actividad de la empresa pues el hecho de que se esté en un proceso de liquidación cuya finalización aun no consta no presupone un cese en la actividad.

CUARTO.- 1.- La LSC dispone, entre otras precisiones, que "la disolución de la sociedad abre el período de liquidación", que "la sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza. Durante ese tiempo deberá añadir a su denominación la expresión «en liquidación»" (artículo 371 LSC). Igualmente prevé que "a los liquidadores corresponde concluir las operaciones pendientes y realizar las nuevas que sean necesarias para la liquidación de la sociedad" (artículo 384 LSC). Y, también, que "a los liquidadores corresponde percibir los créditos sociales y pagar las deudas sociales" (artículo 385 LSC) y que "deberán

enajenar los bienes sociales" (artículo 387 LSC). De tales preceptos y, en general de las previsiones de la LSC en punto a la disolución y liquidación de la sociedad se desprende que, existiendo causa legal de disolución, la sociedad debe extinguirse para lo que se deben realizar las operaciones necesarias en orden a su liquidación mediante la realización de créditos, el pago de las deudas, la realización del activo material mobiliario e inmobiliario y el reparto del sobrante entre los socios. En este marco, resulta evidente que la extinción de los contratos de los trabajadores de la empresa en liquidación y el abono de las correspondientes indemnizaciones y conceptos salariales que pudieran generarse constituyen unas operaciones intrínsecas a la de liquidación de la sociedad que, necesariamente, deberán ser llevadas a cabo por los liquidadores como parte de la obligación que la ley les impone.

Consecuentemente, la argumentación según la que en los casos de liquidación de la sociedad, consiguiente a su disolución, la causa extintiva del artículo 49.1 g) ET consistente en la extinción de la personalidad de la contratante no opera si no se acredita el cese total de las actividades liquidatorias no resulta ajustada a derecho. En efecto, concurrente causa legal, la disolución de la sociedad deviene imperativa por ministerio de la ley (artículo 361 LSC) y, acordada la misma por el órgano competente (la Junta General de accionistas) con nombramiento de liquidadores, la sociedad carece de actividad entendida como cumplimiento de su objeto social -más aún en un supuesto como el de autos en el que la disolución se debe, precisamente, a la conclusión de la empresa que constituía su objeto-. Consecuentemente, concurre la causa extintiva del artículo 49.1.g) lo que determina que los liquidadores tengan la obligación -en cumplimiento de las exigencias establecidas por la LSC- de tramitar el correspondiente despido colectivo para hacer efectiva la causa extintiva de los contratos de trabajo que subsistan en la empresa. Por tanto, salvo supuestos de fraude -que no han sido alegados ni, tampoco, acreditados en el presente supuesto- la disolución de la sociedad llevada a cabo legalmente implica, de suyo, la concurrencia de la mencionada causa extintiva que, en principio, afecta a todos los contratos de trabajo que subsistan en el momento de la disolución.

La LSC no contempla en modo alguno que el liquidador continúe con la actividad de la empresa mientras realiza las actividades normativamente previstas a tal fin; antes bien al contrario, la liquidación es una actividad económica distinta de la que constituía la propia actividad económica de la empresa disuelta. Desde el punto y hora en que la sociedad deja de operar porque se ha acordado su disolución por finalización de las actividades que constituían su objeto social, se ha nombrado a los liquidadores y, por ministerio de la ley, se ha transformado en una sociedad en liquidación, hay que considerar concurrente la causa extintiva, cuya ejecución debe ser llevada a cabo por los liquidadores en el momento que estimen más oportuno para la mayor satisfacción de los intereses derivados de las operaciones liquidatorias que llevan a cabo.

2.- Lo expuesto conduce, tal como interesa el documentado informe del Ministerio Fiscal, a la estimación del recurso y, en consecuencia, a casar y anular la sentencia recurrida lo que comporta la desestimación de la demanda y la declaración de que el despido impugnado resulta ajustado a derecho.

3.- Sin embargo, los ahora recurrentes cuando formalizaron su demanda alegaron, respecto de la cuantía de la indemnización, la existencia en la empresa de una condición más beneficiosa según la que la indemnización que les correspondería sería la resultante del cálculo sobre la base de sesenta días por año de servicio. Es cierto que en el suplico no efectuaron petición concreta al respecto, pero resulta evidente que una hipotética desestimación de las solicitudes de declaración de nulidad o de no ajustado a derecho del despido, hubieran podido obligar al tribunal de instancia a resolver sobre la cuantía de la indemnización. La sentencia recurrida dejó imprejuizada tal cuestión sobre la base de que en el procedimiento de despido colectivo no se debía entrar a valorar sobre la indemnización que a cada uno de los trabajadores le pudiera corresponder. Tal decisión no ha sido puesta en cuestión ni por los recurrentes ni por los impugnantes del recurso, por lo que esta Sala no puede entrar a resolverla al no ser cuestión discutida en esta sede casacional.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: 1.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la empresa RUMASA, SAEL, representada y asistida por el letrado D. Miguel Ángel Buján Brunet, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 26 de octubre de 2016, dictada en autos número 682/2016, en virtud de demanda formulada por D^a. Margarita, D. Cesar y D. Gumersindo, contra Rumasa, SA; Rumasa SAEL; y Cofivacasa SAU, sobre Impugnación de Despido Colectivo; sentencia que casamos y anulamos. 2.- Desestimar la demanda formulada por D^a. Margarita, D. Cesar y D. Gumersindo, contra Rumasa, SA; Rumasa SAEL; y Cofivacasa SAU, sobre Impugnación de Despido Colectivo, despido que declaramos ajustado a derecho. 3.- No efectuar declaración alguna sobre imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR:

VOTO PARTICULAR que formula el Excmo. Sr. Magistrado Don Jordi Agustí Julia, al que se adhieren las Excmas. Sras. Doña M^a. Luisa Segoviano Astaburuaga y Doña Rosa María Virolès Piñol.

Haciendo uso de la facultad conferida por el art. 260.2 LOPJ, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación ordinaria 32/2017, al discrepar -siempre con la mayor consideración y respeto -, del criterio adoptado por la mayoría de la Sala, en el sentido de estimar el recurso interpuesto por la representación letrada de la mercantil RUMASA, SAEL, y consiguiente casación y anulación de la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid recurrida -la cual había estimado parcialmente la demanda de despido colectivo interpuesta por la

comisión representativa de los trabajadores interesando la nulidad del despido, declarando no ajustado a derecho el despido colectivo impugnado, con la condena a pasar por tal declaración-, cuando en mi parecer, el citado recurso debió ser rechazado, y por ende, la sentencia de instancia, confirmada.

Fundo el presente voto particular en los siguientes antecedentes y consideraciones jurídicas:

PRIMERA.-LA NARRACIÓN FÁCTICA DE LA SENTENCIA DE INSTANCIA NO HA SIDO CUESTIONADA EN EL RECURSO.

1. La recurrente acepta -en cuanto en momento alguno lo cuestiona- el relato fáctico de la sentencia de instancia. Pues bien considero relevantes a efectos de la cuestión controvertida -interpretación y aplicación de los artículos 49.1.g) y 51 ET - , los siguientes hechos probados:

A) Con Fecha 9 de mayo de dos mil dieciséis, se inició expediente de despido colectivo que afectaba a la totalidad de plantilla de Rumasa SA, Rumasa SAEL, siendo el número de trabajadores ocho,.

B) Por Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 13 de noviembre de dos mil trece, se autorizó la extinción de la Sociedad Estatal Rumasa SA,.

C) La Junta General Extraordinaria y Universal de Rumasa SA de fecha 24 de noviembre de 2015 acordó la disolución de la sociedad, el nombramiento como liquidador social único, a la empresa COFIVACASA SAU. Se aprueba, así mismo, que se añada a la denominación de Rumasa SA, la expresión en liquidación: Rumasa SAEL, cesando en su cargo, a los administradores.,

D) Tras la expropiación de Rumasa SA por el Gobierno Español en 1983, la actividad de la misma se modificó quedando limitado su objeto a dos actividades básicas, la relativa al proceso de privatización, que duró hasta el año 1990 y tras esta fecha actividad de la compañía quedó centrada en la gestión de pleitos interpuestos tras la expropiación y a la administración de los inmuebles y demás activos financieros que aún se mantienen en la actualidad y que a la fecha no están liquidados, para lo cual permanecen en la empresa 9 trabajadores en la Cía frente a los 65.000 inicialmente a la fecha de la expropiación,.

E) De los nueve trabajadores, el Presidente fue cesado en noviembre de 2015, los ocho restantes, vienen realizando las funciones de director de ventas, un director de administración, dos documentalistas, un jefe de contabilidad, un ayudante de contabilidad, y dos secretarias, con las tareas que se describen en el Informe Pericial.,

F) Rumasa SA- Rumasa SAEL ha procedido a cesar a los ocho trabajadores,.

2. Y estos datos fácticos declarados expresamente probados, se complementan y refuerzan con apreciaciones asimismo de carácter fáctico que constan en los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia, pero con valor de hecho probado, como reiteradamente ha venido señalando, inveteradamente, la jurisprudencia de esta Sala. En este sentido, en el fundamento jurídico de su sentencia, la Sala de instancia efectúa las siguientes afirmaciones:

En el caso que examinamos es cierto y así lo hemos declarado probado que por Acuerdo del Consejo de Ministros y por el Consejo de Administración de RUMASA SA el 14 de octubre de 2015, con asistencia del Estado personificado en la figura del Director General de Patrimonio del Estado, se hizo la propuesta de disolución de

RUMASA SA, pero lo que no se ha probado es que, con posterioridad a dichos acuerdos, se haya producido un cese efectivo de toda la actividad.

Señalamos lo anterior, porque, si bien es cierto, y así se declara probado, que ha existido una disminución de la conflictividad jurídica con dictado de la última sentencia en abril de 2014, no es menos cierto, que el objeto social de la empresa después de su expropiación y tal y como se señala en el informe pericial de las demandadas al cual nos hemos referido en los hechos probados, dentro del objeto social de la Cía también se contemplaba la administración de inmuebles y activos financieros, pues bien, en ningún caso se ha demostrado que se haya procedido al cese total de actividad de la empresa pues se continúa gestionando la administración de los citados inmuebles, recogidos en el informe y de sus activos financieros . Tampoco se ha probado, ni se acredita ni se alega que tales actividades se hayan externalizado, por lo tanto llegamos a una primera conclusión, de que si bien es cierta la existencia de una disminución en la actividad, que venía desempeñando los trabajadores de la empresa RUMASA SA y RUMASA SAEL; pero no el cese total de la actividad.

Así mismo también debemos señalar y en relación con este tema, que las funciones realizadas por los ocho trabajadores a los que se refiere el presente despido, no se centraban exclusivamente en la gestión de servicios jurídicos, sino que también realizaban otras operaciones, tal y como se describe en el informe de referencia (folio 399).- Es cierto que pudiera existir una sobredimensión en la plantilla de la empresa, pero esto no justifica la extinción de la totalidad de los puestos de trabajo, puesto que tal y como se referencia en el informe, algunos de los trabajadores que prestaban sus servicios para las demandadas, como el director de ventas, o administración, este último encargado de las inversiones financieras, no queda acreditado, que sus puestos estén vacíos de contenido , por lo que en ningún caso quedarían justificados el cese de los trabajadores que no prestaban funciones en relación con la actividad judicial de la empresa. En definitiva, si existía una sobredimensión de la plantilla se debería proceder

a su reajuste pero en ningún caso supondría el cese total de todos los trabajadores,. (la cita es textual y las cursivas más).

3. Adviértase que, a pesar de que se acordó la disolución de RUMASA, S.A en fecha 24 de noviembre de 2015, y nombrado como liquidador social único a la empresa COFIVASA, y habiéndose extendido el Acta final del período de consultas del despidos colectivo en fecha 9 de junio de 2016, en la sentencia de instancia se afirma, una y otra vez -con rotundidad- que RUMASA continuó desarrollando parte de su actividad y que ésta la llevaban a cabo los ocho trabajadores despedidos (De los nueve trabajadores, el Presidente fue cesado en noviembre de 2015, los ocho restantes, vienen realizando las funciones de.....) dice gráficamente el hecho probado decimoquinto. Ello, lleva a la Sala de instancia a estimar que no concurre la causa productiva invocada por la empresa para justificar el despido colectivo. Como también advertiremos -y ya adelantamos- todo ello es prácticamente obviado por la mayoría de la Sala en su sentencia.

SEGUNDA.- A TENOR DE LAS NO CUESTIONADAS AFIRMACIONES FÁCTICAS DE LA SENTENCIA DE INSTANCIA, LA MAYORÍA DE LA SALA - en mi opinión- NO INTERPRETA ADECUADAMENTE Y POR ENDE APLICA INDEBIDAMENTE LOS ARTÍCULOS 49.1 g) y 51 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES .

1. Vaya por delante, que la recurrente, en su escrito del recurso -en ninguno de los dos motivos dedicados al examen del derecho, pues como ya se ha dicho no cuestiona los hechos probados- hace la menor referencia al artículo 49.1 g) del ET. En efecto, en el primero de los motivos cita diversos preceptos de la Ley de Sociedades de Capital, y en el segundo cita sentencias de esta Sala en relación con la interpretación de la proporcionalidad y racionalidad de la medida de despido colectivo. Es la mayoría de la Sala la que, en el fundamento jurídico tercero uno de la sentencia, señala que:

TERCERO.- 1.- El análisis del recurso exige examinar la causa de extinción del contrato de trabajo prevista en el artículo 49. 1 g) ET según la que el contrato de trabajo se extinguirá por extinción de la personalidad jurídica del contratante, supuesto en el que según el mencionado precepto ,deberán seguirse los trámites del artículo 51,. Previsiones que completa el RPDC que en su artículo 30 dispone que «Según lo previsto en el artículo 49.1.g) del Estatuto de los Trabajadores, la extinción de relaciones de trabajo por extinción de la personalidad jurídica del contratante se regirá por el procedimiento establecido en el capítulo I del Título I de este Reglamento incluidas las disposiciones relativas a las medidas sociales de acompañamiento y al plan de recolocación externa».

La lectura de los preceptos legales y reglamentarios aludidos evidencian que estamos en presencia de una causa extintiva eficaz por si misma -la extinción o desaparición de la persona jurídica contratante-, si bien para hacerla valer - a semejanza de lo que ocurre con la fuerza mayor- debe seguirse el correspondiente procedimiento de despido colectivo. De esta suerte, la remisión que al artículo 49.1 g) ET efectúa al 51 se limitaría a las cuestiones procedimentales y no a las causales puesto que la causa de este supuesto extintivo sería autónoma de las establecidas en el artículo 51.1 ET. Sobre esta relevante cuestión se ha pronunciado el pleno de la Sala en su STS de 3 de diciembre de 2014 (Rec. 201/2013) en la que con cita de algunos precedentes (SSTS de 26 de junio de 2014 -rec. 219/2013; de 17 de febrero de 2014, rec. 142/2013 y de 23 de septiembre de 2014, rec. 309/2013) estableció la doctrina que puede articularse de la siguiente forma:.....,

2. Sin embargo, lo cierto es que, en el presente caso, la posición mayoritaria de la Sala pretende extraer -y sentar- de la sentencia de 3 diciembre de 2014 (Rec. 201/2013) una doctrina interpretativa de carácter general sobre el artículo 49 1 g) en relación con el artículo 51 ambos del ET, que no es la que esta Sala ha venido estableciendo, y que, desde luego, no viene avalada por la doctrina científica iuslaboralista. Tal doctrina -en opinión de la mayoría de la Sala- se concretaría en

interpretar que la mera extinción de la personalidad jurídica del contratante por sí sola, y sin necesidad de acreditar la desaparición o el cese de la actividad empresarial, implica la extinción válida de los contratos de trabajo de los trabajadores, interpretando que la remisión que el propio artículo 49.1.g) hace al artículo 51 lo es sólo a efectos procedimentales. O dicho de otra manera, el control judicial del despido colectivo en el supuesto de extinción de la personalidad jurídica del contratante se reduciría a los aspectos procedimentales del despido, pero no a la existencia de causa económica, técnica u organizativa suficiente para justificar la extinción. Tal conclusión es, en mi opinión, inaceptable, y ello por siguiente:

A) Se pretende sentar esta doctrina sobre lo resuelto en la sentencia que se cita del Pleno de esta Sala de 3 diciembre de 2014 (Rec. 201/2013). Sin embargo, el examen de dicha sentencia pone de manifiesto que el tema de la extinción de la personalidad jurídica -por cierto allí una Fundación y no como aquí una sociedad anónima- no constituyó la, *ratio esendi*, de la decisión, sino un mero, *obiter dictum*, (reflexiones o consideraciones adicionales fundamento jurídico sexto). En efecto, en el caso resuelto por dicha sentencia se confirma la resolución de instancia, que estimaba acreditadas las causas económicas invocadas para la extinción de los contratos de trabajo;

B) Muy al contrario de lo que la postura mayoritaria afirma, la doctrina aplicable en el presente caso es la contenida en las sentencias del Pleno de esta Sala de 26 de junio de 2014 (recurso 219/2013). Agencia de la Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, y de 23 de septiembre de 2014 (recurso 219/2013) -,Fundación Pedro Laín Entralgo,-. En la primera de dichas sentencias se razona así en los apartados 2 y 3 de su fundamento jurídico cuarto:

2. En el presente caso, tanto en la comunicación inicial del procedimiento de despido colectivo, como en la notificación al representante de los trabajadores del inicio del período de consultas, al igual que en la ,Memoria Explicativa,, la demandada ha aducido como precepto aplicable el artículo 49.1.g) del Estatuto de los Trabajadores,

cuando hace referencia entre otras causas de extinción del contrato de trabajo, a la de la ,extinción de la personalidad jurídica del contratante,, que se habría de producir por la extinción de la APDC, prevista en el artículo 55 del Proyecto de Ley de Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2013.

3. Es en efecto en el art. 49.1.g). del Estatuto de los Trabajadores en donde se establece entre las causas de extinción del contrato de trabajo la constituida por la , extinción de la personalidad jurídica del contratante ,, -contemplada en el propio precepto y apartado en el que, con relación a los empresarios personas físicas y la finalización de su actividad por incapacidad, jubilación o muerte se preceptúa que el contrato de trabajo se extingue , Por muerte, jubilación en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, o incapacidad del empresario, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44, o por extinción de la personalidad jurídica del contratante ,- y que en los casos de muerte, jubilación o incapacidad del empresario, el trabajador tendrá derecho al abono de una cantidad equivalente a un mes de salario ,. Por el contrario, en cuanto a las personas jurídicas, se dispone expresamente que , En los casos de extinción de la personalidad jurídica del contratante deberán seguirse los trámites del artículo 51 de esta Ley ,, es decir, remitiendo, exclusivamente en este supuesto de personas jurídicas, a los trámites del despido colectivo, los que deberán seguirse -cosa que como veremos la demandada no ha efectuado- tanto en su aspecto sustantivo y, en su caso, procesal, con las lógicas adaptaciones oportunas,.

La doctrina de esta sentencia de 26/06/2014, reflejada en la segunda de las citadas 23/04/014, que refiere la necesidad de que en los supuestos de extinción de la personalidad jurídica del contratante deben seguirse los trámites del despido colectivo, tanto en su aspecto sustantivo y, en su caso, procesal, , con las lógicas adaptaciones oportunas ,, permite ajustar a cada caso concreto la exigencia de que, además de la referida extinción de personalidad, concorra alguna/s de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción definidas en el art. 51 ET al que se remite el citado art. 49.1.g) ET. -aquí la causa productiva es la alegada para el despido- y

determinar si concurre o no la causa con las consecuencias a ello inherentes (nulidad, justificación o injustificación); y,

C) Finalmente, estimo que la posición mayoritaria podría conducir a entender que -salvo supuestos de concurrencia de fraude de ley o uso abusivo del derecho, que se excepcionan en la sentencia- en el caso de la extinción de la personalidad jurídica del contratante, el control judicial se circunscribiría a los aspectos meramente formales del despido colectivo, lo que entiendo choca frontalmente no solo con la conocida doctrina de esta Sala contraria al mero control judicial formal del despido, sino también a la doctrina constitucional al respecto, ,en nuestro ordenamiento, por estar en juego el derecho al trabajo (art. 35.1 CE), «rige el principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de fondo y de forma» (STC 192/2003, de 27 de octubre , FJ 4), lo que supone que «[l]a aplicación judicial del Derecho es, como toda interpretación, realización de valor, esto es, una elección entre varias valoraciones posibles hacia cuyos principios aquélla se orienta», debiendo acomodarse la interpretación y aplicación de la legalidad por parte de los órganos judiciales a los principios y valores que la Constitución, como norma suprema de todo el ordenamiento jurídico, consagra (STC 192/2003, de 27 de octubre, FJ 4). Es, pues, al juez, a quien corresponde apreciar la concurrencia de una causa real y verosímil, que por ser justa, esto es, por ajustada a la razón, legitima la decisión empresarial extintiva de la relación laboral, dentro de los parámetros normativos que le ha otorgado el legislador, en el ejercicio de las competencias que la Constitución le ha atribuido (art 35.2 CE), (STC 22/01/2015 que examina la reforma laboral de 2012).

TERCERA.- EL INEXPLICABLE -a mi juicio- FUNDAMENTO JURÍDICO
CUARTO DE LA SENTENCIA MAYORITARIA.

1. Como es de ver en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia, la posición mayoritaria, -tras señalar que el fundamento básico sobre el que el fallo de la sentencia recurrida se apoya es el de la consideración de que no ha quedado acreditada la

conurrencia de causa productiva por un descenso en la actividad empresarial-, describe con cita concreta de preceptos de la LSC cuál es la situación de la sociedad disuelta y en liquidación, así como las funciones que corresponden a los liquidadores y las operaciones necesarias en orden a la liquidación. Y tras esta descripción, razona lo siguiente:

Consecuentemente, la argumentación según la que en los casos de liquidación de la sociedad, consiguiente a su disolución, la causa extintiva del artículo 49.1 g) ET consistente en la extinción de la personalidad de la contratante no opera si no se acredita el cese total de las actividades liquidatorias no resulta ajustada a derecho. En efecto, concurrente causa legal, la disolución de la sociedad deviene imperativa por ministerio de la ley (artículo 361 LSC) y, acordada la misma por el órgano competente (la Junta General de accionistas) con nombramiento de liquidadores, la sociedad carece de actividad entendida como cumplimiento de su objeto social -más aún en un supuesto como el de autos en el que la disolución se debe, precisamente, a la conclusión de la empresa que constituía su objeto-. Consecuentemente, concurre la causa extintiva del artículo 49.1.g) lo que determina que los liquidadores tengan la obligación -en cumplimiento de las exigencias establecidas por la LSC- de tramitar el correspondiente despido colectivo para hacer efectiva la causa extintiva de los contratos de trabajo que subsistan en la empresa. Por tanto, salvo supuestos de fraude -que no han sido alegados ni, tampoco, acreditados en el presente supuesto- la disolución de la sociedad llevada a cabo legalmente implica, de suyo, la concurrencia de la mencionada causa extintiva que, en principio, afecta a todos los contratos de trabajo que subsistan en el momento de la disolución.

La LSC no contempla en modo alguno que el liquidador continúe con la actividad de la empresa mientras realiza las actividades normativamente previstas a tal fin; antes bien al contrario, la liquidación es una actividad económica distinta de la que constituía la propia actividad económica de la empresa disuelta. Desde el punto y hora en que la sociedad deja de operar porque se ha acordado su disolución por finalización

de las actividades que constituían su objeto social, se ha nombrado a los liquidadores y, por ministerio de la ley, se ha transformado en una sociedad en liquidación, hay que considerar concurrente la causa extintiva, cuya ejecución debe ser llevada a cabo por los liquidadores en el momento que estimen más oportuno para la mayor satisfacción de los intereses derivados de las operaciones liquidatorias que llevan a cabo.

2. Ya decía en el encabezamiento de esta tercera consideración que, en mi opinión, resulta carente de explicación lógica -y añadiré ahora que me causan perplejidad- los razonamientos de la mayoría de la Sala en el cuarto de los fundamentos jurídicos de su sentencia, que he transcrito en gran parte. Esta perplejidad deviene no sólo del distinto enfoque que se da a la cuestión controvertida -existencia o no de causa productiva que justifique el despido de los ocho trabajadores de la empresa RUMASA, invocada por ésta y negada en la sentencia recurrida- sino también a que el fundamento jurídico se construye sobre distintas consideraciones jurídicas acerca de como se afronta por la LSC la ,liquidación, de una sociedad, una vez acordada su disolución, y cuál es el papel o ,rol, de los liquidadores. Pues bien sobre todo ello nada han discutido las partes y ninguna referencia se efectúa a ello en toda la sentencia recurrida, salvo consignar en el hecho probado cuarto que la empresa COFIVACASA SAU fue nombrada liquidador social único, y constar en el hecho probado séptimo que dicha empresa estuvo en la primera reunión celebrada con la Comisión Representativa de los Trabajadores (CRT) haciendo entrega de la memoria explicativa y el resto de la documentación. Ninguna otra mención se efectúa en la sentencia a dicha empresa ni a cual haya sido el rol desempeñado en cuanto al proceso de liquidación de RUMASA, haciendo únicamente mención en el fundamento jurídico quinto de que no consta la finalización del proceso liquidador.

Nos dice la mayoría de la Sala que la ,LSC no contempla en modo alguno que el liquidador continúe con la actividad de la empresa mientras realiza las actividades normativamente previstas a tal fin; antes bien al contrario, la liquidación es una actividad económica distinta de la que constituía la propia actividad económica de la

empresa disuelta. Pues bien, naturalmente que ello es así y lo comparto. Pero ésta no es la cuestión objeto de controversia, y a la que da respuesta la sentencia de instancia, en función naturalmente de la causa productiva invocada por la empresa demandada para proceder al despido, y negada por los demandantes, los cuales en el escrito de demanda alegan que, a pesar de la disolución formal de la sociedad, no ha existido un cese de la actividad empresarial de RUMASA. Precisamente, porque ésta es la cuestión realmente controvertida y no la del proceso de liquidación, es por lo que la Sala de instancia, tras la valoración de la prueba practicada, sienta como hemos probados los que he destacado al inicio de este voto particular. Es en este sentido, que en la sentencia recurrida se afirma que RUMASA -y no COFIVASA como parece insinuar la postura mayoritaria, sin ninguna base fáctica- sigue gestionando la administración de los inmuebles y demás activos financieros que aún se mantienen en la actualidad, y esta actividad empresarial que se mantiene en la actualidad, la desarrollan los ocho trabajadores despedidos, llevando a cabo las funciones de director de ventas, un director de administración, dos documentalistas, un jefe de contabilidad y dos secretarías.

Estos hechos probados -que tienen su propio lenguaje- no pueden ser pasados por alto y enervados por las descritas disquisiciones jurídicas, que efectúa la posición mayoritaria en el fundamento de derecho cuarto de su sentencia, construyendo una tesis abstracta sin base fáctica alguna. Lo cierto es, que en paralelo a un proceso de liquidación -con respecto al cual únicamente sabemos que no ha finalizado, pero no como se ha desarrollado- RUMASA ha continuado con parte de su actividad empresarial, actividad -que podrá ser todo lo irregular que se quiera, pero que existe- y que llevan a cabo por cuenta y bajo las órdenes de dicha empresa los ocho trabajadores despedidos. De ahí, que como acertadamente señala la sentencia recurrida no concurra una causa productiva -alegada- de suficiente entidad como para despedir a la totalidad de la actual plantilla de la empresa integrada por los ocho trabajadores despedidos, decisión empresarial ésta que la Sala de instancia califica -en mi opinión acertadamente- de no proporcional ni razonable, por lo que declara no ajustado a derecho el despido colectivo.

CUARTA.- CONSIDERACIÓN SUBSIDIARIA.

1. En la demanda impugnando el despido colectivo, se alega la existencia de una condición más beneficiosa existente en la empresa desde el 28 de marzo de 1998, en el sentido de que, a partir de dicha fecha y siempre que la empresa tenga necesidad de ir reduciendo la plantilla, la empresa garantiza una indemnización de 60 días por año de servicio y dos meses de salarios de tramitación, con un límite máximo y un límite mínimo. La sentencia recurrida recoge dicha condición más beneficiosa en el hecho probado duodécimo, aunque -lógicamente por declarar el despido no ajustado a derecho- no toma decisión alguna al respecto. Ahora bien, si se estima procedente el despido acordado por la empresa debiera reconocerse el derecho al percibo de dicha indemnización. La posición mayoritaria de la Sala nos dice, en el apartado 3 del fundamento jurídico cuarto de la sentencia, que tal decisión no ha sido puesta en cuestión ni por los recurrentes ni por los impugnantes del recurso, por lo que esta Sala no puede entrar a resolverla al no ser cuestión discutida en esta sede casacional., Discrepo desde luego de este razonamiento. Obviamente, la parte recurrente -la empresa- no va a efectuar manifestación alguna respecto a algo que le puede conllevar un perjuicio, y por otra parte, los trabajadores consiguieron una sentencia favorable a sus intereses por lo que no tenían por qué suscitar esta cuestión al impugnar el recurso que nada dice al respecto. Sin embargo, estimo que, la sentencia de esta Sala, al estimar el recurso y declarar ajustado a derecho el despido, por tratarse de una cuestión suscitada en la demanda si debió resolver la cuestión, pues el que pide lo más -la readmisión en su puesto de trabajo- pide también lo menos, es decir la subsidiaria y más alta posible indemnización.

QUINTA.-1. Todas las consideraciones precedentes, me llevan a afirmar que la decisión ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia recurrida, dictada el día 16 de octubre de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el procedimiento de despido colectivo 682/2016, que había estimado parcialmente la demanda de despido colectivo interpuesta por la comisión representativa de los

trabajadores, declarando no ajustado a derecho el despido colectivo impugnado, con la condena a pasar por tal declaración. En su consecuencia el recurso interpuesto por la empresa RUMASA debió ser rechazado, y por ende, la sentencia de instancia, confirmada, y cuando menos, al declarar ajustado a derecho el despido, debió establecerse la indemnización a la que me he referido en la consideración anterior.

Madrid, a 19 de julio de 2017.

3-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE JULIO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 21 de enero de 2015 el Juzgado de lo Social nº 1 de Avilés dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

« 1º.- El actor Don Arcadio , nacido el NUM000 de 1981, con DNI NUM001, NASS NUM002 , diestro, cuyas demás circunstancias personales aparecen recogidas en el escrito rector de las presentes actuaciones, comenzó a prestar sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa ASTURIANA DE FERTILIZANTES S.A., dedicada a la fabricación de productos químicos básicos, compuestos nitrogenados, fertilizantes, plásticos y caucho sintético en formas primarias, el 18 de marzo de 2008, en virtud de contrato de trabajo indefinido, con centro de trabajo en la Avda. de la Playa en San Juan de Nieva. Ostentaba la categoría profesional de Oficial 2ª mecánico-Operario de mantenimiento (f/120).

2º.- El 16 de abril de 2011 el trabajador sufrió un accidente de trabajo, mientras realizaba tareas de mantenimiento en máquina pesadora de material (báscula Khulman), un rodillo le atrapó la mano derecha amputándole el dedo índice y produciéndole lesiones erosivas en mano derecha y antebrazo derecho. Fue asistido de Urgencia en el

Hospital San Agustín y derivado al S. de Cirugía Plástica de Oviedo donde se le realizó desbridamiento y remodelado del muñón de amputación a nivel del resto de falange proximal de 2º dedo mano derecha. Inició una situación de Incapacidad Temporal derivada de contingencias profesionales en la que permaneció hasta el 16 de octubre de 2011, siendo alta por curación con secuelas. Fue atendido por la Mutua Umivale, entidad responsable de las prestaciones de IT, Hospital San Agustín y por el Sº de Cirugía Plástica del HUCA. Fue intervenido el 17 de mayo de 2011. La base reguladora de la IT es de 61,44 euros, percibía el 75% (46,08€) (f/106).

3º.- El trabajador, durante el periodo que permaneció en situación de Incapacidad Temporal (de 16/4/2011 a 16/10/2011) percibió, en la modalidad de pago delegado, la prestación económica de IT en cuantía de 8.432,64 euros, así como la mejora prestacional establecida en el Convenio Colectivo para el sector de la Industria Química, que rige la relación laboral, en la cuantía precisa para alcanzar, junto con la prestación básica de la Seguridad Social, el 100% de la suma de los conceptos salariales que viene percibiendo el trabajador (doc. 8 aseguradora).

4º. - Tramitadas actuaciones en vía administrativa sobre valoración de secuelas a instancia de la Mutua (f/109), y, en virtud de Resolución dictada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, Dirección Provincial de Asturias, el 3 de febrero de 2012, que hizo suyo el dictamen-propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades de 30 de noviembre de 2011 (f/127), basado en el preceptivo informe médico de síntesis emitido el 17 de noviembre de 2011 (f/128), se declaró afecto de Incapacidad Permanente Parcial con derecho a percibir, con cargo a la Mutua UMIVALE, una indemnización equivalente a 24 mensualidades de la base reguladora de 1.843,24 euros, esto es, 44.237,76 euros (f/126). No consta que esta resolución haya sido recurrida.

5º. - El dictamen propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades de 30 de noviembre de 2011 fijó como secuelas: amputación traumática del 50% del F.P. dedo mano derecha. Limitación articular leve de IFP 3º dedo mano derecha.

6°.- El trabajador sufrió el accidente de trabajo mientras realizaba labores de mantenimiento en una cinta de la báscula Kulhman. Poco antes de las 16:00 horas cuando el actor estaba realizando tareas de mantenimiento junto al Jefe de Turno (Don Simón), empezó a sonar la señal acústica de la línea Kulhman indicando la existencia de algún problema en la báscula. El jefe de Turno ordenó al trabajador que fuera a ajustar la cinta de la báscula. La báscula venía presentando problemas los últimos días: la cinta transportadora de roca se desviaba hacia los lados haciendo que la máquina se parase continuamente. La operación de centrado de la cinta de la máquina se realiza en la parte exterior de la misma, mediante el movimiento de sendos husillos, o tornillos, de los que dispone la máquina en el tambor de cola, en el exterior de la carcasa de la máquina, que se hallan a un metro y medio de la cinta, apretando uno u otro según se desvíe a la derecha o a la izquierda. Para realizar la operación ha de quitarse una puerta de protección que cubre la cinta, los rodillos y los sensores, para poder apreciar si se efectúa adecuadamente el centrado y la cinta va corrigiendo su posición. Para efectuar esta operación no es necesario acceder a las partes móviles de la máquina pero la cinta debe hallarse en movimiento. El trabajador acudió a realizar esta labor, que es habitual y rutinaria, sólo. El actor se puso a realizar el ajuste de las bandas pero en un momento dado detectó que el problema no era de ajuste de rodillos sino que uno de los finales de carrera (sensores encargados de detectar el desvío de la banda) estaba torcido y era lo que daba el problema: pese a que la cinta transportadora de la báscula estaba centrada, continuaba detectando error de desviación. El actor se puso a enderezar el sensor con la llave fija de mango largo (32/34) que estaba utilizando para ajustar los husillos, con la máquina en movimiento. La llave resbaló sobre el sensor, enganchándose en el rodillo de la cinta transportadora que tiró de ella, atrapando la llave que usaba, arrastrando con ella la mano del trabajador y seccionándole el dedo índice de la mano derecha del trabajador. (f/105) La parada de la máquina la realizó manualmente, en el panel de control de la misma, otro operador Don Juan Antonio cuando sintió que Don Arcadio gritaba.

7º. - Al día siguiente del accidente, Don Bienvenido, operario de la empresa subcontratada Prasat Instalaciones Eléctricas S.L. procedió a sustituir la "seta" de seguridad de la báscula (pulsador de seguridad) que funcionaba pero se encontraba deteriorada por el uso y la falta de limpieza.

8º.- A consecuencia del accidente, la Inspección de Trabajo efectuó la correspondiente investigación, emitiendo el informe que obra en autos y se tiene por íntegramente reproducido (doc. 12 actor). Consideraba la Inspectora de Trabajo y Seguridad Social que el accidente se debía a una operación incorrecta del trabajador, pues había accedido a las partes móviles de la Báscula Kulhman sin seguir las indicaciones de las instrucciones de seguridad IS-01 e IS-05 para acceder a partes móviles, retirando los fusibles y parando, por tanto, la maquinaria. No observaba sin embargo negligencia temeraria del trabajador sino más bien exceso de confianza en el desempeño de su trabajo. Concluyó el informe: "Por otro lado, al margen del accidente de trabajo y sin que ello sea causa del mismo, se comprueba el día de la visita que la máquina tiene el panel de control y la seta de seguridad en el mismo lado, con lo que se requirió a la empresa para que traslade la seta de seguridad al otro lado donde se encuentra la carcasa de protección del engranaje de la cinta, de manera que en ambos lados exista un dispositivo de parada de emergencia". El 3 de agosto de 2011 se realizó segunda visita a la empresa, comprobándose el cumplimiento del requerimiento.

9º. - El trabajador había recibido instrucciones de seguridad de los trabajos en planta así como copia de las instrucciones de seguridad actualmente vigentes en planta y ficha informativa de los riesgos de su puesto de trabajo. (18/12/10). Así mismo el trabajador el 21 de febrero de 2011 había firmado un documento en el que declaraba haber recibido formación en materia de 3: instrucción de calibrado de la báscula", 6 "actualización de instrucciones de seguridad: bloqueo de fusibles, limpieza rodillos Kulhman" y copia de las instrucciones de seguridad actualmente vigentes en planta con la ficha informativa de los riesgos de su puesto de trabajo.

10º. - La Evaluación de Riesgos por Puesto de Trabajo, del puesto del actor, contempla el riesgo atrapamiento o aplastamiento por o entre objetos, por causa de posibilidad de contactos con partes móviles del equipo de trabajo. Se propone como medida preventiva: "para la realización de trabajos de mantenimiento en la maquinaria de planta se seguirá la instrucción de seguridad "operaciones rutinarias de mantenimiento" (IS-01) garantizando así la consignación y enclavamiento para evitar accidentes por arranque intempestivo". (doc. 2 aseguradora). La Instrucción IS-01 para operaciones rutinarias de mantenimiento establece: "Toda intervención que conlleve dejar partes móviles al descubierto (...) se realizará siguiendo la instrucción de retirada de fusibles. "Todas las inspecciones de máquinas en las que se haya de acceder a partes móviles (...) se realizarán siguiendo la instrucción de retirada de fusibles. La Instrucción IS-05 para operaciones en el interior de máquinas con acceso a partes móviles: "Antes de entrar a realizar la operación se deberá acudir junto al Jefe de Turno a la Sala Eléctrica y retirar los fusibles y con un candado (...) bloquear la caja para que nadie pueda volver a rearmarlos. En el Manual de Instrucciones de la Báscula, apartado g2, Mantenimiento Sustitución y Engrase, en lo que se refiere a los detectores desvío de banda, reza así: Para realizar esta operación es imprescindible tener el dosificador parado y asegurar que no se podrá poner en marcha bajo ningún concepto".

11º.- La empresa ASTURIANA DE FERTILIZANTES S.A. tiene suscrita póliza de seguro nº NUM003 que cubre, entre otros, la responsabilidad civil, con la compañía aseguradora codemandada HDI HANNOVER INETRNLAL ESPAÑA SEGUROS Y REASEGUROS S.A., vigente en la fecha del accidente de trabajo sufrido por el actor. La póliza fija una franquicia de 1.000 euros aplicables a todas las garantías aseguradas (doc. 7 aseguradora).

12º.- El 11 de febrero de 2013 se presentó la correspondiente papeleta de conciliación frente a la empresa ASTURIANA DE FERTILIZANTES S.A. El día 20 de febrero del año 2013 se celebró el preceptivo acto de conciliación ante la Unidad de Mediación, Arbitraje y Conciliación con el resultado de sin avenencia. La empresa

informó al actor a cerca de la aseguradora (f/9). El 5 de marzo de 2013 se presentó la correspondiente papeleta de conciliación frente a la HDI HANNOVER INTERNACIONAL ESPAÑA SEGUROS Y REASEGUROS S.A. El día 15 de marzo del año 2013 se celebró el preceptivo acto de conciliación ante la Unidad de Mediación, Arbitraje y Conciliación con el resultado de sin avenencia. (f/10).

13 °.- Se interpuso la correspondiente demanda el 22 de enero de 2014».

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: «Estimando la excepción de prescripción de la acción alegada por la representación de la empresa ASTURIANA DE FERTILIZANTES SA Y la aseguradora HDI HANNOVER INTERNATIONAL ESPAÑA SEGUROS Y REASEGUROS S.A., debo desestimar sin entrar a conocer del fondo del asunto la demanda en reclamación de cantidad promovida por D. Arcadio, absolviendo a los demandados de las pretensiones deducidas en la demanda».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de D. Arcadio ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, la cual dictó sentencia en fecha 8 de mayo de 2015 , en la que consta el siguiente fallo: «Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Arcadio contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº1 de Avilés, dictada en los autos seguidos a su instancia contra HDI HANNOVER INTERNATIONAL (ESPAÑA) DE SEGUROS Y REASEGUROS SA, ASTURIANA DE FERTILIZANTES SA, sobre Reclamación de cantidad, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada».

TERCERO.- Por la representación letrada de D. Arcadio se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Asturias el 15 de julio de 2015. Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla - La Mancha, en fecha 19 de diciembre de 2002 (RSU

1343/2001). Se consigna el siguiente motivo único: respecto a la determinación del " dies a quo " para reclamar daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo; y respecto a la estimación de la excepción de "prescripción de la acción". El recurso se fundamenta en la infracción del artículo 59 (apartados 1 y 2) del Estatuto de los Trabajadores. Asimismo, se infringe lo dispuesto en el artículo 71.2 de la LRJS.

CUARTO.- Con fecha 21 de abril de 2016 se admitió a trámite el presente recurso. No habiéndose personado la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de interesar que se declare la procedencia del presente recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 5 de julio 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora estriba en determinar cuál ha de ser el día inicial para el cómputo del plazo de prescripción de un año, del que dispone el trabajador para ejercitar contra la empresa la acción de reclamación de los daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo que ha sufrido mientras prestaba servicios para la misma.

Como ya hemos dejado constancia en los antecedentes de hecho, la sentencia del juzgado de lo social acoge la excepción de prescripción invocada por la empleadora y desestima por este motivo la demanda sin entrar a conocer del fondo del asunto.

El recurso de suplicación interpuesto por el trabajador es desestimado en la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Asturias de 8 de mayo de 2015, rec. 664/2015, que confirma en sus términos la sentencia de instancia, y frente a la que se formula el recurso de casación para la unificación de doctrina que denuncia infracción del art. 59. 1 º y 2º ET , e invoca como sentencia de contraste la de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla- La Mancha de 19 de diciembre de 2002, rec.1343/2001 , para sostener que el día inicial del cómputo del plazo de prescripción no es el de la fecha de la resolución del INSS que le reconoció prestaciones de incapacidad permanente parcial, sino el momento en el que dicha resolución ganó firmeza una vez transcurrido el plazo de 30 días del que disponían todas las partes para formular reclamación previa contra la misma.

2. - La sentencia recurrida razona que el cómputo del plazo de prescripción de la acción exigiendo responsabilidad por daños y perjuicios a la empresa, " no puede iniciarse hasta que el beneficiario tenga un cabal conocimiento de las secuelas del accidente y de las mermas que tales secuelas producen, tanto en su capacidad de ganancia, como en su patrimonio biológico, lo que sucede cuando se ha dictado la correspondiente resolución firme en el proceso de invalidez, momento en el que el beneficiario conoce cuáles van a ser las consecuencias que las secuelas le van a producir, cuáles los perjuicios que de ellas van a derivar y las prestaciones que va a percibir con cargo a la Seguridad Social ".

Tras lo que concluye que ese día a quo debe fijarse en el presente supuesto en la fecha de la resolución del INSS de 3 de febrero de 2012, que declaró al actor en situación de incapacidad permanente parcial, " al no constar impugnación alguna de tal decisión administrativa, ya que la misma al no resultar impugnada devino firme desde que fue dictada, y por lo tanto desde dicho momento podía haber ejercitado ya el demandante la acción en reclamación de daños y perjuicios", con lo que la acción se encontraría en consecuencia prescrita por el transcurso del plazo de un año del que

disponía el actor para su ejercicio, cuando se presentó la papeleta de conciliación frente a la empresa el 11 de febrero de 2013 y el 5 de marzo de 2013 contra su aseguradora.

3.- El Ministerio Fiscal se muestra favorable a admitir la existencia de contradicción y acoger el recurso, para computar el inicio del plazo de prescripción, no en la misma fecha de la resolución administrativa, sino en la que ganó firmeza una vez transcurrido el de los 30 días de los que disponían las partes para formular reclamación previa frente a la misma.

Las demandadas en su impugnación postulan la inadmisión del recurso por falta de contenido casacional, al considerar que la recurrida se ajusta a la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia, de la que, a su juicio, se desprende que el inicio del plazo de prescripción debe establecerse en la fecha de la resolución administrativa que declara la incapacidad permanente y no es objeto de impugnación judicial al aquietarse el demandante a su contenido.

SEGUNDO.1.- La primera cuestión que hemos de resolver es la referente a la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, comprobando si entre las resoluciones en contraste concurre la necesaria contradicción que exige el artículo 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), que requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto de los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

En lo que debe tenerse en cuenta que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas, al margen de la identidad de las controversias, sino

de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, según ha declarado la Sala en sentencias de 9 de febrero de 2004 (Rec. 2515/2003); 10 de febrero de 2005 (Rec. 914/2004); 15 de noviembre de 2005 (Rec. 4922/2004); 24 de noviembre de 2005 (Rec. 3518/2004); 29 de noviembre de 2005 (Rec. 6516/2003); 16 de diciembre de 2005 (Rec. 338020/04); 3 de febrero de 2006 (Rec. 4678/2004); 6 de febrero de 2006 (Rec. 4312/2004); 7 de febrero de 2006 (Rec. 1346/2005); y 28 de febrero de 2006 (Rec. 5343/2004), interpretando el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral , con igual redactado que el del ya citado artículo 219.1 de la LRJS .

2.- Los datos relevantes a tal efecto de la sentencia recurrida son como siguen: 1º) el actor sufre un accidente de trabajo el día 16 de abril de 2011 que le origina diversas lesiones en la mano y antebrazo derecho; 2º) permaneció en situación de incapacidad temporal hasta el 16 de octubre de 2011 y en fecha 3 de febrero de 2012 se dictó resolución del INSS que le reconocía prestaciones de incapacidad permanente total, que no fue impugnada judicialmente y frente a la que no se presentó reclamación previa por ninguna de las partes; 3º) el 11 de febrero de 2013 interpone el demandante la conciliación contra la empresa demandada y el 5 de marzo frente a la aseguradora.

En esas circunstancias ya hemos dicho que la sentencia recurrida considera prescrita la acción, conforme a los razonamientos que se han expuesto anteriormente.

3.- La sentencia de contraste resuelve en asunto en el que: 1º) el accidente de trabajo tiene lugar el 15 de julio de 1996; 2º) en fecha 27 de enero de 1999 se dictó la resolución del INSS que declaró al actor en situación de incapacidad permanente total, que no fue impugnada judicialmente por ninguna de las partes y frente a la que no se presentó reclamación previa; 3º) el 5 de febrero de 2000 el actor dirige su primera reclamación de indemnización de daños y perjuicios contra la empresa.

Con esos antecedentes la sentencia referencial parte de la consideración de que el trabajador se había aquietado a la resolución administrativa que calificó el grado de incapacidad permanente, para razonar seguidamente que el dies a quo para reclamar responsabilidad empresarial derivada de accidente de trabajo se sitúa cuando la acción puede ejercitarse, sin que necesariamente equivalga al momento en que acaece el accidente o al del archivo de las actuaciones penales, y concluir finalmente que no puede comenzar a computarse hasta el momento en que adquiere firmeza la resolución administrativa que declara la incapacidad permanente, que al no ser impugnada judicialmente debe establecerse en la fecha en que transcurren los 30 días de los que disponen las partes para formular reclamación previa contra la misma.

4. - Resulta palmaria la concurrencia de contradicción, puesto que en ambos casos se trata de idéntica situación fáctica y jurídica, esto es, la existencia de una resolución administrativa del INSS que declara al trabajador accidentado en situación de incapacidad permanente, a la que se aquietan todas las partes interesadas sin que ninguna de ellas interponga reclamación previa contra la misma.

Y en esas coincidentes circunstancias, la sentencia recurrida entiende que el plazo de prescripción debe computarse desde la fecha de dicha resolución administrativa, mientras que la de contraste concluye que ha de comenzar a correr cuando ha transcurrido el plazo de 30 días del que disponían las parte para formular reclamación previa.

Aplican de esta forma una diferente doctrina que es necesario unificar, sin que podamos acoger de plano en este momento el alegato de las codemandadas que en sus escritos de impugnación invocan la falta de contenido casacional, para cuya resolución será necesario analizar previamente los criterios jurisprudenciales en esta materia y determinar hasta qué punto pueda considerarse existente una reiterada doctrina del Tribunal Supremo sobre la forma de establecer el dies a quo en supuestos como los que resuelven las sentencias en contradicción.

TERCERO. 1.- Centrados en esos términos el objeto del debate, se trata de decidir cómo debe computarse el plazo de prescripción de la acción para reclamar a la empresa la indemnización de daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo, en supuestos como los de autos, caracterizados porque las partes interesadas se aquietan a la resolución administrativa que declara la incapacidad permanente del trabajador, sin que ninguna de ellas hubiere llegado a formular reclamación previa contra la misma, ni, en consecuencia, a impugnarla judicialmente.

En lo que debemos empezar indicando que el examen de la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia no permite concluir que hayamos tenido la oportunidad de dar una respuesta cierta sobre esa cuestión, ni mucho menos, tan rotunda y reiterada como para acoger el argumento de falta de contenido casacional de la cuestión objeto del recurso que invoca la demandada en su escrito de impugnación, como lo demuestra que el Ministerio Fiscal en su informe aboga justamente por lo contrario y solicita la estimación el recurso para dar acogida al criterio de la sentencia de contraste.

2.- La STS 11/12/2013, rcud.1164/2013 , resume perfectamente la doctrina que con carácter general ha venido a establecer el Tribunal Supremo en esta materia, citando las anteriores SSTs de 10/12/98, rcud 4078/97 ; 12/02/99, rcud 1494/98 ; 06/05/99,rcud 2350/97; 22/03/02,rcud 2231/01 ; 20/04/04,rcud 1954/03 ; 04/07/06 , 834/05 ; 12/02/07, 4491/05; y 21/06/11, rcud 3214/10 .

Y de la que pueden extraerse los siguientes criterios:

"a).- El plazo de prescripción aplicable a las reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios atribuibles a la empresa y derivados de accidente de trabajo o de enfermedad profesional es -efectivamente- el de un año, previsto en el art. 59.2 ET ; y la fecha inicial para el cómputo de los plazos de prescripción de todas las acciones, según dispone el art. 1968 CC , se inicia desde el momento en que pudieron ser ejercitadas.

b).- Aunque el «dies a quo» para reclamar tal responsabilidad empresarial se sitúa cuando la acción puede ejercitarse, ello no necesariamente equivale al momento en que acaece el AT o al del alta médica en el mismo o en la EP, «que expresará el parecer del facultativo que lo emite y cuya comprensión para la generalidad de los beneficiarios será de difícil entendimiento, dados los términos científicos que en tales documentos deben utilizarse»; como tampoco se inicia en la fecha en que se impone el recargo por infracción de medidas de seguridad; en igual forma que los «procesos penales deducidos a consecuencia de un accidente de trabajo, impiden que pueda comenzar a correr el plazo prescriptivo de la acción sobre reclamación de daños y perjuicios derivada de ese accidente».

c).- En puridad, el plazo «no puede iniciarse hasta que el beneficiario tiene un cabal conocimiento de las secuelas del accidente y de las mermas que tales secuelas producen, tanto en su capacidad de ganancia, como en su patrimonio biológico». Y cuando se sigue un procedimiento judicial para la fijación de las lesiones padecidas, el plazo sólo comienza a correr desde que el mismo se agota, porque la resolución del INSS en vía previa «no fue firme hasta que recayó la citada sentencia de la Sala de lo Social, y sólo desde tal firmeza se pudo iniciar el cómputo del referido plazo prescriptivo», «pues sólo hasta ese momento se supo con certeza cuáles eran las dolencias y secuelas que el actor padece a consecuencia del accidente de autos»; y «obviamente, la solución sería otra si la parte se aquietase a la resolución administrativa de la Gestora respecto de la incapacidad reconocida, ya que en tal caso habría que estar el informe propuesta». Y en consecuencia, tal conocimiento -pleno y cabal- solamente se produce en la fecha en que se ha dictado la correspondiente resolución firme en proceso de IP, que es «cuando el beneficiario conoce cuáles van a ser las consecuencias que las secuelas le van a producir y cuáles los perjuicios que de ellas se van a derivar. Por tanto debe ser el momento de conocimiento de esta resolución el punto de partida para el ejercicio de la acción de daños y perjuicios».

d).- A mayor abundamiento, esta tesis viene reforzada también por el hecho de que «existe un solo daño que hay que compensar o indemnizar» por las distintas reclamaciones y que «debe existir también, en principio, un límite en la reparación del daño», de modo que «del importe total de los daños han de deducirse las cantidades que, por prestaciones de la Seguridad Social, haya podido percibir el beneficiario y éstas cantidades no son conocidas hasta tanto sea firme la resolución que declara la invalidez del beneficiario, pues antes se ignorarán las cantidades a deducir del total importe de los perjuicios sufridos por el trabajador accidentado» [así, STS SG 02/10/00 -rcud 2393/99- ; 08/04/02 -rcud 1964/01 -; 03/06/03 -rcud 3129/02 -; y 30/01/08 -rcud 414/07 -] .

3.- Con posterioridad han venido a reiterar estos mismos criterios las SSTS dictadas en la misma fecha de 09/12/2015, (rcud. 1918/2014 , rcud. 1503/2014 y rcud. 3191/2014).

Resuelven estas sentencias un supuesto de enfermedad profesional, pero la doctrina que establecen es perfectamente trasladable a los accidentes de trabajo a efectos de determinar el dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción de la acción de reclamación de daños y perjuicios contra la empresa.

Tal y como así se indica de forma expresa en las mismas, y en coincidencia con lo que acabamos de reseñar, esta acción " sólo puede ejercitarse desde que haya quedado acreditado no sólo el origen de la contingencia -caso de que éste fuera discutido-, sino también desde el momento en que hayan quedado determinadas de manera definitiva la totalidad de prestaciones de Seguridad Social que tengan derecho a percibir, que hayan de ser deducidas y tenidas en consideración para fijar la cuantía indemnizatoria que puede ser reclamada a la empresa demandada".

Destacando seguidamente que este criterio coincide con la doctrina tradicional de la Sala y encuentra acomodo " en la interpretación legal de los preceptos puestos en

cuestión y en la propia jurisprudencia de la Sala. A tal efecto debemos recordar que nuestra más reciente doctrina jurisprudencial (STS/IV 17-febrero-2014, rcud 444/2013) con cita de varios pronunciamientos anteriores de la Sala y de la Sala Primera entiende que: "al ser la prescripción una institución no fundada en principios de estricta justicia, sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica, su aplicación por los Tribunales no debe ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva; de manera que sólo ha de perjudicar a quien -con su inactividad- haya hecho efectiva dejación de sus derechos [así, recientes, con estas palabras u otras similares, recientemente las SSTs de 24 de noviembre de 2010, -rcud 3986/09 -; de 15 de marzo de 2011, -rcud 3772/08 -; de 27 de diciembre de 2011, -rcud 1113/11 -; de 17 de abril de 2013, - rcud 2401/12 -; y de 26 de junio de 2013 (pleno) -rcud 1161/12 -). En este sentido se ha insistido -reproduciendo doctrina civil- en que "la construcción finalista de la prescripción... tiene su razón de ser... en la idea de sanción a las conductas de abandono en el ejercicio del propio derecho", por lo que "cuando la cesación o abandono en el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditado y sí por el contrario lo está el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible a menos de subvertir sus esencias". Destaca también esta sentencia que "nuestro Código Civil no exige fórmula instrumental alguna para la reclamación extrajudicial como medio para interrumpir la prescripción por lo que cualquiera de ellos puede servir para tal fin".

Tras lo que reiteran y ratifican los mismos criterios que ya hemos referenciado en el apartado anterior, y concluyen con una afirmación especialmente relevante para la resolución del presente supuesto, cual es la de que " el inicio del plazo prescriptorio no podía iniciarse hasta que no se dieran dos circunstancias concurrentes: la primera, que existiese resolución firme por la que se declarase que la contingencia de la que derivaba la prestación discutida era profesional, en concreto, derivada de enfermedad profesional; y, la segunda, que también existiese resolución firme que fijase las cantidades que por prestaciones de Seguridad Social tenía derecho a percibir su beneficiario para que dichas cantidades pudieran deducirse del monto global que hubiera que reclamar a la entidad demandada. Por tanto, el "dies a quo" quedó establecido en la fecha de la

resolución administrativa que causó estado dictada por el INSS en fecha 16-03-2011 que reconoció que la muerte del causante derivaba de enfermedad profesional".

Finalmente, recogen esos mismos criterios las más recientes SSTs de 16 de febrero de 2016, rcud. 1756/2014, 1 de junio de 2016, rcud. 2527/2014, y 15 de septiembre de 2016, rcud. 3698/2014.

CUARTO.1.- En todas nuestras precitadas sentencias se insiste en destacar que el plazo de prescripción no puede comenzar a correr hasta que no adquiera firmeza la resolución que definitivamente resuelva sobre las prestaciones de seguridad social a las que tenga derecho el beneficiario, y, en su caso, la contingencia de la que deriven, y queden de esta forma establecidas las cantidades a cargo de la seguridad social que hayan de ser deducidas del total indemnizatorio a reclamar a la empresa

Conforme a esos presupuestos, cuando la resolución administrativa del INSS sea impugnada en vía judicial, ninguna duda cabe que la fecha del dies a quo será la del momento en el que se agota el proceso con la notificación de sentencia que ponga fin al mismo.

El problema surge cuando no se insta el proceso judicial porque todas las partes se aquietan a la resolución que resuelve el procedimiento en vía administrativa, y no se presenta siquiera reclamación previa contra la misma.

Se trata de establecer en estos casos si el cómputo de la prescripción comienza desde la fecha de la resolución administrativa y su notificación al interesado, o desde el momento en el que transcurre el plazo de 30 días del que disponen las partes para interponer la reclamación previa contra la misma.

2.- Los mismos razonamientos en los que se sostiene la doctrina de esta Sala que hemos recogido en el anterior fundamento de derecho, en la que se sienta el criterio de que hay que esperar a la firmeza de la sentencia que agote el proceso judicial que pudiere haberse seguido frente a la resolución administrativa, son perfectamente extrapolables, por idénticas razones e iguales argumentos, al momento en el que la resolución administrativa deviene firme cuando no es impugnada judicialmente.

El fundamento de nuestra doctrina reside en garantizar que el beneficiario tenga un cabal conocimiento de las secuelas del accidente y de las mermas que tales secuelas producen, tanto en su capacidad de ganancia, como en su patrimonio biológico, lo que supone la previa determinación de todas las circunstancias y elementos que puedan condicionar el importe de la cantidad objeto de reclamación frente a la empresa, entre los que ya hemos dicho que deben constar la contingencia de la que deriva y las cantidades que por prestaciones de seguridad social tenga derecho a percibir.

De lo que se desprende que igualmente habrá de estarse a la firmeza de la resolución administrativa, en aquellos casos en los que la controversia jurídica no se llegue a judicializar porque se resuelve en la fase administrativa del procedimiento, al aquietarse el interesado a dicha resolución sin formular reclamación previa frente a la misma. En este supuesto, el momento inicial para el cómputo de la prescripción no puede ser otro que el de la preclusión del plazo de 30 días del que disponen las partes para formular la reclamación previa, porque hasta su agotamiento no adquiere definitivamente estado y deviene firme lo resuelto en la misma.

No hay razones que justifiquen un distinto tratamiento de una y otra situación, y de la misma forma que el plazo de prescripción no comienza a correr hasta la firmeza de la sentencia cuando se impugna judicialmente la resolución administrativa, tampoco

puede hacerlo cuando dicha resolución sigue sin adquirir firmeza mientras pende el plazo para interponer la reclamación previa.

3.- Sin que conduzca a un resultado distinto lo que de forma tangencial se dice en la STS de 22 de marzo de 2002, rcud. 2231 / 2001, en lo que se apoya la sentencia recurrida para considerar prescrita la acción, así como las codemandadas en sus respectivos escritos de impugnación para oponerse al recurso.

Aplica esta sentencia la tradicional y reiterada doctrina de este Tribunal que hemos recogido en el anterior fundamento de derecho, para concluir que la acción no se puede considerar nacida antes de que se dictase la sentencia que resuelve definitivamente el procedimiento judicial seguido frente a la resolución administrativa, " pues sólo hasta ese momento se supo con certeza cuales eran la dolencias y secuelas que el actor padece a consecuencia del accidente de autos ", lo que determina que la resolución administrativa no sea firme "hasta que recayó la citada sentencia de la Sala de lo Social, y sólo desde tal firmeza se pudo iniciar el cómputo del referido plazo prescriptivo".

Una vez establecida esa doctrina para declarar que la acción no se encuentra en aquel caso prescrita, desliza un comentario puramente colateral en el que, sin mayor razonamiento y sin invocar otras antecedentes, se dice que "Obviamente, la solución sería otra si la parte se aquietase a la resolución administrativa de la Gestora respecto de la incapacidad reconocida, ya que en tal caso habría que estar el informe propuesta, como también ha declarado esta Sala".

Esta peculiar consideración, que es absolutamente irrelevante para la resolución del aquel asunto, ha venido siendo luego repetida en las demás sentencias de la Sala que se han limitado a reflejar el tenor literal de aquella anterior sentencia, sin atribuirle en

realidad mayor trascendencia jurídica y sin añadir razonamientos adicionales que pudieren llevar a entender que se está con ello fijando un determinado criterio doctrinal.

Estamos de esta forma ante una frase aislada que constituye un simple "obiter dicta", en la medida en que " para resolver el caso examinado en ellas no hacía falta generalizar la solución a supuestos diferentes, sin mayor explicación" (STS 18-12-2015, rcud. 2750), y que al tener esa naturaleza carece de eficacia jurídica como doctrina que la Sala deba respetar, máxime cuando este "obiter dicta " se opone al criterio que reflejan las numerosas sentencias de la Sala que ya hemos referenciado.

Por otra parte, no puede validarse como doctrina correcta la de estar a la fecha del "informe propuesta" cuando no se impugna la resolución administrativa, pues como declara la STS de 1 de junio de 2016, rcud. 2537/2014 , que ya hemos citado anteriormente, " El hecho de estar al informe propuesta cabe entenderlo en el sentido de que dicha propuesta es la que establece el marco patológico de la persona accidentada, que, no obstante, como tal propuesta, ha de confirmarse por la autoridad laboral a quien está dirigida mediante la subsiguiente resolución administrativa.", de la igual forma que, con el mismo fundamento, todas nuestras precitadas sentencias ponen de manifiesto que tampoco puede considerarse como dies a quo el de la emisión del alta médica "que expresará el parecer del facultativo que lo emite y cuya comprensión para la generalidad de los beneficiarios será de difícil entendimiento, dados los términos científicos que en tales documentos deben utilizarse" , en lo que queremos destacar que la emisión de este tipo de informes médicos no puede prevalecer frente a la seguridad jurídica que garantiza la resolución administrativa que, a la postre, debe hacerlos suyos para convalidar las consecuencias jurídicas que de los mismos se desprendan en orden al reconocimiento de las prestaciones de seguridad social en juego.

A lo que debemos añadir una última consideración. Solo cuando ha transcurrido el plazo para formular la reclamación previa es cuando puede realmente entenderse, aún a posteriori, que la parte se aquieta a su contenido, en tanto aún dispone de la

posibilidad de impugnarla si el plazo no ha fenecido, una vez valoradas todas las circunstancias concurrentes y acudido al asesoramiento profesional oportuno.

QUINTO. Conforme a lo razonado, y de conformidad con el Ministerio Fiscal, es la sentencia de contraste la que contiene la doctrina ajustada a derecho, lo que conduce a la estimación del recurso, casar y anular la sentencia recurrida y la del juzgado de social que confirma, para devolver las actuaciones a este último órgano judicial al objeto de que dicte una nueva sentencia sobre el fondo del asunto. Sin costas.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: 1º) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Arcadio , contra la sentencia dictada el 8 de mayo de 2015, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso de suplicación núm. 664/2015 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Avilés, de fecha 21 de enero de 2015, recaída en autos núm. 42/2014 , seguidos a instancia del ahora recurrente frente a la empresa Asturiana de Fertilizantes, S.A. y HDI Hannover International España Seguros y Reaseguros, S.A., sobre reclamación de cantidad. 2º) Casar y anular la sentencia recurrida, y devolver las actuaciones al Juzgado de instancia para que dicte nueva sentencia por la que, teniendo por no prescrita la acción ejercitada, se resuelvan las restantes cuestiones planteadas. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

4-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE JUNIO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por la Dirección General de Trabajo se interpuso demanda de oficio de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Santa Cruz de Tenerife). En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se deje sin efecto la decisión de la empresa de fecha 14 de agosto de 2013, de suspensión de los contratos de trabajo de cuatro trabajadoras.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio, en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la misma, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el pleito a prueba, se practicaron las propuestas y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 30 de junio de 2016 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Santa Cruz de Tenerife), en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que debemos estimar y estimamos la demanda de Procedimiento de oficio colectivo, interpuesta por DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO, contra Felicidad, Lorenza, Palmira, Sonsoles y FUNDACIÓN CANARIA PARA EL SORDO y dejamos sin efecto la decisión de la empresa de 14 de agosto de 2013 de suspensión de los contratos de trabajo.»

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- La Fundación Canaria para el Sordo se dedica a atender a personas con discapacidad auditiva. Tiene un centro de trabajo en Tenerife y otro en la isla de la Palma y coordina actividades en varios colegios en la provincia de las Palmas de Gran Canaria.

SEGUNDO.- La empresa a fecha 31 de julio de 2013 tenía 21 trabajadores, 15 en Tenerife y 6 en la Palma. (Folio 163 a 168 del expediente).

TERCERO.- En enero de 2013 por la Fundación se tramita expediente de regulación de empleo para la suspensión de los contratos de 15 trabajadores por causas económicas y organizativas. Se solicitaba la suspensión de 6 trabajadores indefinidos no sordos con una duración de 6 meses y a 9 personas sordas durante tres meses. Por la plantilla se eligió una comisión de tres miembros Apolonia, Coral y Filomena. Se inicia el periodo de consultas el 17 de febrero, se mantuvieron cuatro reuniones y el 30 de enero de 2013 se llega a un acuerdo con los representantes de los trabajadores, suspendiéndose 15 contratos, seis de trabajadores no sordos durante 6 meses y a 9 trabajadores sordos durante 3 meses. (Folio 259 del expediente).

CUARTO.- El 15 de julio de 2013 se celebra una reunión a la que asisten el presidente de Funcasor Cristóbal, la Vicepresidenta Pura, la directora de la entidad Sabina el responsable de apoyo a la gestión de recursos humanos, Felipe, la directora de la sede de Funcasor en la Palma María Inés, la secretaria de la Fundación, Beatriz y las trabajadoras Felicidad, Gloria y Sonsoles. Se informaba que la comisión permanente acordó presentar el experimental para el año 2014 lo incrementaba las posibilidades de reincorporación efectiva existiendo un desfase temporal que era preciso resolver y que puesto que la ley no permitía de forma literal la posibilidad de prórroga había que hacer un nuevo proceso especialmente en orden a reducir los posibles perjuicios en la percepción de prestaciones por desempleo. Indicaba que la fecha prevista de resolución sobre el experimental era el 7 de octubre y si era positiva existían opciones reales de incorporación en tanto jugarían con grandes ventajas en la selección de personal que se

preveía para la segunda quincena de octubre hasta el 15 de noviembre de 2013, asumiendo que tras la misma se habría de producir un cambio sustancial en las condiciones de trabajo para ajustarlas al nuevo presupuesto. Entendiendo que podían existir circunstancias personales que impidieran asumir las nuevas condiciones de trabajo o que hicieran inviable la continuidad de la suspensión la única opción sería la extinción de la relación laboral. En dicho supuesto las trabajadoras se tendrían que incorporar el 16 de agosto durante al menos 15 días para luego extinguir la relación laboral con la correspondiente indemnización por despido por causas económicas de 20 días por año trabajado. En el caso de optar por la suspensión quedando a la expectativa de los resultados de la experimental las trabajadoras se tendrían que incorporar igualmente el 16 de agosto pasando de nuevo al estatus de empleado, si bien se espera reducir al mínimo el periodo en que permanecieran en tal situación en orden a minimizar los costes para la fundación de forma que podrían entrar de nuevo en suspensión el 19 de agosto, señalando que la intención era alcanzar un acuerdo sobre dicho extremo que permitiera realizar el proceso durante las semanas previas a la conclusión de la suspensión actual de manera que las trabajadoras ni siquiera tenían que incorporarse efectivamente a sus puestos sino que realizarían todos los trámites a nivel de administración y seguridad social. Se informaba que una de ellas se podía incorporar en agosto sin entrar de nuevo en suspensión. Indica que la suspensión costaría más dinero a la fundación que a partir de 15 de octubre ya no habría derecho a la bonificación de cuotas y que las trabajadoras que entraran de nuevo en suspensión empezarían a consumir prestación por desempleo de la que tengan acumulada. Surgieron dudas de las razones por las que había que hacer un nuevo expediente sobre la reincorporación automática sin pasar por un proceso selectivo y sobre el cambio de condiciones laborales al reincorporarse y la posibilidad de participar en futuras selecciones de personal si se opta por la extinción. (Se da por reproducido el contenido de dicha reunión que consta en el folio 86 y 87 de las actuaciones).

El 16 de julio de 2013 por la empresa se remite correo a las trabajadoras en el que se indicaban dos propuestas concretas para que las pudieran incorporar a su proceso de toma de decisiones, la primera la posibilidad de que la Fundación asumiera los costes

de formación para mejorar su perfil y la segunda la posibilidad de incorporación el 16 de agosto de 2013 de una preparadora laboral .Reiterando la intención de hacer todo lo posible para evitar las extinciones para lo que se estaban haciendo las cosas de la forma más clara y directa posible único camino para tener futuro, quedando a la espera de su decisión. (Folio 52).

El 19 de julio de 2013 Gloria remitió un correo en el que indicaba que sabiendo que tenía que dar el lunes una respuesta a lo planteado en la reunión de la semana y contestar por la propuesta hecha por correo el martes adjuntaba un documento con algunas dudas que eran necesaria plantear para facilitar todo ese proceso de consulta (Folio 53).

La empresa le contesta el 22 de julio de 2013. (Folio 54).

El 22 de julio Gloria remite correo comunicando su intención de continuar en la prórroga, es decir sumarse al nuevo expediente de suspensión esperando conocer los criterios a pactar así como las condiciones de la propuesta realizada. (Folio 55)

El 23 de julio de 2013 se celebra una reunión entre representantes de la empresa Jobana Do Coito, Gloria y los asesores de CCOO Y CGT (Folio 95).

El 24 de julio de 2013 Gloria envió el currículum actualizado para tratar el tema de la formación. (Folio 55)

El 25 de julio de 2013 la empresa contesta a su consulta acerca de la propuesta recibida. (Folio 56).

El 30 de julio de 2013 la empresa le remite descripción del puesto de trabajo de preparador laboral y el 31 de julio nueva comunicación sobre remisión de documentación. (Folio 315).

El 31 de julio de 20103 Lorena remitió correo preguntando si se sabía algo de los plazos para los trámites del ERE y días para las reuniones y borrador del acuerdo. (Folio 58)

La empresa le contesta el mismo día señalando que ya tenía la carta de renovación del procedimiento del expediente de regulación, y quería que estuvieran firmadas el día 1 para empezar el procedimiento cuanto antes. (Folio 59).

QUINTO.- Por carta de 31 de julio entregada por la empresa en dicha fecha a Gloria, Tarsila, Sonsoles, Angelina, a Coro, Flor, Magdalena y a Ramona se ponía en su conocimiento la necesidad de continuar la suspensión en vigor de cuatro contratos de trabajo vinculados a los programas experimentales en materia de empleo durante el periodo de 16 de agosto al 31 de diciembre. Se indicaba que con dicha comunicación quedaba abierto el periodo de consultas de 15 días establecido legalmente, y de conformidad con el artículo 41.2 del ET al no existir representación legal de los trabajadores se les informaba que disponían de cinco días para atribuir su presentación desde la representación de la comunicación a una comisión de un máximo de tres miembros integrada y elegida por trabajadores de la fundación o a una comisión de igual número de componentes designados según su representatividad por los sindicatos más representativos, informándoles que si una vez transcurrido dicho plazo no se hubiera designado comisión alguna ello no impediría la continuidad del procedimiento. (Folios 99 a 100 y 118 a 134 del expediente).

El día 1 de agosto de 2013 se entrega la citada comunicación a Felicidad, Azucena Elena, Irene Milagrosa, Apolonia, Sonia, Adriana, Belinda, Gabriela, Filomena, Olga. (Folio 135 a 162 del expediente).

El 2 de agosto de 2013 la Fundación presenta en la Consejería escrito por el que manifiesta acogerse a procedimiento de regulación de empleo para la suspensión de contratos de 4 trabajadores por no disponer de financiación específica y dificultades económicas. En la memoria se explicaba que se había procedido a una primera suspensión de contratos de 13 personas en enero de 2013, por no contar con líneas específicas de financiación, pero que en junio de 2014 se había convocado por el Servicio Canario de Empleo nuevas subvenciones con probabilidades racionales de que se dieran una nueva subvención en el plazo de cuatro meses, por lo que se continuarán 4 de las trabajadoras que tenían suspendido el contrato (Folios 1 al 3 del expediente).

SEXTO.- El 6 de agosto de 2013 la Fundación envía borrador del documento (pendiente de concretar fechas) de comunicación a las trabajadoras afectadas por la renovación del Ere. (Folio 62).

El 5 de agosto de 2013 Gloria contesta que había cuestiones que aclarar con la asesoría. (Folio 63).

El 6 de agosto de 2013 la empresa le pregunta que cuestiones quería aclarar para preguntar a la asesoría. (Folio 63).

El 7 de agosto de 2013 la empresa remite a Gloria el documento de acuerdo que remite la asesoría necesitando que diera el visto bueno para ir agilizando los trámites. (Folio 65).

El 8 de agosto de 2013 Gloria remite correo contestando en relación a las aportaciones a la comunicación individual. (Folios 66 y 67).

El 9 de agosto de 2013 Gloria contesta que firmó la comunicación y que pensaba que era un acuerdo y no una comunicación. (Folio 68).

El 9 y 11 y 13 de agosto de 2013 se intercambian nuevos correos. (Folios 70 y 71 y 72).

El día 14 de agosto Gloria remite correo indicando que como resultaba de la información que el nuevo expediente no reunía los requisitos exigidos acudiría a la empresa el 16 de agosto. (Folio 74).

El 12 de agosto de 2013 tiene entrada en la Inspección de Trabajo oficio del Servicio de Promoción laboral dando traslado de la comunicación y documentación presentada. (Folio 107).

SÉPTIMO.- La fundación el 8 de agosto de 2013 comunica a Lorenza la continuidad de la suspensión de su contrato desde el día 16 de agosto hasta el 31 de diciembre indicando que el 1 de febrero de 2013 se había formalizado acuerdo de suspensión, en el que se contemplaba que podían ser prorrogados si dichas circunstancias persistían, y que se había iniciado periodo de consultas el 2 de agosto con el fin de instar la continuidad y en la que se daba traslado a los trabajadores de las razones que obligaban a realizar dicha medida. La actora suscribió la carta haciendo constar que no estaba conforme. (Folio 105).

OCTAVO.- El 8 de agosto de 2013 por el Servicio de Promoción laboral se remite a la fundación oficio en el que se le indicaba que la comunicación no reunía los requisitos y para que fueran subsanadas las deficiencias advertidas en la comunicación solicitando aportación de documentación entre otros como apertura de periodo de consultas, representantes e información sobre la composición de la comisión negociadora, informe de gestión y cuentas (Folio 102 a 105 del expediente).

NOVENO.- El 14 de agosto de 2013 tiene entrada en la DGT comunicación de decisión empresarial de suspensión de cuatro contratos de trabajo, (Felicidad, Gloria, Palmira, Sonsoles) así como escrito y documentación presentados por la fundación en respuesta al requerimiento de la documentación. (Folio 111 a 169 del expediente). En la comunicación empresarial se indica que se ha decidido llevar a cabo la medida entre el 16 de agosto de 2013 y el 31 de diciembre de 2013 (Folio 249 del expediente).

De dicha documentación y comunicación se da traslado por el Servicio de Promoción laboral a la Inspección de trabajo teniendo entrada el 22 de agosto de 2013 (Folio 240 del expediente).

DÉCIMO.- El 30 de agosto de 2013 tiene entrada en la Dirección General de trabajo informe emitido por la Inspección el día 23 de en el que apreciaba indicios de fraude coacción y dolo (Folio 241 y siguientes del expediente).

UNDÉCIMO.- El 6 de septiembre de 2013 se realiza advertencia a Funcasor de las conclusiones emitidas por la inspección, el 6 de septiembre de 2013 se remite al Servicio Público de Empleo Estatal informe emitido por la inspección de trabajo y copia de la advertencia realizada a la empresa. (Folio 249 del expediente). Dicho oficio también se remite a las trabajadoras y al Servicio Público de Empleo Estatal. (Folio 254).

DUODÉCIMO.- El 18 de septiembre de 2013 tiene entrada en el centro directivo escrito del Director del Servicio Público de Empleo Estatal proponiendo la impugnación de la decisión empresarial ante la jurisdicción social con base en el informe emitido por la Inspección.

El 17 de septiembre de 2013 tiene entrada en la Dirección General del Trabajo oficio del Servicio público de empleo comunicando que procedería a revocar los expedientes de prestación por desempleo de las trabajadoras reconocidos de 15 y 16 de agosto al 30 de diciembre de 2013 al ser invalidada la situación legal de desempleo proponiendo la impugnación de la decisión empresarial (folio 261 del expediente).

DÉCIMO TERCERO.- La Fundación el 24 de septiembre de 2013 presenta escrito sobre el informe de la Inspección de Trabajo solicitando que se emitiera nuevo informe por la inspección favorable. De dicho escrito se da traslado a los referidos organismos el 27 de septiembre de 2013 y se solicita informe complementario de la Inspección. (Folio 263 a 284).

DÉCIMO CUARTO.- El 8 de octubre de 2013 tiene entrada informe complementario solicitado a la Inspección el 1 de octubre de 2013 sobre los indicios apreciados por la Inspección que fundamentaran la presentación de la demanda, de dicho informe se dio traslado al Servicio Público de empleo estatal el 10 de octubre de 2013. (Folios 283 a 294).

DÉCIMO QUINTO.- El 23 de octubre de 2013 se remite por el Servicio de Promoción laboral a la Inspección de trabajo documentación presentada por la empresa el 18 de octubre de 2013. (Folio 313).

DÉCIMO SEXTO.- Por resolución de 4 de noviembre de 2013 se acuerda por la Dirección General de Trabajo ejercitar la acción de oficio del artículo 148.b de la LRJS. (Folios 314 a 321 del expediente). DÉCIMO SÉPTIMO.- El 6 de noviembre de 2013 tiene entrada en el juzgado decano la demanda de oficio (Folio 347 y ss expediente).

DÉCIMO OCTAVO.- Por resolución de 23 de noviembre de 2013 por el Servicio público de empleo estatal se revoca la resolución de fecha 23 de agosto de 2013 y se declarara la percepción indebida de prestaciones percibidas por Lorenza correspondiente al periodo de 15 de agosto al 18 de agosto de 2013. (Folio 124 a 125)

DECIMONOVENO.- El 4 de diciembre de 2013 por el Servicio Público de Empleo estatal se dicta resolución denegando la prestación por desempleo a Gloria. (Folio 128).

VIGÉSIMO.- El 5 de diciembre de 2013 la Fundación presenta recurso de alzada contra la resolución de la Dirección General de Trabajo de 4 de noviembre de 2013 (Folio 356-364 del expediente).

VIGÉSIMO PRIMERO.- El 10 de diciembre de 2013 por decreto del juzgado de lo social se admite a trámite la demanda y se convoca a las partes a juicio el 20 de enero de 2015 (Folio del expediente 399 y 400).

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Por Orden de 24 de junio de 2014 se resuelve el recurso de alzada (Folio 399 expediente).

VIGÉSIMO TERCERO.- El 16 de enero de 2015 por la empresa se presentó escrito en el juzgado alegando la falta de competencia. El 1 de abril de 2015 se dicta

auto por el juzgado declarando la competencia del juzgado para conocer el proceso. (Folio 404 y 405 del expediente).

VIGÉSIMO CUARTO.- El 15 de septiembre de 2015 se acuerda la suspensión de los autos actos de conciliación y juicio requiriendo a la actora para que manifestara si continuaba las actuaciones. (Folio 408 del expediente)

El 14 de octubre de 2015 se presenta en el juzgado la comunicación de la Dirección General de Trabajo de apreciar la falta de competencia de dicho órgano. (Folio 409).

VIGÉSIMO QUINTO.- El 30 de octubre de 2013 la empresa comunica a Lorenza que el 1 de noviembre de 2013 se reanudaba la suspensión de su contrato de trabajo. (Folio 160).

La empresa comunica el despido el 2 de diciembre de 2013 a Felicidad. (Folio 212 a 214).

El 2 de diciembre de 2013 la empresa comunica a Lorenza la finalización de la suspensión temporal y su reincorporación al puesto de trabajo el 3 de diciembre de 2013. (Folio 163).

Lorenza presenta el 5 de diciembre de 2013 demanda en reclamación por despido. (Folio 154 a 159).

La empresa le comunica el 1 de septiembre de 2014 la extinción del contrato de trabajo al amparo de lo establecido en el artículo 52.c y 52.e del ET y presenta demanda por despido el 13 de octubre de 2014. (Folio 173).

El 24 de noviembre de 2015 la trabajadora comunica el desistimiento del procedimiento por despido al haber llegado a un acuerdo con la empresa.

VIGÉSIMO SEXTO.- Por Funcasor se ha contratado el 14 de enero de 2013 a Zaira, Belinda y el 28 de enero de 2013 a Azucena y a Roque el 26 de febrero de 2013. (Informe de la inspección folio 245 y folio 664 del expediente).

El 21 de agosto de 2013 se realiza por la Inspección de Trabajo un control de empleo en el centro de trabajo de la empresa situado en Tegueste, constatando que el administrativo Jose Ramón esta de alta en Laborsord, empresa participada al 100% por Funcasor y que, Laborsord tenía varios Códigos de cuenta de cotización en los que se ha dado de alta a nuevos trabajadores. El 22 de agosto de 2013 se constata por la Inspección de la documentación aportada en la empresa que Lorenza seguía trabajando porque se había autorizado su proyecto.

Por la Inspección de trabajo se constata en informe de 3 de agosto de 2013 que los gastos de personal de Funcasor se reducen de -787706,75 a 760529,75 en 2012 en 17000 euros. Los servicios exteriores de la fundación aumentan de 235856,17 a 243525,25 euros. En la cuenta de servicios profesionales independientes aparece un gasto de -59666,36 euros que aumenta a 81462 euros, gastándose 21796 euros más en la externalización de servicios. El gasto por deudas fue de 958287,57 en 2011 a 911796,95 en 2011. Aumentan las cuotas de los socios y de los patrocinadores, pero disminuyen las amortizaciones. En 2012 en el pasivo corriente aumentan las deudas correspondientes a subvenciones de 4343,39 a 480890,83.

La fundación ha contratado como asesor externo a Felipe. En la Palma se ha contratado a Ramona con contrato 401 con fecha 12 de marzo de 2013 como intérprete de lengua de signos. Laborsord si ha contratado a los siguientes trabajadores: con

contratos de duración determinada por obra y servicio y a tiempo parcial de fecha 22 de agosto de 2013: Cesáreo, Lourdes, Eugenio, Baltasar Constancio. Se ha contratado con el 1 de agosto de 2013 a Teresa, y Aida. El 30 de julio de 2013 a Ginés con contrato de duración de terminada de obra o servicio. El 11 de junio de 2013 a Justiniano. (Informe Inspección de trabajo folios 241 a 245 del expediente).

VIGÉSIMO SÉPTIMO.- Laborsord se constituye el 5 de junio de 1998, Funcasor es titular del 200% de su capital social. El objeto de la sociedad es la realización de toda clase de actividades relacionadas con hostelería turismo industria del ocio para la creación de empleo destinados a personas con discapacidad (Folio 221 del expediente).»

QUINTO.- Contra la referida sentencia se preparó recurso de casación en nombre de FUNCASOR, por el letrado Don Ramón Martínez Burgueño, quien, en escrito de fecha 20 de septiembre de 2016 formalizó el mismo basándose en los siguientes motivos: 1º) Al amparo de lo dispuesto en el art. 207 e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), por infracción de los arts. 138 LRJS y 59 del Estatuto de los trabajadores (ET). 2º) Al amparo del art. 207 d) LRJS, por error en la apreciación de la prueba (folio 1 del Expediente administrativo obrante en autos), por lo que solicita la modificación del hecho probado tercero de la sentencia recurrido. 3º) Al amparo de lo dispuesto en el art. 207 d) LRJS, por error en la apreciación de la prueba (folio 236 del Expediente administrativo obrante en autos), se solicita la adición de un nuevo hecho probado. 4º) Al amparo de lo dispuesto en el art. 207 e) LRJS, por infracción del art. 47 ET y del art. 16.3 del R.D. 1483/2012, de 29 de octubre.

SEXTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 20 de diciembre de 2016 se procedió a admitir el citado recurso. Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SÉPTIMO.- Por providencia de esta Sala de fecha 3 de abril de 2017, y dada la complejidad y trascendencia del asunto, se acordó su debate por la Sala en Pleno, señalándose para votación y fallo el 17 de mayo de 2017, volviéndose a señalar para el Pleno del 14 de junio de 2017, fecha en que tuvo lugar.

En dicho acto, la Magistrada Ponente Excma. Sra. D^a María Milagros Calvo Ibarlucea señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia a la Excma. Sra. Magistrada D^a. María Lourdes Arastey Sahun.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. La sentencia de instancia estima la demanda de procedimiento de oficio planteada por la autoridad laboral (Gobierno de Canarias) y deja sin efecto la decisión empresarial de suspensión de contratos de trabajo adoptada por la empresa demandada.

Acude la empresa a la casación ordinaria, planteando, como pretensión principal, la excepción de caducidad de la acción, a la que dedica el primero de los motivos de su recurso.

2. Debemos analizar, por tanto, cual debe de ser el plazo para el ejercicio de la acción conferida a la autoridad laboral en el art. 148 b) LRJS. Se trata de una cuestión que hemos abordado en el asunto resuelto por nuestra STS/4^a/Pleno de 21 de junio de 2017 (rec. 153/2016), a cuya doctrina hemos de estar.

3. La duda sobre el sometimiento de la autoridad laboral a un plazo de caducidad plantea dos aspectos distintos, que obligan a este órgano judicial -consciente de las dificultades con las que se enfrentan los Tribunales Superiores de Justicia en este materia- a efectuar un análisis lo más transversal posible de nuestro Ordenamiento jurídico, a fin de dotarlo de la coherencia necesaria que permita dar la respuesta a la que nuestra función juzgar obliga.

4. El primero de los problemas es el de determinar si estamos ante una acción sujeta a caducidad, para dilucidar después cuál deba ser el día inicial del cómputo del plazo. Lo cierto es que nuestro ordenamiento jurídico no contiene mención expresa alguna al respecto. Ni se fija tal requisito temporal en el art. 148 b) LRJS , ni lo hacen tampoco las demás reglas para el ejercicio de la acción, que se contienen en el último párrafo del art. 148 y en el art. 149 LRJS .

Tampoco el art. 124 LRJS -respecto del despido colectivo-, ni el art. 138 LRJS -que regula la modalidad procesal sobre suspensión del contrato y reducción de jornada- incluyen referencia a la obligación de la autoridad laboral de accionar en un determinado periodo de tiempo. Ello es particularmente extraño en el caso del primero de tales preceptos que expresamente recoge en su apartado 7 la eventualidad de la demanda de la autoridad laboral y, no obstante, olvida coordinarla como sí se hace respecto a las otras posibilidades de impugnación de la decisión o acuerdo extintivo -así sucede con las acciones individuales y con la llamada acción de "jactancia" del empresario.

Pese a ello, necesitamos acudir a estas dos modalidades procesales citadas para entender que, si la impugnación del despido colectivo y la de la suspensión del contrato por parte de los sujetos legitimados están sometidas a plazo de caducidad, también debe estarlo la impugnación por parte de la autoridad laboral.

4. Ciertamente, resulta cuando menos sorprendente que el legislador omita el requisito del plazo para el ejercicio de la acción en unas materias cuyo tratamiento procesal está regido por el principio de celeridad (art. 124.6 y 138.1 LRJS). No obstante, cabe entender que la omisión es meramente formal y que, en todo caso, no puede entenderse que la facultad conferida a la autoridad laboral pueda ser ejercitada en cualquier momento, ni siquiera que pueda regirse por el criterio genérico de la prescripción de las acciones de contenido laboral.

Si analizamos la regulación del procedimiento de impugnación del despido colectivo, observamos que las diversas posibilidades de impugnación de la decisión empresarial -con o sin acuerdo- están conectadas entre sí, precisamente en atención al juego de los distintos plazos de caducidad de la acción (de 20 días), de suerte que, para poder coordinar las diversas vías en atención a los distintos sujetos legitimados, bien colectiva, bien individualmente -incluida la demanda de la propia empresa-, se parte de esa regla de caducidad y de la necesidad de precisar los motivos para la suspensión de las demás acciones y el momento en que arranca la posibilidad de acceso a la acción del art. 124 LRJS.

Precisamente, el apartado 7 del art. 124 LRJS dispone que: «Si una vez iniciado el proceso por los representantes de los trabajadores se plantease demanda de oficio de conformidad con lo previsto en el artículo 148.b) de esta Ley, se suspenderá ésta hasta la resolución de aquél. En este supuesto, la autoridad laboral estará legitimada para ser parte en el proceso incoado por los representantes de los trabajadores o por el empresario. La sentencia, una vez firme, tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso de oficio pendiente de resolución».

De ello se colige que el procedimiento de oficio está condicionado al de impugnación del despido colectivo, siendo la sentencia de éste la que produce el efecto de cosa juzgada sobre aquél.

Algo similar cabe decir de la modalidad del art. 138 LRJS, sujeta asimismo a la caducidad de 20 días y susceptible de abordarse con alcance individual o colectivo. Precisamente, por esa necesidad de conexión, se ha aceptado por la doctrina de esta Sala IV del Tribunal Supremo que el plazo sea también aplicable a los conflictos colectivos, que impugnan modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, pese a que no se indica en el art. 160 LRJS (STS/4ª de 9 diciembre 2013, rec. 85/2013).

SEGUNDO.- 1. En un caso como el presente la posibilidad de interponer demanda de oficio en los términos del art. 148 b) LRJS no surge hasta el momento en que la entidad gestora de la prestación de desempleo hubiera informado que la decisión de la empresa pudiera tener por objeto la obtención indebida de prestaciones por parte de los trabajadores por inexistencia de la causa que motive la situación legal de desempleo.

Sucede, además, que en el caso de la suspensión de contratos o reducción de jornada, el empresario está obligado a seguir el trámite que se indica en los arts. 47.1 ET y 16 y ss. del RD 1483/2012, de 29 de octubre, que aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. Ello implica la comunicación a la autoridad laboral del inicio del periodo de consultas, la cual, a su vez, debe dar traslado de la misma a la Entidad gestora de las prestaciones de desempleo y recabar informe de la Inspección de Trabajo. Asimismo, el empresario ha de comunicar a la autoridad laboral la finalización del periodo de consultas y su resultado, en los términos del art. 20.6 del Reglamento, lo cual será igualmente trasladado a la entidad gestora de las prestaciones de desempleo «haciendo constar en todo caso la fecha en la que el empresario le ha remitido dicha comunicación» (art. 20.8).

2. Hemos sostenido que el inicio del plazo de caducidad se produce en el momento en que la empresa comunica la decisión a la representación de los trabajadores (STS/4ª de 15 septiembre 2014, rec. 290/2013); y, a la luz de los preceptos citados, no cabe negar que la autoridad laboral -así como la Entidad gestora de las prestaciones de desempleo- se halla en la misma posición, en cuanto al alcance de la información a su disposición, que dicha representación social.

3. Esa vinculación nos lleva necesariamente a exigir también la misma garantía de seguridad jurídica que surge de la perentoriedad de la impugnación de la decisión, predicable en todo caso. Sostener que la autoridad laboral no está limitada temporalmente para ejercitar la acción del art. 148 b) LRJS supondría poner en riesgo la efectividad de tal seguridad y generaría una incertidumbre para los afectados que no resulta jurídicamente admisible. Por ello, una interpretación sistemática y homogeneizadora del régimen de impugnación de estos procesos colectivos de flexibilidad interna o de despido colectivo nos debe conducir a entender aplicable el mismo plazo de caducidad de 20 días señalado con carácter general para cualquier tipo de acción destinada a contrarrestar este tipo de medidas del empresario (sean unilaterales o adoptadas tras el pacto), sin distinción alguna para el caso de que la impugnación provenga de la autoridad laboral en alguna de las dos facultades conferidas por el citado art. 148 b) LRJS.

Este criterio es análogo al que aplicábamos en la STS/4ª de 12 julio 2004 (rcud. 2756/2003), reiterada por las STS/4ª de 21 de octubre de 2004 (rcud. 4567/2003) y 25 octubre 2005 (rcud. 3078/2004), en donde se suscitaba la prescripción de la demanda de oficio en relación con el supuesto del apartado d) del art. 148 LRJS (allí, art. 149 LPL). Sostuvimos entonces que, a falta de norma específica, debía tenerse en cuenta que la demanda de oficio tiene la función de ser el presupuesto de la aplicación de normas

sancionadoras, por lo que deben aplicarse los plazos de prescripción y caducidad correspondientes a la conducta que se pretende sancionar.

TERCERO.- 1. Sentado lo anterior y afirmado el sometimiento de la parte actora al plazo de caducidad de 20 días para la interposición de la demanda de oficio, la respuesta al recurso pasa por examinar cuál deba de ser el día de inicio del cómputo del plazo de caducidad.

2. Las dificultades observadas con anterioridad a la hora de dilucidar si la demanda de oficio estaba sometida al plazo de caducidad se incrementan aquí debido a la ya advertida nula concreción del legislador al respecto.

Partiendo de la sujeción al citado plazo, hemos de entender que el mismo no puede comenzar a correr sino a partir del momento en que quien está facultado para la interposición de la demanda posea los elementos mínimos necesarios que le permitan evaluar la oportunidad y conveniencia de hacerlo. Pero, ciertamente, se da, además, la circunstancia de que la acción no nace aquí de una decisión de la propia autoridad laboral -como es el caso del primero de los dos supuestos del art. 148 b) LRJS, esto es, la apreciación de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la adopción de la medida-, sino del necesario informe previo de la entidad gestora de las prestaciones de desempleo.

Este último supuesto exige que sea la citada entidad gestora la que aprecie previamente que la decisión o medida «pudiera tener por objeto la obtención indebida de prestaciones...». Ello supone la imposibilidad para la autoridad laboral de iniciar el procedimiento de oficio por sí misma, como sí sucede en el caso del primero de los supuestos mencionados.

Además, no puede obviarse el papel que el informe de la Inspección de Trabajo puede desempeñar en la toma de conocimiento de las circunstancias de la conclusión del periodo de consultas y de su resultado. Dicho informe de la Inspección de Trabajo no es el que en este caso permite a la autoridad laboral interponer la demanda, pero sí es el núcleo del que se obtengan los elementos que determinan el posicionamiento del SPEE y éste, a su vez, determina la actuación iniciática procesal para la autoridad laboral. Así se desprende de los arts. 11.4 y 22 del Reglamento donde expresamente se señala que uno de los extremos de dicho informe pueda ser la consideración de que «el acuerdo tiene por objeto la obtención indebida de prestaciones por desempleo por parte de los trabajadores», lo que se hará constar en el informe «para su valoración por la entidad gestora de las prestaciones por desempleo». Este particularísimo mecanismo de obtención de la información necesaria para el ejercicio de la acción, que pasa por dos requisitos previos -el informe de la Inspección y la petición del SPEE-, sitúa las posibilidades reales de tal ejercicio en el momento en que el SPEE efectúa la petición, pero, a la vez, delimita el momento a partir del cual dicha Entidad Gestora puede poner en marcha el mecanismo de la impugnación ya que su actuación sólo resulta posible tras la emisión del indicado informe de la Inspección.

3. Ahora bien, como hemos afirmado, la salvaguarda de la seguridad jurídica de los afectados debe regir el análisis de la facultad de impugnación del acuerdo o la decisión empresarial y, además, constituye el elemento esencial para la afirmación de que la acción de oficio está sometida también al plazo de caducidad. Por ello, resultaría tal finalidad completamente anulada si, a su vez, no se delimitara el plazo para que la Entidad Gestora reaccione y se permitiera que el cumplimiento de su obligación de efectuar la petición a la autoridad laboral pudiese llevarse a cabo en cualquier momento que considerara oportuno. El respeto escrupuloso de los principios de legalidad y seguridad jurídica garantizados por el art. 9 de la Constitución exige la razonable equiparación de la solución que el legislador atribuye a todas las impugnaciones de las decisiones de carácter colectivo a las que se refiere el art. 148 b) LRJS.

Advertíamos antes de las dificultades provocadas por la incomprensible falta de precisión normativa al respecto y ponemos ahora de relieve la necesidad de que la Sala utilice los mismos mecanismos de hermenéutica para concluir que la totalidad de los instrumentos de impugnación de los acuerdos y decisiones en las materias relacionadas con los arts. 51 y 47 ET precisan del mismo tratamiento en cuanto a este aspecto relacionado con el plazo de caducidad. Por ello, siguiendo la máxima de que el dies a quo solo puede fijarse en el momento en que quien ejercita la acción pudo ejercitarla habrá de exigirse también que quien, como en el caso de la Entidad Gestora de desempleo, es el único facultado para excitar ese ejercicio de la acción haga uso de tal facultad dentro de idéntico plazo, contado a partir del momento en que pudo hacerlo. Ello significa que el SPEE disponía de 20 días desde que pudo poner en marcha su potestad de informe, por poseer los elementos necesarios para el conocimiento de la situación de la que extrae su sospecha.

En el presente caso, consta que tuvo conocimiento del informe de la Inspección - emitido, a su vez, dentro del plazo reglamentario- y que, efectivamente, el SPEE actuó en plazo permitiendo, a su vez, empezar a contar el plazo para la acción de la autoridad laboral, pues éste, como ya hemos apuntado, arrancará en el momento en que el SPEE le comunica su informe y petición.

4. Resulta en el presente caso que la Entidad Gestora emitió su informe el 18 de septiembre de 2013 y, no obstante, la autoridad laboral no interpone la demanda hasta el 6 de noviembre de 2013, habiendo transcurrido con creces el plazo de caducidad y superándose ya la facultad de impugnación, pues estamos ante un peculiar supuesto de necesaria coordinación de dos órganos administrativos a los que, si bien nos parece oportuno no aplicar el plazo desde el mismo momento, no puede excluirse de la obligación de actuar dentro del mismo para el ejercicio de sus respectivas potestades.

Es consciente esta Sala de que el ejercicio de la acción en estos casos exige la intervención de dos Administraciones distintas, al haber limitado el legislador la

legitimación únicamente de la autoridad laboral - enmarcada, frecuentemente, en la Administración Autonómica- y, a la vez, imponerle a ésta que necesariamente exista un previo informe de la Entidad Gestora -dentro de la Administración Estatal-. Tal difícil y complejo mecanismo pudiera haberse evitado de haber atribuido a esta última la legitimación para accionar en este segundo supuesto del art. 148 b) LRJS, habida cuenta del objeto de la pretensión y de la exclusividad de sus competencias en materia prestacional, en la misma línea que se ha interpretado el apartado a) del art. 148 LRJS respecto de la Tesorería General de la Seguridad Social (STS/4ª de 1 de marzo de 2017, rcud. 1172/2015). La actual dicción del precepto que ahora resulta aplicable no permite atribuir al SPEE dicha legitimación, mas ello no puede justificar que la potestad que sí se le reconoce de incitar a la autoridad laboral -mediante una actividad que, además, no es resolutoria, sino de mero informe-, permanezca ajena a los requisitos de seguridad jurídica de la acción. A dicha potestad y función de informe previo han de aplicarse en todo caso los principios generales de los arts. 3 y 4 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (aplicable al caso) y, muy en particular, los que rigen las relaciones entre Administraciones.

5. A lo dicho no cabe oponer la puesta en marcha de nuevas actuaciones de la Inspección, pues los plazos de caducidad deben observarse con rigor y no pueden quedar sometidos a la discrecionalidad de quien está legitimado para el ejercicio de la acción. El primer y preceptivo informe de la Inspección de Trabajo ofreció ya la información pertinente para que el SPEE pusiera en marcha la impugnación y la autoridad laboral conocía, por tanto, el necesario e imprescindible informe de la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo.

5. Procede, en suma, estimar el recurso de la empresa, casar y anula la sentencia recurrida y desestimar la demanda rectora del proceso por caducidad de la acción, lo que hace innecesario el análisis de los motivos del recurso que se planteaban con carácter subsidiario.

6. De conformidad con lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS, no procede la imposición de costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido estimar el recurso de casación interpuesto por la Fundación Canaria para el Sordo (FUNCASOR) contra la sentencia dictada el 10 de diciembre de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Santa Cruz de Tenerife), seguidos a instancia de la Dirección General de Trabajo del Gobierno de Canarias contra la ahora recurrente, D^a Felicidad , D^a Lorenza , D^a Palmira y D^a Sonsoles, en la que también fue parte el Ministerio Fiscal. En consecuencia casamos y anulamos dicha sentencia y, apreciando la excepción de caducidad de la acción, desestimamos la demanda rectora del proceso. Sin costas. Devuélvase el depósito dado para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR:

Voto particular que formula la Magistrada de esta Sala IV del Tribunal Supremo, la Excm. Sra. D^a. María Milagros Calvo Ibarlucea a la sentencia dictada en el recurso de casación nº 271/2016.

El presente voto se dirige a mostrar la discrepancia con la fijación de un plazo de caducidad en orden a establecer el límite temporal en el que la autoridad laboral puede ejercer la acción prevista en los artículos 47 del Estatuto de los Trabajadores y 148-b) de la LJS.

Una elemental sistemática impide retroceder al marco del artículo 138 de la LJS dado que en el mismo existe la mención expresa de la, demanda de los trabajadores afectados" y en consecuencia a ellos afecta el plazo de caducidad de veinte días que el precepto contempla.

El tenor literal de la norma de aplicación, artículo 148 de la LRJS, nos da una respuesta negativa a la cuestión planteada aunque no de un modo expreso sino por falta absoluta de referencia al instituto de la caducidad y de la prescripción y ante el silencio de la norma cabe formular el interrogante acerca de la aplicabilidad de la norma que con carácter general regula ambas.

El régimen de la caducidad en el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores se concreta en el punto 3, en relación a las acciones por despido o resolución de los contratos temporales y decisiones empresariales en materia de movilidad geográfica o modificación sustancial de condiciones de trabajo. No se contiene en dicho apartado una cláusula abierta como sucede a propósito de la prescripción: «las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescribirán al año de su terminación». La superior restricción que la caducidad supone para el ejercicio de las acciones que por ella puedan estar afectadas justifica el diferente trato dispensado por el legislador.

En consecuencia para las acciones nacidas del contrato de trabajo es el artículo 59 el que, sentando un criterio general para ambas instituciones prescripción y caducidad señala cual deba ser el camino para dilucidar si el silencio de una norma, en

este caso el artículo 148 del Estatuto de los Trabajadores, puede ser colmado acudiendo a una interpretación sistemática que desembocando en la vía analógica hallar un parangón nos permita extender su aplicación a la actuación cuestionada. La respuesta deberá ser negativa pues la base sistemática que nos proporciona el citado artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores es de la suficiente contundencia como para no facultar al intérprete la búsqueda de analogía vedada por los claros términos del precepto, y por el principio de prohibición de la analogía extensiva *in malam partem*.

No es factible entender salvada de la restricción a la caducidad la facultad impugnadora de la Administración para incoar el procedimiento que sirva a la declaración de fraude, si atendemos a que no se trata de una acción nacida del contrato de trabajo, como han señalado las SSTS que negaron la posibilidad de prescripción, siendo la demanda de oficio la que sirve para obtener el título con el que iniciar el expediente sancionador.

Nos referimos a las SSTS de 12-7-2004 (Rcud. 2756/2003), 25-10-2004 (Rcud 4567/2003), 25-10-2005 (Rcud 3078/2004) y 13-11-2006 (Rcud. 3331/2005). A dichas resoluciones alude la sentencia en el tercero de sus fundamentos de Derecho, punto 3 cuando, afirma que:

«Este criterio es análogo al que aplicábamos en la STS/4ª de 12 de julio 2004 (rcud. 2756/2003), reiterada por las STS/4ª de 21 de octubre de 2004 (rcud. 4567/2003) y 25 de octubre 2005 (rcud. 3078/2004), en donde se suscitaba la prescripción de la demanda de oficio en relación con el supuesto del apartado d) del art. 148 LRJS (allí art. 149 LPL). Sostuvimos entonces que, a falta de norma específica, debía tenerse en cuenta que la demanda de oficio tiene la función de ser el presupuesto de la aplicación de normas sancionadoras, por lo que deben aplicarse los plazos de prescripción y caducidad correspondientes a la conducta que se pretende sancionar».

Lo que la doctrina de mérito resolvió en la ausencia de plazo de percepción para interponer la demanda de oficio diciendo lo siguiente:

«QUINTO.- La solución al problema planteado lo apunta el propio recurrente en la parte del recurso de interposición dedicada a justificar la contradicción, cuando afirma que "todas las acciones procesales sujetas a prescripción, al margen de las sujetas a plazo de caducidad, derivadas del contrato de trabajo, entendiendo por tales las que se refieren estrictamente a la relación laboral no a prestaciones de la Seguridad Social, que tienen una dinámica distinta...". Aquí se encuentra la clave para decidir la cuestión planteada; los plazos de prescripción y caducidad a que alude el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores se refieren a las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial, destinando reglas para los distintos supuestos, como el de exigir percepciones económicas, cumplimiento de obligaciones de tracto único, despidos, resoluciones del contrato temporal o impugnación de las decisiones empresariales en materia de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo y se asientan en el derecho laboral, en tanto que la ejercitada en el procedimiento de oficio no se refiere a ninguna de esas cuestiones sino que sirve de presupuesto necesario para la aplicación de normas de la Seguridad Social, en cuyo campo será posible alegar u oponer la prescripción cuando, como consecuencia de la sentencia estimatoria de la demanda de oficio, pueda proseguir su curso el expediente administrativo sancionador, que ha quedado interrumpido con la admisión de la demanda, según el artículo 150.2 de la Ley de Procedimiento Laboral Pero, en cualquier caso, no es este el lugar ni el trámite para alegar la prescripción sino el del expediente administrativo que termine con la imposición de las sanciones a que se refiere el artículo 21 citado.»

En consecuencia no es cierto que la jurisprudencia indicada pretenda extrapolar a la demanda de oficio los plazos de expediente sancionador, ya que declara su inaplicación.

Se convierte en plazo inútil el de prescripción de cuatro años, artículo 26 de la LISOS ya que no podrá incoarse el procedimiento que la ley citada regula, al carecer de título para ello.

No cabe salvar esa carencia mediante proceso de revisión de oficio de los artículos 146 y 147 de la LJS.

El artículo 146 de la LJS contempla los siguientes supuestos para incoar la acción de revisión de oficio.

Cuando alude al resto de supuestos únicamente cabe incluir aquellos en los que el SPEE ha reconocido una prestación en la que se hallan ausentes los requisitos de los artículos 203 a 222 de la LGSS vigente al tiempo de los hechos.

Tampoco cabe entender que la existencia de fraude sería apreciable como inexistencia de la situación de desempleo ya que cuando el legislador ha querido contemplar el fraude en la prestación de desempleo objeto del ejercicio de la acción revisoria lo hace en el artículo 147 a propósito de la suscripción en los cuatro años inmediatamente anteriores a una solicitud por finalización de varios contratos temporales con una misma empresa para que el empresario sea declarado responsable del abono de las prestaciones, en los términos que el precepto define y reduciendo el plazo, de prescripción, a seis meses, siendo de cuatro años el plazo regulado en el artículo 146.

Los procesos a los que se hace referencia en este voto particular no son opcionales para la Administración, ello iría en contra del más elemental principio de

economía y eficiencia. Los procesos o son consecuencia unos de otros o se excluyen entre sí al estar orientados a distinta finalidad.

El hecho de haber aceptado la caducidad, pese a su naturaleza distinta de la de prescripción, hace inoperante la jurisprudencia que proscribió ésta. Dado que no nos hallamos ante la caducidad de un expediente análogo al incoado en el ámbito de las prestaciones de Seguridad Social cuya caducidad no impide el posterior ejercicio de la acción en tanto no haya prescrito el derecho, en el caso que nos ocupa, la acción no podrá ser nuevamente ejercitada ya que afecta a su propia esencia.

En su propósito de enmendar el marco normativo la sentencia no solo crea el instituto de la caducidad allí donde no existe y le dota de un plazo sino que avanzando en la labor creativa se inmiscuye en el ámbito administrativo previo a la vía jurisdiccional e impone al SPEE un plazo, también de nueva creación, para que emita su comunicación dirigida a la autoridad laboral acerca de la necesidad de entablar la acción regida por los artículos 47 del Estatuto de los Trabajadores y 148-b) de la LJS, de suerte que también se crea un segundo ámbito artificial con vistas a la fijación del dies a quo.

Plazo que llama la atención por su brevedad si tenemos en cuenta el artículo 42 de la LRJAPPA L. 30/92 de 26 de enero y que al SPEE se le comunica el acuerdo el 15-7-2014 y el artículo 20 del Reglamento aprobado por el RD 928/1998 de 14 de mayo que regula los procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatarios de la Seguridad Social.

El impulso creativo a través de la función judicial no debe prescindir de que el legislador goza de una facultad, establecer el régimen de transitoriedad cuando una nueva regulación pueda afectar a situaciones anteriores, facultad de la que el Juez carece, transitoriedad que sirve para paliar las consecuencias de la irrupción de una normativa nueva en un ámbito de confianza y seguridad jurídica de actuación conforme

a Derecho, facultad que complementa el principio general de irretroactividad de las normas, salvo las excepciones que el legislador administra.

Cuando la jurisprudencia actúa en los límites de su función no se encuentra limitada por el principio de irretroactividad, pese a que decisiones jurídicas europeas hayan llegado a soluciones distantes de ese principio y sin que el mismo obste a una justificación en el cambio de criterio, pero no es ese el proyecto al que la sentencia dota de autoridad sino a otro bien distinto.

Lo que se produce en definitiva en la resolución es una extralimitación en la que no cabe invocar la analogía, por dos razones, no se trata de interpretar una norma de oscuro significado sino de crear otra al margen de la que existe y tampoco existe la identidad de razón, pues en un caso, ex artículo 138 LJS, estamos ante la regulación de una acción reconocida a los trabajadores que litigan en su propio interés y la acción del artículo 148 b) de la misma Ley rituaria es la atribuida a la autoridad laboral en defensa de un interés público.

Pero aun cuando existiera la llamada identidad de razón, nos hallamos en presencia de una institución restrictiva de derechos, sobre la que pesa el principio de prohibición de la extensión de normas con ese carácter, derivando en el de prohibición de analogía en malam partem.

Madrid, a 23 de junio de 2017

5-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE MAYO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 30 de septiembre de 2014 el Juzgado de lo Social nº 2 de Cáceres dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- La parte actora, África, venía prestando servicios inicialmente para la empresa BANKIA S.A. con antigüedad de 14/6/99 y categoría profesional de oficial administrativo, grupo 1 nivel VII, percibiendo un salario de 3.395,78 euros mensuales incluida la prorrata de pagas extras.

SEGUNDO.- A principios de 2012 se inicia en la entidad un período de consultas previo a un procedimiento de despido colectivo de hasta un máximo de 4.500 trabajadores, que concluye con un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Dicho acuerdo, que fue suscrito por las organizaciones sindicales hoy demandadas, obra en autos y su contenido se da aquí por reproducido. En el mismo se establecía que la determinación de los 4.500 trabajadores afectados se realizaría mediante bajas incentivadas, pudiendo los trabajadores adherirse al programa de bajas que se abrió al efecto a nivel nacional, o bien mediante designación directa por parte de la empresa, una vez finalizado el anterior programa, teniendo en cuenta las valoraciones resultantes de los procesos de evaluación realizados por la empresa, y ello, en los términos del referido acuerdo.

Obra en autos informe de la Inspección de Trabajo sobre el procedimiento de regulación de empleo iniciado por la empresa hoy demandada. Su contenido se da aquí por reproducido.

TERCERO.- Con fecha 18/6/13 y efectos de 9/7/13, la empresa participa a la trabajadora su despido por causas objetivas en aplicación de dicho acuerdo, poniendo a su disposición las cantidades especificadas en el Hecho Segundo "in fine" de la demanda, que se da aquí por reproducido. Tal comunicación obra en autos y su contenido se da igualmente por reproducido.

CUARTO.- Bankia en 2.011 sufrió pérdidas próximas a 5.000 millones de euros y de 20.000 millones en 2.012. La actora obtuvo una valoración de 4,5 puntos. Se dan por reproducidas las valoraciones de la zona de Extremadura obrantes en autos. En la provincia de Cáceres se amortizaron, mediante el mecanismo de designación directa del banco antes expresado, cuatro puestos de comercial, siendo así que el único trabajador que tenía una valoración inferior a la hoy actora tenía la condición de representante legal de los trabajadores.

QUINTO.- En septiembre de 2013, la empresa demandada comunica a los representantes de los trabajadores relación de los que causaron baja en virtud del acuerdo antes mencionado.

SEXTO.- La parte actora no ostenta ni ha ostentado en el último año la condición de representante legal de los trabajadores.

SÉPTIMO.- La parte actora presentó papeleta de conciliación celebrándose el preceptivo acto con el resultado de intentado sin avenencia.».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Que DESESTIMANDO la demanda formulada por África contra BANKIA, UGT, CSICA, ACCAM, SATE y CCOO, absuelvo a las demandadas de los pedimentos efectuados en su contra.».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación de un lado por D.^a África y de otro por Bankia S.A. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, la cual dictó sentencia en fecha 9 de junio de 2015 , en la que consta el siguiente fallo:

«Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por Dña. África contra la sentencia dictada el 30 de septiembre de 2014 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Cáceres, en autos seguidos a instancia de la recurrente frente a BANKIA SA, UGT, CSICA, SATE y ACCAM, revocamos la sentencia recurrida, declarando improcedente el despido de la demandante efectuado por BANKIA SA, a la que condenamos a que en el plazo de cinco días a partir de la notificación de esta sentencia opte entre abonar a la trabajadora una indemnización de 63.132 euros, de la que podrá descontar la que haya percibido por el despido, o readmitirla en su puesto de trabajo abonándole en tal caso los salarios de tramitación que desde el despido haya dejado de percibir, a razón de 111,64 euros diarios, de los que podrán descontarse, día a día, los que haya percibido por otro empleo posterior al despido.».

TERCERO.- Por la representación de Bankia S.A. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación.

A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), el recurrente propone como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 2 de mayo de 2013, (rollo 561/2013).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 4 de febrero de 2016 se admitió a trámite el presente recurso y se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 16 de mayo de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La cuestión que debemos resolver en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si resulta necesario que se entregue copia a los representantes de los trabajadores de la comunicación individual del despido derivada de un despido colectivo, como exigencia derivada de lo previsto en los artículos 51.4 y 53.1 ET, materia sobre la que se ha pronunciado reiteradamente esta Sala en SSTS 228/2016 de 16 marzo (rec. 832/2015) 251/2016 de 30 de marzo (rec. 2797/2014), 14/03/2017 (rec. 1218/2015) y 7/04/2017 (rec. 1580/2015), entre otras.

Tal y como consta en los hechos probados a que se atuvo la sentencia recurrida, dictada el 9 de junio de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura , la demandante prestaba servicios para Bankia S.A. con la categoría de oficial administrativo desde 1999. El 9 de enero de 2013 la empresa inició un procedimiento de despido colectivo, el cual finalizó con acuerdo el 8 de febrero de 2013, en el que se contemplaba la extinción de 4500 contratos de trabajo. En desarrollo

de lo pactado, el 18 de junio de 2013 la empresa comunicó a la actora la extinción de su contrato con efectos de 9 de julio de 2013.

Planteada demanda por despido por la referida trabajadora, el Juzgado de lo Social número 2 de Cáceres en sentencia de 30 de septiembre de 2014 desestimó la demanda. Recurrida en suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, en la sentencia que ahora se recurre en casación para la unificación de doctrina, de fecha 9 de junio de 2015 , declaró la improcedencia del despido y condenó a la empresa a las consecuencias derivadas de tal pronunciamiento. Para llegar a tal conclusión, la sentencia recurrida razona que al haberse acordado en el despido colectivo los criterios a seguir para la designación de los trabajadores cuyo contrato se extingue, no es necesario que la carta de despido los especifique y exponga las razones por las que la persona afectada resulta elegida. Por otra parte, ni el art. 53 ET ni ningún otro precepto exige que en la comunicación escrita al trabajador se haga constar el criterio de selección, si ha existido alguno, ni las razones por las que resulta elegido el trabajador.

Pero el despido había de considerarse improcedente porque la empresa no cumplió con la exigencia del art. 53.1.c ET en orden a la entrega de una copia de la carta de despido a la representación legal de los trabajadores, exigencia que no cabe subsanar con la posterior entrega de listados indicando las personas afectadas por el despido colectivo.

SEGUNDO.- En el recurso de casación que se interpone ahora por Bankia frente a la referida sentencia, se denuncian como infringidos los artículo 51.4 ET, en relación con el 53.1 del mismo texto legal , y se propone como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 2 de mayo de 2013 (R. 561/2013), en la que se desestima el recurso interpuesto por las trabajadoras allí recurrentes y se confirma la sentencia de instancia impugnada, que había desestimado la demanda de despido instada frente al Instituto Valenciano de

Vivienda SA (IVVSA), en el que se había llevado a cabo un despido colectivo, como consecuencia del cual se enviaron las correspondientes comunicaciones escritas a los trabajadores afectados, en el caso recibidas en los días 17, 18 y 24 de mayo de 2012 y 13 de julio de 2012, y en las que IVVSA notificó a las actoras sus despidos con base en el acuerdo adoptado el 4-5-2012 entre la empresa y las representaciones legales y sindicales de la misma, en el Expediente de Regulación de Empleo promovido el 2-4-2012 por causas económicas, productivas y organizativas, consistente en el despido colectivo de 211 trabajadores de un total de 327 en los términos establecidos en dicho acuerdo y con abono simultáneo de las indemnizaciones pertinentes.

Consta que el 2-4-2012 el IVVSA comunicó a la autoridad laboral y a la representación de los trabajadores la apertura del periodo de consultas con el fin de proceder a la extinción de 252 contratos de trabajo (ERE núm. NUM000), que concluyó con acuerdo de 4-5-2012, procediendo el 11-5-2012 la empresa a comunicar al comité de empresa la relación de trabajadores afectados.

Tal y como hemos afirmado en otras sentencias de la Sala, en las que se resuelven idénticos problemas en relación con la comunicación de los despidos individuales derivados del despido colectivo en Bankia, y en las que se analizaba esta misma sentencia de contraste (SSTS 14/03/2017 (rec. 1218/2015) y 7/04/2017 (rec. 1580/2015), entre las sentencias comparadas se produce la contradicción que exige el artículo 219 LRJS para la viabilidad del recurso, apartándonos razonadamente del criterio sostenido con anterioridad en el Auto de 8 de septiembre de 2015 (rec. 3560/2014), en el que se descartaba la existencia de contradicción entre las sentencias contrastadas.

A la vista de la doctrina que hemos sentado en la Sala con posterioridad a la fecha del referido Auto, sostuvimos en los recursos antes citados y lo hacemos en el presente, que la heterogeneidad de aspectos intrascendentes para la resolución del problema suscitado no rompe la preceptiva identidad entre los supuestos comparados.

Decíamos en la STS 14/03/2017 (rec. 1218/2015) que «... lo relevante acaba siendo que en ambos supuestos se contempla la impugnación de un despido individual inserto en un despido colectivo finalizado con acuerdo. En ambos casos se debate sobre si ha de cumplirse el requisito de la notificación de la carta individual de despido a los RLT. Mientras la sentencia recurrida se inclina por la improcedencia del despido, en la de contraste se entiende que esa calificación no puede surgir como consecuencia de que se haya omitido la entrega de la citada copia a la RLT...

A la vista de cuanto antecede, esta Sala considera que las sentencias comparadas cumplen con las exigencias del art. 219.1 LRJS en orden a posibilitar el examen del tema de fondo. Rectificamos, de este modo, el criterio que acogió nuestro Auto de 8 de septiembre de 2015 (rec. 3560/2014). Además de las razones apuntadas para justificar el cambio de criterio, añadamos que cuando se dicta todavía no había surgido la jurisprudencia respecto del tema de fondo, que de inmediato exponremos y aplicaremos; una vez conocida ésta resulta también más claro el modo en que debemos examinar la contradicción, orillando los aspectos irrelevantes».

TERCERO.- Partiendo entonces de la existencia de contradicción, el problema de fondo suscitado, relativo a determinar si en el despido individual de un trabajador afectado por un despido colectivo finalizado con acuerdo son exigibles todos los requisitos de forma del art. 53.1 ET , en relación con el art. 51.4 ET , y en particular si es necesaria la comunicación de los despidos individuales a los representantes de los trabajadores, debe resolverse con arreglo al criterio ya sostenido en la SSTS 228/2016 de 16 marzo (rec. 832/2015), 251/2016 de 30 de marzo (rec. 2797/2014), 281/2016, de 7 de abril 2016 (rec. 426/2015), 387/2016 (rec. 3020/2014), 521/2016 de 14 junio (rec. 3938/2014), 633/2016, de 7 de julio (rec. 246/2015) y 1094/2016, de 21 diciembre (rec. 52/2015), 14/03/2017 (rec. 1218/2015) y 7/04/2017 (rec. 1580/2015), entre otras.

En la STS de 14 de marzo de 2017 decíamos que para la resolución del referido problema jurídico habíamos de partir del contenido de los preceptos cuya infracción se

denuncia en el recurso, en referencia a la fecha en que se produce el despido (julio de 2013). El artículo 51.4 ET dice lo siguiente:

«Comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores, el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados, lo que deberá realizar conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de esta Ley . En todo caso, deberán haber transcurrido como mínimo treinta días entre la fecha de la comunicación de la apertura del periodo de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido».

Por su parte, el art. 53.1 ET regula la «Forma y efectos de la extinción por causas objetivas»; en ese primer número del artículo se establece la observancia de varios "requisitos", y el tercero de ellos, incluido como apartado c), incorpora la siguiente exigencia:

«Concesión de un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo. En el supuesto contemplado en el artículo 52.c), del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento».

Y en el art. 52 c) ET, encadenado al anterior, se dice que el contrato podrá extinguirse:

«Cuando concurra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo. Los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en el supuesto al que se refiere este apartado».

Desde el análisis jurídico de tales preceptos, la doctrina de la Sala contenida en las referidas sentencias afirma que «la literalidad de los artículos expuestos no arroja duda alguna que debiera resolverse invocando criterios teleológicos o analógicos. La copia del escrito de preaviso (que en realidad alude a la carta de despido) debe entregarse a los representantes de los trabajadores en el supuesto del despido objetivo (artículo 52.c), que es diverso del examinado en el caso, prototípico despido colectivo.»

Por ello se dice en la STS 14/03/2017 (rec. 1218/2015) que la aplicación de la jurisprudencia tradicional establecida en torno a ese requisito cuando se trata de despidos individuales no es extensible a los despidos colectivos, porque en estos casos no se trata «... de examinar la dimensión institucional o colectiva de la representación legal de los trabajadores y su seguimiento de las extinciones adoptadas por la empresa sino de aquilatar las exigencias legales del despido derivado de un procedimiento colectivo, en cuanto acto de individualización.

Lo cierto es que las garantías formales que el ET ha introducido en los casos de despido objetivo (individual, plural) no se trasladan de manera absoluta, sino que existen determinados matices cuando se trata de extinciones contractuales enmarcadas en un despido colectivo. La copia a los representantes de los trabajadores, por expreso mandato legal, solo procede entregarla en los supuestos del artículo 52.c) ET y no en los de despido colectivo.

La redacción literal no parece ofrecer dudas y a ella habrá de estarse, porque conforme al art. 3.1 CC el primer canon hermenéutico en la exégesis de la norma es "el sentido propio de sus palabras" [recientes, SSTs 09/12/10 -rcud 321/10 -; 09/02/11 -rcud 3369/09 -; 24/11/11 -rcud 191/11 -; 20/06/12 -rcud 2931/11 -; y 18/06/13 -rcod 108/12 -].

En efecto, la redacción de la norma ["... podrá notificar los despidos ... a los trabajadores afectados, lo que deberá realizar conforme a lo establecido en el artículo 53.1..."] es inequívocamente expresiva de que los requisitos de forma del art. 53.1 ET a que el precepto se remite solamente son predicables de la notificación a los "trabajadores afectados", sin que bajo el pretexto de esa remisión sea razonable que a tales exigencias formales para los "trabajadores afectados" [comunicación escrita con indicación de causa; puesta a disposición del importe indemnizatorio; y preaviso de quince días], que es el objeto propio y exclusivo de la remisión, se les añada también la exigencia -ni siquiera implícitamente contemplada por el art. 51.4 ET - de que el despido individual sea igualmente comunicado a la RLT, lo que la norma remitida - art. 53.1c)- exclusivamente refiere para los despidos basados en la causa 52.c ET . Notificación ésta que cobra sentido en el marco de la extinción por causas objetivas y que -cuando menos en el planteamiento del legislador- no parece necesaria en el PDC, habida cuenta de que -como hemos razonado en diversas ocasiones- el despido objetivo se lleva a cabo por decisión unilateral del empresario y sin control previo alguno por parte de la RLT, en tanto que el PDC requiere una previa negociación con los representantes de los trabajadores, de manera que las necesidades formales de la comunicación extintiva quedan incluso "atemperadas" por la existencia de la propia negociación y el conocimiento de toda clase de datos sobre el PDC que ello comporta (entre tantas anteriores, SSTs SG 23/09/14 -rco 231/13 -; 02/06/14 -rcud 2534/13 -; ... 23/02/16 -rco 50/15 -; y 24/02/16 -rco 2707/14-, asunto "Bankia ")».

CUARTO.- La aplicación de la anterior doctrina al caso que ahora enjuiciamos nos lleva a concluir que en las extinciones contractuales derivadas de un despido colectivo, terminado con acuerdo, no opera la necesidad de entregar copia de la carta a la representación de los trabajadores, lo que implica que la sentencia recurrida infringió los preceptos que en el recurso se denuncian y antes se han examinado y por ello el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado por Bankia deberá ser estimado, tal y como propone el Ministerio Fiscal, casada y anulada la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación, desestimando el de tal clase

interpuesto por la demandante y confirmar la sentencia de instancia, que había desestimado la demanda.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: 1) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la entidad BANKIA, S.A., representada y defendida por la Letrada Sra. Morales Sánchez de Bustamante. 2) Casar y anular la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura 296/2015, de 9 de junio de 2015. 3) Resolver el debate de suplicación, desestimando el recurso de tal clase interpuesto por Dña. África. 4) Confirmar la sentencia dictada el 30 de septiembre de 2014 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Cáceres, en los autos nº 436/2013. 5) Ordenar la devolución de los depósitos efectuados por Bankia para formalizar sus recursos de suplicación y casación para la unificación de doctrina. 6) Ordenar la devolución de la consignación efectuada por Bankia para formalizar su recurso de suplicación. 7) No realizar imposición de costas respecto de ninguno de los recursos resueltos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

6-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE DICIEMBRE DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 16 de junio de 2014 el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«1º.- D. Hilario, con NIE nº NUM000, prestó servicios en la empresa demandada con una antigüedad de 28.12.11, mediante un contrato eventual por circunstancias de la producción, a tiempo parcial de 6 horas diarias, categoría profesional de conductor y salario de 1.446,96 euros mes brutos, con inclusión de la prorrata de las pagas extras.

2º.- La parte demandante suscribió un documento de liquidación y finiquito el día 27.01.12, donde consta que se comprometía a nada más pedir ni reclamar, y mediante el cual se liquidaba la indemnización de final de contrato. En fecha 28.01.12 suscribe un nuevo contrato, también eventual, a tiempo completo, y en fecha 27.04.12 suscribe un nuevo documento de idéntico contenido que el anterior y liquidando el mismo concepto, si bien en esta fecha cesó en la empresa.

3º.- En fecha 24.05.12 el demandante presentó denuncia ante la Inspección de Trabajo, la cual, después de citar a la empresa y hacer las comprobaciones pertinentes de los tacógrafos relativos a la jornada del trabajador, comprobó que la jornada diaria realizada por el mismo excedía de la jornada diaria de 6 horas, realizando jornadas de 10 y 12 horas, iniciando procedimiento sancionador frente a la empresa en fecha 30.10.12. En fecha 05.12.12 se levanta Acta de Infracción por haber infringido el artículo 7.5 LISOS y concretamente en materia de transgresión de las normas legales o pactadas en materia de tiempo de trabajo, proponiendo la imposición de una sanción de 6.252 euros.

4º.- El demandante ha realizado la siguiente jornada de trabajo durante el período de enero a abril de 2012: (Tablas que no se reproducen, remitiéndonos a la sentencia de instancia donde constan).

5º.- Las horas realizadas en exceso de su jornada fijada contractualmente son 781 horas. El precio de la hora extra fijada en el convenio colectivo provincial del sector de transporte de mercancías de la provincia de Barcelona para el año 2010 (BOP 11.03.11), vigente según sentencia dictada por el TSJ de Catalunya de fecha 29.01.14, es de 11,37 euros, si bien la parte actora reclama el valor de 10,92 euros cada hora.

6º.- La parte demandante presentó papeleta de conciliación el día 23.10.13, siendo citadas para intentar la conciliación previa el día 03.03.14, finalizando con el resultado de Sin Avenencia.».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: «Que estimando en esencia la demanda promovida por D. Hilario contra TRANSVECTIO FALGUERA S.L. y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL debo condenar y condeno al mencionado demandado a abonar a al demandante la suma de 8.528,52 euros. Absolver al Fondo de Garantía Salarial como responsable principal sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria caso de insolvencia de la empresa».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Transvectio Falguera SL ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia en fecha 27 de marzo de 2015 , en la que consta el siguiente fallo: «Que desestimando el recurso interpuesto por TRANSVECTIO FALGUERA, S.L. contra la sentencia de fecha 16 de junio de 2014 dictada por el Juzgado de lo Social 3 de Barcelona en el procedimiento 906/2013 promovido por Hilario frente al recurrente y el Fondo de Garantía Salarial debemos o de confirmar y confirmamos la sentencia dictada. Se condena a la empresa recurrente a la pérdida de los depósitos, debiéndose dar el destino legal a las consignaciones o aseguramientos en su caso efectuados, así como condenamos a la empresa al abono de la cantidad de 450 € en concepto de honorarios de la Letrada impugnante».

TERCERO.- Por la representación de Transvectio Falguera SL se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación el 2 de junio de 2015. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Aragón en fecha 28 de octubre de 1998.

CUARTO.- Con fecha 27 de noviembre de 2015 se admitió a trámite el presente recurso, y no habiéndose personado la parte recurrida no obstante haber sido emplazada pasa lo actuado al Ministerio Fiscal a fin de que informe en el plazo de quince días sobre la procedencia o improcedencia del presente recurso.

QUINTO.- Por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de interesar la desestimación del recurso y subsidiariamente la improcedencia del recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 30 de noviembre de 2016, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. Objeto del Recurso.

En el presente recurso de casación se plantea la cuestión relativa a determinar que causas interrumpen el curso de la prescripción del derecho a reclamar diferencias salariales y en concreto que debe entenderse, conforme al artículo 1973 del Código Civil, por reclamación extrajudicial del acreedor y si tal consideración la merece la denuncia presentada ante la Inspección de Trabajo por impago de salarios o de horas extras.

El problema ha sido resuelto de forma contradictoria por las sentencias comparadas a los efectos en los términos requeridos para la viabilidad del recurso de casación unificadora por el artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. En efecto, en supuestos de hecho y de derecho parecidos, en un caso se reclamaba el pago de horas extras y en el otro salarios, han recaído resoluciones contrapuestas: la sentencia recurrida ha dado valor de reclamación extrajudicial a la denuncia formulada ante la Inspección de Trabajo cuando es conocida por el deudor, mientras que la sentencia de contraste, dictada el 28 de octubre de 1998 por la Sala del TSJ de Aragón (RS 562/1997) ha negado el efecto interruptivo de la prescripción a la denuncia ante la inspección por entender que sólo sirve para iniciar un proceso sancionador.

Existe, pues, una contradicción doctrinal necesitada de unificación y procede, por ende, entrar a conocer del fondo del asunto.

SEGUNDO.- 1. Doctrina jurisprudencial sobre la prescripción y su interrupción.

Abandonando anteriores criterios más rígidos y dogmáticos anteriores la Sala 1ª de este Tribunal, como resume su sentencia de 20 de octubre de 2016 (R. 1880/2014), viene manteniendo: «La doctrina de la Sala (STS 2 de noviembre de 2005, Rc. 605/1999) viene manteniendo la idea básica, para la exegesis de los artículos 1969 y 1973 CC , que siendo la prescripción una institución no fundada en principios de estricta justicia sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica, su aplicación por los Tribunales no debe ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva (sentencias de 8 de octubre de 1981 , 31 de enero 1983 , 2 de febrero y 16 de julio 1984 , 9 de mayo y 19 de septiembre de 1986 y 3 de febrero de 1987). Esta construcción finalista de la prescripción tiene su razón de ser tanto en la idea de sanción a las conductas de abandono en el ejercicio del propio derecho o de las propias facultades como en consideración de necesidad y utilidad social. De ahí que mantenga la Sala reiteradamente, al interpretar la prescripción, que cuando la cesación o abandono en el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditado y sí por el

contrario lo está el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible a menos de subvertir sus esencias.

Al llevar a cabo los tribunales esta labor interpretativa han de tener presente, por cuanto quedaría imprejuizada la pretensión de fondo planteada, el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) en su vertiente de acceso a la jurisdicción, ya que la estimación de la prescripción adquiriría relevancia constitucional cuando sea el resultado de una interpretación y aplicación legal que por su rigorismo, formalismo excesivo o desproporción entre los fines que preservan la consecuencia de cierre del proceso, se conviertan en un obstáculo injustificado para resolver sobre la pretensión deducida (por todas STC 148/2007, de 18 junio).».

De estos criterios ya se hizo eco esta Sala en su sentencia del Pleno de 26 de junio de 2013 (RC 1161/2012) en la que, tras afirmar en su Fundamento Segundo que «cualquier duda que al efecto pudiera suscitarse habría de resolverse precisamente en el sentido más favorable para el titular del derecho y más restrictivo de la prescripción», añade en su Fundamento Tercero «el instituto de la prescripción, al no estar constituido sobre los principios de la justicia intrínseca, ha de ser tratado con un criterio restrictivo, de tal modo que, en lo referente a la prescripción extintiva, en cuanto aparezca fehacientemente evidenciado el «animus conservandi» por parte del titular de la acción, incompatible con toda idea de abandono de ésta, ha de entenderse queda correlativamente interrumpido el «tempus praescriptionis» (sentencia de 12 de julio de 1991 que cita las sentencias de 17 de diciembre de 1979 , 16 de marzo de 1981 , 8 de octubre de 1982 , 9 de marzo de 1983 , 4 de octubre de 1985 , 18 de septiembre de 1987, 14 de marzo de 1989). En la misma línea la sentencia de 12 de julio de 2005 insiste en que "la construcción finalista de la prescripción (...) tiene su razón de ser (...) en la idea de sanción a las conductas de abandono en el ejercicio del propio derecho", por lo que "cuando la cesación o abandono en el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditado y sí por el contrario lo está el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible a menos de

subvertir sus esencias". Destaca también esta sentencia que "nuestro Código Civil (...) no exige fórmula instrumental alguna para la reclamación extrajudicial como medio para interrumpir la prescripción por lo que cualquiera de ellos puede servir para tal fin». Esta doctrina ha sido reiterada por esta Sala en posteriores sentencias como la de 17 de febrero de 2014 (RC 444/2013) entre otras.

2. Aplicación de la anterior doctrina.

La aplicación de la anterior doctrina al caso de autos conlleva la desestimación del recurso por ser más correcta la doctrina que sigue la sentencia recurrida que la que mantiene la de contraste con base en la antigua interpretación más restrictiva de la interrupción de la prescripción por reclamación extrajudicial, pues la más reciente jurisprudencia se funda en que lo relevante es que el deudor conozca antes de la prescripción de su obligación de pago que el acreedor no ha abandonado su derecho y piensa reclamarle lo debido. El medio formal que se utilice para esa reclamación judicial no es lo importante, pues lo relevante es el conocimiento de la reclamación, lo que ha motivado que la Sala 1ª de valor interruptivo a la notificación al procurador del deudor de la futura reclamación en otro pleito (S.TS. (1ª) 24 de febrero de 2015 (R. 607/2013)), así como a la reclamación que se haga ante otra jurisdicción o ante órgano objetivamente incompetente (S.TS. 1ª) de 20 de octubre de 2016 (R. 1880/2014), pues lo relevante es que el deudor tiene noticia de que el acreedor no ha abandonado su derecho, sino que piensa ejercitarlo.

En efecto, como en el caso que nos ocupa el trabajador cesó en la empresa el día 27 de abril de 2012 y denunció el día 24 de mayo siguiente el impago de horas extras ante la Inspección de Trabajo quien el 30 de octubre del mismo año, oídas las alegaciones y pruebas propuestas por la empresa aperturó expediente sancionador al que se opuso la empresa, debe concluirse, conforme a la doctrina antes referenciada que el hecho de que la empleadora conociese, aunque fuese por órgano incompetente para resolver sobre reclamaciones salariales, pero sí para controlar el cumplimiento de la normativa laboral y proponer a la autoridad laboral la imposición de sanciones

levantando la oportuna acta, interrumpió el curso de la prescripción que empezó a correr de nuevo cuando la empresa conoció la denuncia, acto asimilable al de la reclamación extrajudicial por cuanto en ella estaba implícita la voluntad del deudor de reclamar contra el impago de horas extras. Consecuentemente, como el demandante reclamó el pago de ese concepto salarial presentando la oportuna papeleta de conciliación el 23 de octubre de 2013, esto es antes de que transcurriera el año que para la prescripción de la acción establece el artículo 59-1 del Estatuto de los Trabajadores, computado desde el día en que el curso de la prescripción se interrumpió, debe desestimarse el recurso. Conviene precisar que la prescripción no la interrumpió la presentación de la denuncia ante la Inspección de Trabajo, ni la tramitación del expediente administrativo a que dió lugar, sino el conocimiento que tuvo el deudor de la reclamación por horas extras formulada ante la autoridad laboral por el acreedor, momento en el que tuvo conocimiento de la "reclamación extrajudicial" del derecho y en el que se produjo el acto interruptivo del derecho aún no prescrito, lo que dió lugar a que el plazo prescriptivo empezara a correr de nuevo. Debe tenerse presente que la buena fe en la interpretación y aplicación del instituto de la prescripción, cual ha señalado la Sala I de este Tribunal en sus sentencias de 11 de diciembre de 2012 (R. 1028/2010), 02 de diciembre de 2013 (R. 1335/2012) y 14 de enero de 2014 (R. 391/2011) entre otras, principio de buena fe que, también, debe tenerse presente en su ejecución (art. 1258 del Código Civil), lo que comporta que la buena fe obligara a la recurrente a entender que la denuncia ante la inspección significaba que el trabajador no había hecho dejación de su derecho a reclamar las horas extras y que iniciaba su ejercicio con la denuncia ante la autoridad laboral, autoridad incompetente para resolver el fondo, pero competente para sancionar los hechos de los que trae causa el presente procedimiento, razón por la que esa denuncia tiene valor de "reclamación extrajudicial" a los efectos que nos ocupan.

TERCERO.- Por lo expuesto, visto el informe del Ministerio Fiscal, procede desestimar el recurso con expresa condena a la recurrente al pago de las costas causadas, a la pérdida del depósito constituido para recurrir (artículos 228-3 y 235 LJS).

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- Desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la representación legal de Transvectio Falguera SL, contra la sentencia dictada el 27 de marzo de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en recurso de suplicación nº 6764/2014 , interpuesto contra la sentencia de fecha 16 de junio de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona, en autos núm. 906/2013, seguidos a instancias de D. Hilario contra Transvectio Falguera SL y Fondo de Garantía Salarial. 2.- Declarar la firmeza de la sentencia recurrida. 3.- Condenar al recurrente al pago de las costas y decretar la pérdida del depósito constituido para recurrir al que se dará el destino legal.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR:

QUE FORMULA LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. D^a María Milagros Calvo Ibarlucea A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO Nº 2110/2015.

Sin perjuicio de la aceptación de la línea jurisprudencial en la que dice inspirarse la sentencia es lo cierto que la cuestión que aquí se plantea no ha encontrado solución en ninguna de las resoluciones que han venido conformando dicha apoyatura jurisprudencial. Con la emisión de este voto particular no se pone en duda que, con independencia de la forma que pueda revestir una reclamación extrajudicial, acerca de lo que es objeto del pleito, cumple satisfactoriamente con la previsión del artículo 1973 del Código Civil. Es indiferente que el cauce sugerido sea el judicial ante órgano incompetente, o el privado utilizando documentos públicos o privados.

Sin embargo en el supuesto contemplado no se dirige acción alguna, utilizando el testimonio "acción" en sentido amplio y no estrictamente jurídico, frente a la demandada en reclamación de las cantidades objeto de este litigio. Lo que se ejercita es una acción que puede surtir efectos en el ámbito sancionador, conexo en función de lo solicitado por el actor ante la Inspección de Trabajo, con el incumplimiento de las obligaciones del empleador pero que no recaba de éste la conducta precisa de abono de las cantidades reclamadas. La puesta en conocimiento del expediente a quien hoy figura como demandado muestra la actitud vindicativa por el incumplimiento alegado y obliga a la Inspección de Trabajo a iniciar una tramitación que de culminar en forma positiva supone para el órgano administrativo adoptar una decisión sancionadora pero sin convertirse en un intermediario en la reclamación de los contralados objeto de este procedimiento.

Extrapolando el ámbito en el que se produce el debate y para significar la identidad que debería existir entre las dos reclamaciones basta recordar la reiterada doctrina de esta Sala a propósito de la no aplicación de la prescripción de las cantidades derivadas del ejercicio de funciones de superior categoría cuando el trabajador ha promovido en primer lugar la acción relativa a la categoría y solo cuando obtiene una declaración favorable a su pretensión la reclamación de cantidades. La afirmación de que el derecho a aquéllas comienza a partir de su devengo sin depender de la declaración sobre la categoría no ha sido hecha compatible con la posibilidad de interrupción por el ejercicio de la previa acción declarativa otorgando a ésta el valor de reclamación extrajudicial de las cantidades, al hallarse ésta implícita en la primera.

No son éstos los únicos ejemplos ya que es la doctrina aplicada en los casos de acción de condena sobre reclamación de cantidades precedida de acción declarativa pudiendo citar al respecto las STS de 1 de junio de 2016 (rcud. 3487/2014), que a su vez reitera la doctrina de las STS de 27 de abril de 2010 (rcud 2164/2009), 5 de marzo de 2010 (rcud.1854/2009), 2 de diciembre de 2013 (rcud.441/2013), 11 de febrero de 2014 (rcud.544/2013), 30 de abril de 2014 (rcud. 1836/2013) y 17 de junio de 2014 (rcud.

1288/2013), esta vez relativas a reclamaciones sobre cesión ilegal y posteriores sobre diferencias salariales derivadas del fenómeno interpositorio.

La necesaria coherencia con el criterio que se ha venido manteniendo, consistente en negar la interrupción de la prescripción cuando se trata del ejercicio de acciones distintas pero entre las que existe una evidente vinculación siendo la antecedente de utilidad para el conocimiento por la parte demandada del interés del trabajador en obtener los restantes beneficios que de aquélla se deriven, debe conducir a su aplicación cuando el antecedente es una actuación administrativa con un objeto sancionador de suerte que las notificaciones que provengan del expediente sirvan para dar a conocer al futuro demandado el interés del trabajador en conseguir otra conducta de aquella distinta de lo que se persigue promoviendo la acción inspectora.

En Madrid, a 12 diciembre 2016

7-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016 NÚMERO DE RECURSO 3373/2015

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 20 de noviembre de 2014 el Juzgado de lo Social nº 9 de Barcelona dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que desestimando la demanda interpuesta por la empresa Uralita S.A. contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social-Tesorería General de la Seguridad Social; la viuda Sra. D.^a Fermina y a su vez estimando la demanda presentada por la citada Sra. Fermina contra los citados Entes Gestores de la Seguridad Social y la empresa Uralita S.A. como sucesora empresarial de la empresa Rocalla S.A.; y declaro la confirmación de la resolución administrativa de fecha con fecha 28-9-2012, que declara la existencia de

responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo en la enfermedad profesional contraída por el Sr. Pablo Jesús y declara en consecuencia la procedencia de las prestaciones de la Seguridad Social derivadas de enfermedad profesional citada; con declaración judicial de que sean incrementadas en el 50% con cargo a la empresa Uralita S.A. (como sucesora de la empresa empleadora Rocalla S.A.), siendo en el caso de pensión vitalicia necesario constituir en la TGSS capital coste necesario para proceder a dicho incremento calculando el recargo en función de la cuantía inicial de las mismas y desde la fecha en que estas hayan sido declaradas causadas; declarar la procedencia de la aplicación del mismo incremento con cargo a esa empresa respecto a las prestaciones derivadas de la enfermedad profesional mencionada que se pudieran reconocer en el futuro las cuales serán objeto de notificación individualizada; con efectos económicos en los mismos que le sean reconocidos en las prestaciones derivadas de la citada enfermedad profesional..»

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«1. - Con fecha 27-9-2011 se solicitó mediante escrito de iniciación de actuaciones procedentes de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social referido al trabajador Sr. Pablo Jesús con fecha de nacimiento NUM000 -1931 con fallecimiento en fecha 21-3-1992 por causa de neoplasia pulmonar; con NASS NUM001 inicio de actuaciones procedentes ante la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social por contracción de enfermedad profesional a consecuencia de los servicios prestados en la empresa Rocalla S.A. (actual Uralita S.A. por sucesión empresarial).

-Mediante Resolución de la Dirección Provincial del INSS con fecha 28-9-2012, declaro la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo en la enfermedad profesional contraída por el Sr. Pablo Jesús ; declara en consecuencia la procedencia de las prestaciones de la Seguridad Social derivadas de enfermedad profesional citada sean incrementadas en el 30% con cargo a la empresa Uralita S.A.(Rocalla S.A.), siendo en el caso de pensión vitalicia necesario constituir en la TGSS capital coste necesario para proceder a dicho incremento

calculando el recargo en función de la cuantía inicial de las mismas y desde la fecha en que estas hayan sido declaradas causadas; declarar la procedencia de la aplicación del mismo incremento con cargo a esa empresa respecto a las prestaciones derivadas de la enfermedad profesional mencionada que se pudieran reconocer en el futuro las cuales serán objeto de notificación individualizada (folios 17 y 18 - expediente administrativo).

-La viuda de la trabajador, Sra. Fermina, presenta reclamación previa contra la citada resolución solicitando que se imponga a la empresa Uralita S.A. como sucesora de la empresa Rocalla S.A. en relación a los incumplimientos de esta en un 50% sobre las prestaciones derivadas de la enfermedad profesional de trabajador; la empresa Uralita S.A. presentó reclamación previa contra la citada resolución del INSS, alegando que debe dejarse sin efecto el recargo propuesto e impuesto del 30% por falta de responsabilidad de la citada empresa ex ad 123 LGSS y en caso subsidiario los efectos del recargo deben ser impuestos en todo caso en la prestación correspondiente a la declaración de incapacidad permanente del trabajador con una retroactividad de 3 meses desde la solicitud; sendas reclamaciones previas son desestimadas por Resolución del INSS con fecha 8-12-2013 (expediente administrativo -folios 55 a 76-).

2.- Sentencia del Juzgado de lo Social nº 28 de Barcelona nº 352/2011 con fecha 19 julio 201, que estima la demanda de la viuda del Sr. Pablo Jesús sobre prestaciones de muerte y supervivencia y declara que el fallecimiento del citado trabajador fue a causa de enfermedad profesional (neoplaxia pulmonar según informes médicos 31 diciembre 1991 y 19 diciembre 1991 del Hospital de Sant Boi Llobregat Hecho Probado Segundo) con base reguladora de 2.996,10 euros mensuales (documento nº 1 del ramo de prueba de la viuda del trabajador).

- Sentencia del TSJ de Catalunya Sala de lo Social nº 1246/13, con fecha 21 febrero 2013, que desestima los recursos de suplicación interpuestos por el INSS y Uralita S.A. contra la citada sentencia de instancia del Juzgado de lo Social nº 28 de

Barcelona con fecha 19 julio 2011 confirmando todos los pronunciamientos (documento nº 2 del ramo de prueba de la viuda del trabajador).

3.- Sentencia del Juzgado de lo Social nº 18 de Barcelona nº 388/13 con fecha 4 diciembre 2013 en procedimiento de daños y perjuicios derivados del fallecimiento del trabajador Sr. Pablo Jesús , resolviendo que desestimando las excepciones de falta de legitimación pasiva y prescripción y valorando el fondo del asunto estimo la, demanda interpuesta por la viuda del trabajador contra la mercantil Uralita S.A. condenándola al pago de la indemnización por daños y perjuicios por la cantidad de 86.018,34 euros.

La citada Sentencia acredita en su relato de Hechos Probados, lo siguientes hechos:

2. D. Pablo Jesús falleció en fecha 21-3-1992 a causa de un paro cardiorrespiratorio con consecuencia de neoplasia pulmonar.

3. D. Pablo Jesús en el desempeño de su trabajo en Rocalla S.A. estuvo expuesto directa o indirectamente al amianto.

8. Rocalla S.A. se fundó en 1928 y se dedicaba a la fabricación de fibrocemento en cuya composición se encuentra el amianto prestando servicios el trabajador en la fábrica que dicha empresa tenía en Castelldefells.

9. Los primeros datos sobre las condiciones de trabajo que se disponen en el Centro de Seguridad y Salud Laboral de Barcelona son del año 1974. Se constata que en dicho año las concentraciones de fibras/ml de amianto superaban los valores TLV (valor límite) de la época (5 fibras/mi) en los puesto de trabajo de mezcla de amianto y

descarga de molinos (7,79 fibras/mi), ambos en molienda de amianto. Las mediciones efectuadas de fibras de amianto en los puestos de trabajo de carga y descarga de amianto en los molinos y en la sección de pulidos de fibrocemento, dan como resultado concentraciones que superan los valores de TLV de la época (5 fibras/mi) en descarga de molinos M1 y M2 (6,48 fibras/ml); no se superan en los otros puestos de carga de molino M1, M2 y M3 (3,35 fibras/ml).

10. En el año 1979 se dispone en la empresa de protecciones personales no homologadas y sólo se utilizan en la sección de molinos y en la sección 27 durante el vaciado de la mezcla del molino GRUBET; las condiciones de trabajo mejoran progresivamente respecto al uso de la extracción localizada equipos de protección individual respiratoria condiciones de limpieza ropa de trabajo y vestuario.

11. En el año 1993 el Centro de Seguridad y Salud Laboral de Barcelona constata la existencia de un puesto de trabajo, cilindrero de la máquina ISPRA, que supera el límite de 1 fibra/ml, límite fijado en la Orden Ministerial de 31-10-1984. Se constata también que la acumulación de polvo y fibra de amianto en la sección de la máquina BEL y sobre todo en la zona de molino donde consta que la limpieza se llevaba a cabo con escobas, pese a existir en la zona un sistema de aspiración. Se observa también gran acumulación de polvo en la sección de la máquina MAZZA, que en aquel momento estaba en vías de desmantelamiento.

12. La empresa comenzó a realizar reconocimientos médicos específicos de amianto en 1983 referido únicamente a los puestos de trabajo de molienda y cilindreros por considerarlos los únicos puestos de trabajo en los que los trabajadores estaban potencialmente expuestos al amianto. En el año 1986 la Inspección de Trabajo requirió la realización de reconocimientos médicos específicos a todos los trabajadores que manipulaban amianto; y a partir de aquella fecha y hasta el año 1990, se realizaron reconocimientos médicos específicos, pero no siempre completos, principalmente por falta de estudio radiológico en algunos trabajadores y no siempre se cumplimentaba

adecuadamente 'el Libro de Registro de la vigilancia médica de los trabajadores expuestos al amianto.

13. No hay constancia de que se efectuaran reconocimientos médicos a D. Pablo Jesús.

14. Hay trabajadores de Rocalla S.A. que aun no habiendo trabajado directamente con materiales de amianto, pueden haber estado expuesto a fibras o polvo de amianto presente en la empresa que provenían de los trabajos de compañeros, son los denominados trabajadores pasivos; dicha exposición pasiva puede ser igualmente responsable de enfermedades relacionadas con el amianto, en especial, la de tipo respiratorio.

15. La empresa Rocalla S.A. fue constituida en el año 1928 por tres accionistas en el año 1982 presento suspensión de pagos ofreciendo los accionistas las acciones que poseían a Uralita S.A. que las adquirió teniendo el control de la sociedad y subrogándose en la titularidad de la empresa, no obstante la dependencia accionarial de Rocalla S.A. está siguió fabricando productos de forma independiente de Uralita S.A.; la sociedad Rocalla S.A. no está activa y se encuentra de baja por no tener trabajadores. En el año 1984 se cesó la fabricación en la planta que Rocalla S.A. tenía en Castelldefells y sólo mantuvo la actividad de comercialización.

16. En fecha 21-7-1983 fue constituida Uralita Productos y Servicios S.A. con el objeto social de fabricación, diseño, comercialización, importación, exportación, montaje e instalación de productos transformados o derivados de cemento, sistemas de construcción para toda clase de edificación de tuberías elementos y aparatos aplicables a todo tipo de conducciones... la empresa tiene tres accionistas y el capital dividido en 1000 acciones repartidas de la siguiente manera: 998 acciones de Uralia S.A.; una acción de Ura-Riego S.A. y una acción de Uralita Internacional S.A.

17. EL 19-9-1994 se constituye Materiales y Productos Rocalla S.A. por transformación de Industria Española de Productos Orgánicos S.A.; el 5-1-1995 la empresa Rocalla S.A. cambia de denominación y pasa a denominarse Energía e Industrias Aragonesas S.A.; el 4-2-1995 esta empresa vendo los activos de su división de construcción a Materiales y Productos Rocalla S.A.; el 19-12-2002 la empresa Uralita S.A. absorbe en proceso de fusión a Energía e Industrias Aragonesas S.A.

18. El 11-8-2004 la empresa Uralita Productos y Servicios S.A. cambia de denominación social y pasa a denominarse Fibrocemento NT, S.A. se produce también la fusión por absorción de las sociedades Materiales y Productos Rocalla S.A., Fibrocemento NT S.L. y Fibrocementos de Levante S.A. que se disuelven absorbidas por Fibrocemento NT, S.A. Los accionistas de Fibrocemento NT, S.A. son Uralita S.A. con el 99% de las acciones y Uralita Sistemas de Tuberías, S.A. con el 1% de las mismas. La empresa Fibrocemento NT, S.A. está activa per no tiene CCC y se encuentra en situación de baja por carecer de trabajadores; Uralita S.A. está activa en situación de alta como Actividades de la Sociedad Holding.

(Documento nº 3 del ramo de prueba de la viuda del trabajador)

- Sentencia del TSJ de Catalunya Sala de lo Social nº 5443/14 con fecha 21 julio 2014 que confirma la citada Sentencia de instancia en todos sus extremos y desestima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa Uralita S.A. (documento nº 5 del ramo de prueba de la viuda del trabajador).

4. - Informe de Inspección de Trabajo de la Seguridad Social de Barcelona con fecha 19-6-2012 nº expediente NUM002 que propone recargo de prestaciones derivadas de la enfermedad profesional del Sr. Pablo Jesús en un 30% con cargo a la empresa Uralita S.A. como sucesora de la empresa Rocalla S.A dando por reproducidas las actividades de comprobación que obra en el citado informe, que constata que Don.

Pablo Jesús prestó servicios en la empresa Rocalla S.A. desde el 26 diciembre 1966 hasta el 31 enero 1981; se da por reproducido y acreditado la fundamentación jurídica expuesta en el citado informe y acreditada en el anterior Hecho Probado, con especial mención probatoria del citado informe de actuación inspectora: (documento nº 5 del ramo de prueba de la viuda del Sr. Pablo Jesús - expediente administrativo- por reproducido):

-El CSSLB concluye evidenciando que la empresa en los años de la prestación de servicios del Pablo Jesús no adoptó todas las medidas necesarias para reducir la exposición de amianto. Y que con la información obrante, se considera probable que el trabajador estuviera expuesto a amianto a lo largo del tiempo trabajado en Rocalla S.A. El informe concluye que en los informes relativos a la empresa se comprobó que la concentración de fibras de amianto, superaba los valores límite ambientales en esa época, mucho menos restrictivos que los actuales.

-Se da por reproducido y acreditada el apartado de imputación de responsabilidad administrativa del citado Informe inspector destacando:

de conformidad con los hechos relatados y con la normativa vigente en cada momento cabe constatar que durante la prestación de servicios de Pablo Jesús para Rocalla S.A. existía normativa que imponía la exigencia de protección a los trabajadores y no se tomaron ni las medidas generales ni las particulares para el trabajo en ambientes pulvígenos. Sin ánimo de exhaustividad cabe indicar que....

Primer hito en la regulación española del amianto, con el establecimiento de las condiciones de trabajo en ambientes pulvígenos por la Orden de 31-1-1940 por la que se aprueba el Reglamento de Seguridad e Higiene en el Trabajo. En 1947 se incluyó la asbestosis en el cuadro de enfermedades profesionales aprobado por el Decreto de 10-01-1947 de Seguro de Enfermedades Profesionales. En 1957 se prohibió a los varones menores de 18 años y a las mujeres menores de 21 años los trabajos relacionados con el

amianto por Decreto de 26-07-1957. La relación causal entre la exposición a fibras de amianto y la asbestosis aparece asimismo en el epígrafe 25 del cuadro de enfermedades profesionales anexo al Reglamento de los Servicios Médicos de Empresa aprobado por Orden de 21-11- 1959 y en el cuadro de enfermedades profesionales aprobado por Decreto de 13-4-1961. En ese año la regulación de la exposición al amianto en los lugares de trabajo tuvo su continuación con el establecimiento de una concentración máxima de amianto en los lugares de trabajo de 175 millones de partículas por metro cúbico de aire (Anexo 2 del Decreto 2144/1961 por el que se aprueba el Reglamento de actividades molestas insalubres y peligrosas). En 1963 se dictó la Orden Ministerial de 12 enero por la que se aprueban las normas reglamentarias de carácter médico por las que se han de regir los reconocimientos, diagnósticos y calificación de las enfermedades profesionales. En 1971 fue publicada la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el trabajo, que recoge métodos y sistemas para la captación y eliminación para la protección de los trabajadores frente a polvos nocivos. En 1978 se incluyó el cáncer de pulmón y los mesoteliomas pleura! y peritoneal en el cuadro de enfermedades profesionales (Anexo del Real Decreto 1995/1978 de 12 mayo por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales).

En el caso de Pablo Jesús la empresa no ha aportado reconocimiento médicos del trabajador. En definitiva debe negarse categóricamente que no existiera infracción de normas preventivas generales y concretas por parte de Rocalla, S.A. durante el periodo de prestación de servicios de Pablo Jesús entre 1966 y 1981 en el que se produjo exposición de asbestos determinante de la patología del operario.

En el caso que nos ocupa, Pablo Jesús prestó servicios en un puesto de trabajo con exposición, directa o indirecta al amianto años después de que en 1973 el IARC estableciese oficialmente con carácter internacional la naturaleza cancerígena del amianto. Destaca asimismo la vigencia del ad 136 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el trabajo relativo a sustancias tóxicas entre las que cabe incluir desde al menos el año 1973 el amianto. Algunos elementos de interés contenidos en ese

precepto merecen ser destacados: la exigencia de locales en los que se manipulasen las sustancias tóxicas tuviesen paredes, techos y pavimentos lisos e impermeables desprovistos de juntas o soluciones de continuidad y con suelos acondicionados con pendientes y canalillos de recogida que impidan la acumulación de líquidos vertidos y permitan su fácil salida. La exigencia de una limpieza diaria y completa de los locales realizada fuera de las horas de trabajo y efectuado por el sistema de aspiración o en su defecto, en húmedo. Se hace obligatorio el uso de ropas de trabajo y de elementos de protección adecuados, que deben depositarse en la fábrica o lugar de trabajo, sin poder salir fuera de la misma y debiendo quitarse siempre antes de las comidas o del abandono del lugar de trabajo, siendo objeto de limpieza como mucho semanal. Además se prohíbe la introducción, preparación y consumo de alimentos, bebidas y tabaco, se obliga a los trabajadores a lavarse antes tomar alimentos o bebidas, fumar o salir de los locales de trabajo. Finalmente se obliga a la empresa a proporcionar información a los trabajadores sobre los riesgos. Tales obligaciones se unen a las relativas a vigilancia de la salud derivada de la normativa de Seguridad Social sobre enfermedades profesionales, así como a la instalación de sistemas de captación y extracción de polvo de amianto (art 138 de la Ordenanza precipitado). Todo ello demuestra el error de la empresa Uralita S.A. cuando asevera que no existía obligación preventiva alguna en relación con el amianto, de manera que no puede imputarse a la misma incumplimiento alguno. Por el contrario, la falta de adopción de todo tipo de medidas preventivas por la empresa constituye un incumplimiento de la normativa anteriormente explicitada.

En cuanto a la relación de causalidad se acredita en el Informe de actuación inspectora: en el caso que nos ocupa la omisión de todo el conjunto de las medidas de seguridad descritas, desde las relativas a reconocimientos médicos durante toda la vigencia de la relación laboral, así como las relativas a extracción localizada del contaminante, protección respiratoria, limpieza de los locales de trabajo etc no cabe duda que supuso en un notable y significativo incremento del riesgo para la salud del trabajador, riesgo que se manifestó finalmente en una asbestosis de forma que es probable que de haberse seguido desde el principio las prescripciones de seguridad reglamentarias el resultado lesivo no hubiese llegado a producirse. Por lo demás el

tiempo transcurrido este la vulneración de la norma y la producción del daño aún siendo largo, excluye la responsabilidad en cuanto a la infracción de la normativa pero no excluye la responsabilidad en materia de recargo de prestaciones. Existe por tanto relación de causalidad ente los incumplimientos referidos y el daño producido.

Se da por reproducido y acreditado ya referido en el anterior Hecho Probado en cuanto a la imputación de la responsabilidad en orden al recargo en las prestaciones de la seguridad social por falta de medidas de seguridad a cargo de Uralita S.A. como sucesora de la empresa Rocalla S.A.

5.- Por reproducidos los informes de inspección de la empresa Rocalla S.A. en cuanto los trabajadores de la citada empresa con el amianto, aportados por la representación procesal de la viuda en su ramo de prueba como documento nº 6.»

TERCERO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la referida sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó sentencia con fecha 9 de julio de 2015 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que, estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por URALITA, S.A. interpuesto contra la sentencia dictada el 20 de noviembre de 2014 por el Juzgado de lo Social nº 9 de Barcelona en los autos seguidos con el nº 84/2013, a instancia de URALITA, S.A. contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y Fermina, debemos revocar y revocamos en parte dicha resolución y, estimando en parte la demanda de la citada empresa, se fijan los efectos del recargo desde los tres meses anteriores a la resolución administrativa que lo impuso (28.9.2012), confirmando el resto de los pronunciamientos. Una vez firme esta sentencia, devuélvase el depósito constituido para recurrir.»

CUARTO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de D^a Fermina el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 28 de febrero de 2014, recurso nº 4901/13, denunciando la infracción por aplicación indebida del art. 43.1 LGSS en relación con el art. 123 de la misma norma .

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 3 de marzo de 2016 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formulara su impugnación en el plazo de diez días.

SEXTO.- Evacuado el trámite de impugnación, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido de considerar improcedente el recurso. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el 21 de diciembre de 2016, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. La cuestión sometida a nuestra consideración en el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina, resuelta ya por esta Sala, entre otras, en las SSTS⁴ 13, 15, 16, 20 y 27 de septiembre de 2016 (RR núm. 3770/2015; 3272/2015; 1411/2015; 3346/2015; y 1671/2015), consiste en determinar la fecha de efectos de un recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad.

2. En concreto, se trata de decidir si los efectos económicos de ese recargo se deben retrotraer tres meses desde la fecha en que se produjo el reconocimiento del recargo por el INSS, o su solicitud por el interesado o la iniciativa de la inspección de trabajo su caso, aplicando la retroactividad establecida en el artículo 43.1 LGSS (hoy

artículo 53.1) respecto de las prestaciones de Seguridad Social, o si, por el contrario, no es de aplicación al recargo de prestaciones el mencionado precepto y, en consecuencia, los efectos económicos del mismo han de quedar vinculados a los de las prestaciones causadas por la enfermedad profesional.

3. Se recurre la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 9 de julio de 2015, recaída en el recurso nº 2371/2015, que estimando en parte el recurso de la empresa Uralita SA, revocó en la misma medida la decisión del Juzgado de Instancia relativa a la fecha de efectos del recargo, fijándola "desde los tres meses anteriores a la resolución administrativa que lo impuso (28.9.2012), confirmando el resto de los pronunciamientos" de instancia. Esta decisión es recurrida por la beneficiaria en casación para la unificación de la doctrina, ofreciendo de contraste la Sentencia de la misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 28 de febrero de 2014, recaída en el recurso 4901/2013.

4. El recurso ha sido impugnado tanto por la empresa Uralita SA como por el INSS, solicitando el primero su íntegra desestimación por incumplir de manera manifiesta e insubsanable los mínimos requisitos procesales exigibles, y el segundo que se mantenga su exoneración de responsabilidad.

5. El preceptivo informe del Ministerio Fiscal acepta la existencia de contradicción y entiende improcedente el recurso en línea con informes propios anteriores en casos similares.

SEGUNDO.- 1. A los presentes efectos casacionales, importa dejar resumida constancia de la siguiente secuencia de los hechos más relevantes de estas actuaciones, transcritos en su integridad en los antecedentes de la presente resolución, para poder efectuar el pertinente juicio de contradicción: 1) La recurrente es viuda de un trabajador nacido el NUM000 -1931, fallecido el 21-3-1992 por causa de neoplaxia pulmonar

derivada de enfermedad profesional y que prestó servicios para Uralita S.A y para otras empresas relacionadas en el relato fáctico desde el 26-12-1966 hasta el 31-1-1981, período en el que se produjo su exposición al asbesto determinante de su patología; 2) En fecha 27-9-2011 la Inspección de Trabajo interesó el inicio de las actuaciones por haberse contraído enfermedad profesional a consecuencia de los servicios prestados por el esposo de la actora en la empresa Rocalla SA (actual Uralita SA por sucesión empresarial); 3) Mediante Resolución del INSS de fecha 28-9-2012 se declaró la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo respecto al esposo de la actora así como la procedencia de incrementar en un 30% las prestaciones correspondientes y con cargo a Uralita SA (Rocalla, SA); 4) La viuda del trabajador presentó reclamación previa a fin de que el incremento alcanzara el 50% de las prestaciones derivadas de la enfermedad profesional de su esposo, igual que hizo la empresa para que se dejara sin efecto el incremento acordado o, subsidiariamente, para que sus efectos se impusieran en todo caso con una retroactividad de 3 meses desde la solicitud, siendo desestimadas ambas reclamaciones previas por Resolución del INSS del 8- 1-2013.

2. Con tales hechos, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña aquí recurrida, tras aceptar su propia competencia para valorar la fecha de efectos del recargo, en lo que ahora importa, como vimos, limitó tales efectos, en aplicación del entonces vigente artículo 43.1 LGSS, a los tres meses anteriores a la fecha de la resolución administrativa que impuso el recargo: 28 de septiembre de 2012.

3. La sentencia de contraste, también de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictada el 28-2-2014 (R. 4901/2013), contempla un caso cuyos hechos relevantes, a los presentes efectos, fueron los siguientes: 1) Al trabajador afectado se le declaró en situación de Incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional por resolución del INSS de 4-8-2010, debido a la presencia de mesotelioma pleural maligno; 2) El trabajador falleció el 12-1-2011; 3) A su viuda le fue reconocida pensión de viudedad, declarándose la responsabilidad de la

Mutua por derivar el hecho causante de enfermedad profesional. 4) Por resolución de fecha 6-4-2011 se reconoció a la hija de ambos la correspondiente pensión de orfandad. 5) el 21-10-2010 se inició por el INSS expediente de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad en virtud de solicitud formulada en esa misma fecha por el trabajador fallecido. 6) El INSS dictó resolución de fecha 7-11-2011 declarando la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e imponiendo el recargo de prestaciones con cargo a la empresa.

4. Sobre tales hechos, la sentencia referencial, en lo que al objeto del presente recurso interesa, aunque confirmó la sentencia de instancia que había entendido que el orden social no era competente para determinar la fecha de efectos de un recargo, al considerar que ello corresponde a la jurisdicción contenciosa por referirse a materia de gestión recaudatoria, no obstante, mantuvo el criterio de la resolución del INSS en el sentido de que la fecha de efectos será la de las prestaciones causadas, añadiendo que la fecha del recargo lo será en relación a la prestación o prestaciones sobre las que éste recae, por lo que no es el proceso de impugnación del recargo el adecuado para resolver la cuestión de los efectos, siéndolo el de impugnación de tales prestaciones, en su caso, puesto que la fecha de efecto será la de las prestaciones causadas.

5. La comparación entre ambas sentencias revela que en las dos sentencias los hechos son similares en la medida en que contemplan prestaciones de Seguridad Social derivadas de enfermedad profesional en las que se impuso el recargo como consecuencia de incumplimientos empresariales. Se trata de la misma empresa y de la misma enfermedad profesional. La pretensión a tener en cuenta es la misma en ambos casos: que los efectos del recargo se retrotraigan a los tres meses anteriores a la solicitud o resolución del INSS que impuso el recargo. Sin embargo, las soluciones que otorgan las sentencias sometidas al juicio de identidad son claramente divergentes y contradictorias: la recurrida retrotrae el recargo a los tres meses anteriores a la resolución del INSS que declaró y reconoció el recargo, mientras que la sentencia referencial lo establece en la fecha de la prestación causada.

6. Procede, por tanto, como informa el Ministerio Fiscal, dar solución al recurso planteado, habida cuenta de que, en contra de lo que se sostiene en la impugnación del recurso por parte de la empresa, éste se preparó adecuadamente, exponiendo de manera suficiente el núcleo de la contradicción, y se interpuso correctamente estableciendo una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, así como la fundamentación de la infracción legal supuestamente cometida por la sentencia impugnada y el quebranto producido en la unificación de la doctrina; denunciándose infracción del ordenamiento jurídico por aplicación indebida del artículo 43.1 LGSS en relación al artículo 123 de la misma norma (en la redacción vigente al tiempo de los hechos).

TERCERO.- 1. El recurso debe ser parcialmente estimado porque, como esta Sala ha resuelto con reiteración, en lo esencial, la doctrina correcta se encuentra en la sentencia recurrida pues el artículo 43.1 LGSS , vigente cuando se producen los hechos a que se refiere el presente recurso dispone (al igual que el actual artículo 53.1 de la indicada norma) que: «El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la presente ley y de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud». Tal precepto resulta de indudable aplicación al recargo de prestaciones con fundamento en las consideraciones que, reiterándolas una vez más, exponemos a continuación.

2. Nuestra más reciente jurisprudencia ha venido destacando el carácter prestacional del recargo. Se trata, evidentemente, de una institución compleja que contiene elementos sancionatorios, indemnizatorios y prestacionales; pero sobre los aspectos punitivos en sus amplias vertientes destaca el tratamiento legal de indudable carácter prestacional. Cuando se esté en presencia de los efectos contemplados en las normas de Seguridad Social y estén en juego los derechos de los beneficiarios del

recargo. Así lo puso de relieve el pleno de la Sala en su STS de 23 de marzo de 2015 (rcud. 2057/2014) en la que señalamos lo siguiente: «tanto la legislación como la jurisprudencia atribuyen al recargo tratamiento de «prestación» en los más variados aspectos: a).- Su regulación por la LGSS se hace en Sección -2ª- titulada «Régimen General de las Prestaciones», ubicada en Capítulo -III- denominado «Acción Protectora» y dentro del Título -II- «Régimen General de la Seguridad Social»; b).- La competencia para imponer el incremento de la prestación reconocida le corresponde al INSS, al que precisamente el art. 57.1ª) LGSS atribuye «la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social»; c).- El procedimiento para imponerlo es el -como para cualquier prestación- el previsto en el RD 1300/1995 y en la OM 18/01/1996 (STS Pleno 17/07/13- rcud 1023/12 -); d).- Conforme al art. 121.3 LGSS [como su precedente art. 90.3 LGSS /74] los caracteres de las prestaciones atribuidos por el art. 40 [art. 22 en el TR/1974] son de aplicación al recargo de prestaciones. e).- Ha de ser objeto de la oportuna capitalización en la TGSS y es susceptible de recaudación en vía ejecutiva, como si de garantizar una prestación cualquiera se tratase [en tal sentido, SSTs 27/03/07 -639/06 -; 14/04/07 - rcud 756/06 -; y 26/09/07 - rcud 2573/06 -]; f).- El plazo de prescripción que les resulta aplicables es el mismo que el legalmente establecido para las prestaciones, el de cinco años previsto en el art. 43.1 LGSS (así, SSTs 09/02/06 -rcud 4100/04 -; ... SG 17/07/13 -rcud 1023/12- ; 19/07/13 -rcud 2730/12-; y 12/11/13 -rcud 3117/12-)). La lógica consecuencia de la atribución de tal naturaleza prestacional no puede ser otra que la aplicación de las normas que disciplinan las prestaciones en sus aspectos de eficacia temporal.

3. En este preciso sentido, la jurisprudencia de la Sala ha sido constante en aplicar los diversos mandatos establecidos en el citado artículo 43 LGSS al recargo de prestaciones sin excepción alguna; así, por todas, la STS de 19 de julio de 2013, rcud 2730/2012, estableció que: «de acuerdo con la doctrina de esta Sala, el recargo de prestaciones tiene un plazo de prescripción de cinco años. Este comienza a correr desde el momento en que la acción puede ser ejercitada, que es en el momento en que concurren los tres elementos que integran el derecho: 1) el accidente de trabajo; 2) la infracción de las medidas de seguridad y 3) el hecho causante de la prestación de

Seguridad Social objeto de recargo. Por otra parte, de conformidad con el art. 43.2 de la Ley General de la Seguridad Social, la prescripción del recargo se interrumpe por las causas ordinarias del art. 1973 del Código Civil y por reclamación ante la Administración de la Seguridad Social o ante la Administración laboral o en virtud de expediente que tramite la Inspección de Trabajo "en relación con el caso de que se trate". El número 3 del precepto citado añade que "en el supuesto de que se entable acción judicial contra un presunto culpable, criminal o civilmente, la prescripción quedará en suspenso mientras aquélla se tramite, volviendo a contarse el plazo desde la fecha en que se notifique el auto de sobreseimiento o desde que la sentencia adquiera firmeza». Una correcta interpretación del precepto en cuestión debería rechazar, por irracional, que todo él resultase aplicable al recargo de prestaciones menos el inciso relativo a los efectos temporales pues la norma en sí misma constituye un todo que no se puede parcelar a efectos de su aplicación a una institución concreta a la que hemos dicho reiteradamente que se le aplican todas las demás previsiones del reiterado artículo 43.1 LGSS.

4. En consecuencia, el INSS puede imponer el recargo, a iniciativa de la inspección de trabajo, de la autoridad laboral o del propio interesado, hasta que transcurra el plazo de prescripción, pero sus efectos no pueden retrotraerse a la fecha inicial del reconocimiento de la prestación base. Sin embargo, como ocurre en el supuesto aquí examinado, si no consta que la interesada lo solicitara en el momento inicial del reconocimiento de la prestación base, ha de estarse a la previsión normativa reseñada, en la interpretación efectuada por esta Sala, conforme a la cual, la fecha de efectos del recargo debe ser la de tres meses antes de que el beneficiario, o, en su caso, la autoridad administrativa laboral, interesaran del INSS su imposición.

5. Ésta es, en fin, la doctrina que, en lo esencial, se sienta en diferentes sentencias de esta Sala, entre las que pueden citarse, como más recientes, las de 13, 15, 16, 20 y 27 de septiembre de 2016 (RR núm. 3770/2015; 3272/2015; 1411/2015; 3346/2015; y 1671/2015).

6. Todo lo anteriormente razonado conduce a la estimación parcial del recurso y, a diferencia de lo que debe suceder cuando es el propio beneficiario el que insta el recargo años después de venir percibiendo la prestación porque la Inspección se abstuvo entonces de proponer el recargo (caso resuelto en el STS4ª 15-9- 2016, R. 3272/15), resolviendo en suplicación, hemos de revocar también en parte la sentencia recurrida porque, aunque en lo sustancial sea la que se ajusta a nuestra doctrina (desde luego, no la de contraste), la retroacción de los efectos del recargo han de limitarse a los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del propio recargo (no de la prestación) pero debe entenderse por tal "solicitud" la actuación promotora del recargo que, en este caso, la Inspección de Trabajo inició el 27-9-2011 (h. p. 1º), por lo que los efectos del recargo hemos de establecerlos, no en los tres meses anteriores a la resolución administrativa que lo impuso (28-9-2012), como dice la sentencia recurrida, sino en el 27-6-2011 , es decir, tres meses antes de que el 27-9-2011 se iniciaran las actuaciones procedentes por parte de la Inspección de Trabajo.

7. En consecuencia, en sentido concordante con lo resuelto en los citados precedentes de esta Sala, visto el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, procede estimar en parte el recurso y concluir, en congruencia con el debate suscitado en suplicación, declarando que los efectos del recargo deberán imponerse con una retroactividad de tres meses a contar desde la fecha de iniciación (27-9-2011) por la Inspección de Trabajo del expediente administrativo que, a la postre, lo reconoció; esto es, desde el 27 de junio de 2011. Sin costas (art. 235.1 LRJS).

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1) Estimar parcialmente el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada de doña Fermina contra la sentencia dictada el 9 de julio 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de suplicación núm. 2371/2015 , interpuesto contra la sentencia de fecha 20 de noviembre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 9 de Barcelona , en autos núm. 84/2013, seguidos a instancias de la Empresa URALITA, SA contra el INSS, la TGSS y la aquí recurrente sobre recargo de prestaciones derivadas de contingencia profesional. 2) Casar y anular en parte la referida sentencia únicamente en el punto relativo a la fecha de efectos del recargo de prestaciones, quedando inalterada en los restantes pronunciamientos y, resolviendo el debate de suplicación, establecemos que los efectos del recargo han de retrotraerse al 27 de junio de 2011. 3) No ha lugar a la imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

8-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016 RECURSO NÚMERO 1868/2015

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 16 de abril de 2014, el Juzgado de lo Social nº 2 de Ciudad Real, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimo la demanda de oficio del Jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social contra Víctor Manuel, y declaro la existencia de relación laboral entre la empresa y las codemandadas, en relación con el acta de la que se deriva la demanda de oficio.»

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: « PRIMERO.- El presente procedimiento se inicia por demanda de oficio de la Inspección Provincial de Trabajo, solicitando que se determine la existencia de relación laboral de las relacionadas en la demanda con el demandado, al haberse levantado acta de infracción y haber sido impugnada por la empresa, produciéndose el supuesto provisto en el Art. 148 LJS. En relación con la demanda están excluidas de la misma, al haberse desistido una vez reconocida la relación laboral, D^a. Carmela, D^a. Irene y D^a. Sagrario. SEGUNDO.- Los hechos que han quedado acreditados son los siguientes: Las mujeres de referencia citadas en la demanda, excepto aquellas de las que se ha desistido mencionadas en el fundamento anterior realizaban la denominada actividad de alterne, consistente en captación y entretenimiento de clientes, induciéndoles a realizar consumiciones y obteniendo por ello una contraprestación económica de las propias consumiciones. Todo ello lo realizaban previo acuerdo con el demandado, en el que se fijaba como horario el coincidente con el de apertura del local, con un día de descanso semanal, realizado todo en los locales del demandado sin aportación de medios y recibiendo a cambio como remuneración una parte de la consumición del cliente que variaba dependiendo de si era bebida con alcohol o sin alcohol. TERCERO.- La visita de la inspectora se produjo el 17 de abril de 2008. Por sentencia del JCA 1 de nuestra ciudad de 30-5-11 se desestimó la alegación de caducidad del procedimiento y se anuló la resolución sancionatoria que se derivó del acta de infracción, con retroacción de actuaciones al momento de emisión de dicho acta. Tras los trámites que constan se presentó la demanda origen de autos el 6 de septiembre de 2012.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, el letrado D. Jesús Antonio Vallejo Fernández en nombre y representación de D. Víctor Manuel formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, dictó sentencia en fecha 12 de marzo de 2015, recurso 1148/2014 , en la que consta el siguiente fallo: «Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación de D. Víctor Manuel contra la Sentencia de fecha 16 de abril de 2014 dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Ciudad Real en los autos número

834/2012, sobre procedimiento de oficio, siendo recurridas la INSPECCIÓN PROVINCIAL DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DE CIUDAD REAL, debemos confirmar y confirmamos en todos sus aspectos la Sentencia de instancia; con imposición de costas a la recurrente comprensivas de honorarios de Letrado de la parte impugnante por importe de 300 euros y pérdida de depósitos.»

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, el letrado D. Jesús Antonio Vallejo Fernández, en nombre y representación de D. Víctor Manuel, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con las dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria el 5 de febrero de 1996, recurso 856/1995 y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 12 de marzo de 2008, recurso 6467/2007.

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Ciudad Real, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente el recurso interpuesto respecto al primer motivo informando que debe desestimarse, por falta de contradicción, respecto al segundo motivo.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 21 de diciembre de 2016, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.-1.- El Juzgado de lo Social número 2 de los de Ciudad Real dictó sentencia el 16 de abril de 2014, autos número 834/2012, estimando la DEMANDA DE

OFICIO formulada por el JEFE DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL contra D. Víctor Manuel , declarando la existencia de relación laboral entre la empresa y las codemandadas, en relación con el acta del que deriva la demanda de oficio.

Tal y como resulta de dicha sentencia las codemandadas realizaban la actividad de "alterne", consistente en captación y entretenimiento de clientes, induciéndoles a realizar consumiciones y obteniendo por ello una contraprestación económica de las propias consumiciones. Lo realizaban previo acuerdo con el demandado, habiéndose fijado como horario el coincidente con el de la apertura del local, con un día de descanso semanal, realizando la actividad en los locales del demandado, sin aportación de medios, y recibiendo a cambio, como remuneración, una parte del importe de la consumición del cliente, que variaba dependiendo de si era bebida con alcohol o sin alcohol. El 17 de abril de 2008 se realizó visita por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Por sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de los de Ciudad Real, de 30 de mayo de 2011, se anuló la resolución sancionatoria que se derivó del acta de infracción, acordando la retroacción de las actuaciones al momento de emisión de dicho acta, razonando que, previamente, debió plantearse demanda de oficio ante el orden Social, conforme a lo recogido en los artículos 148 , 149 y 150 de la LRJS .

2.- Recurrida en suplicación por D. Víctor Manuel, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha dictó sentencia el 12 de marzo de 2015, recurso número 1148/2014, desestimando el recurso formulado.

La sentencia entendió que la acción no está prescrita ya que no nos encontramos en presencia de una reclamación entre trabajador y empresario sino ante una sanción impuesta por la Administración General del Estado al recurrente por emplear en sus prostíbulos a ciudadanos extranjeros sin las correspondientes autorizaciones. Esta infracción, se califica como muy grave en el artículo 54.1.D de la LO 4/2000, de 11 de

enero, lo que implica que por mor del artículo 56.1 de la Ley Orgánica está sujeta a un plazo de prescripción de tres años. Continúa razonando, con cita de varias sentencias de esta Sala, entre ellas la de 17 de noviembre de 2004, que en el caso examinado existe relación laboral aunque se dé el hecho de que las empleadas pudieran gozar de cierta libertad para realizar sus iniciativas de captación de clientela, y cierta libertad de horario de permanencia en los locales de alterne; y que pudiera no acreditarse taxativamente su modo de retribución, no desvirtúa la relación laboral dado que la mayor o menor flexibilidad en el ejercicio de la facultad de dirección del empleador depende de la propia naturaleza de las tareas encomendadas al trabajador, y en el caso de las referidas empleadas, su modo de trabajo por comisión predica el reconocimiento de una cierta autonomía de horario, jornada y retribución en la prestación de su actividad.

3. - Contra dicha sentencia se interpuso por la representación letrada de D. Víctor Manuel recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria, para el primer motivo de recurso, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria el 5 de febrero de 1996, recurso número 856/1995, y, para el segundo motivo, la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 12 de marzo de 2008, recurso número 6467/2007.

La parte recurrida, el Abogado del Estado, en la representación que ostenta del JEFE DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha de ser declarado improcedente, respecto al primer motivo y debe desestimarse, por falta de contradicción, respecto al segundo motivo.

SEGUNDO.-1.- Procede el examen de la sentencia de contraste, invocada para el primer motivo del recurso, para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS, que supone que ante

hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria el 5 de febrero de 1996, recurso número 856/1995, estimó el recurso de suplicación interpuesto por D. Basilio contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Santander el 10 de febrero de 1995, revocando dicha sentencia y apreciando la excepción de prescripción, desestimando la demanda de oficio instada por la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social.

Consta en dicha sentencia que dos controladores laborales de la Inspección Provincial de Trabajo visitaron la empresa de D. Basilio, dedicada al comercio de objetos de regalo y comprobaron que Doña María Inmaculada prestaba sus servicios, estando en dicho momento cobrando a un cliente y Doña Carla estaba envolviendo una compra de un cliente al que atendía, siendo Doña María Inmaculada perceptora del subsidio por desempleo y Doña Carla de la prestación por desempleo, no constando inscritas en el Libro de Matrícula, ya que la empresa carecía de él, no habiendo sido dadas de alta en la Seguridad Social, levantándose Acta de Infracción el 5 de febrero de 1991. Se inició expediente sancionador dictándose resolución confirmatoria de la sanción en recurso de alzada. Recurrido en vía jurisdiccional se resolvió por sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 21 de noviembre de 1993, que anuló la resolución para que se procediera a someter la cuestión ante la jurisdicción Social, vía demanda de oficio. En el expediente sancionador contra Doña Carla se dictó sentencia por el mismo órgano jurisdiccional en el mismo sentido. La Dirección Provincial de Trabajo promovió demanda de oficio el 2 de marzo de 1994 para que se declare la existencia de relación laboral.

La sentencia entendió que el objeto del litigio es una acción ejercitada por la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social ante el Juzgado de lo Social, acción meramente declarativa, cuya finalidad es determinar la naturaleza laboral o no de la

relación existente entre María Inmaculada y Carla y la empresa Ángel Lastra Fernández. En este tipo de acciones el plazo de prescripción es el previsto en el aludido art. 59.1 E.T ., por cuanto deriva de la existencia misma de relación laboral o "contrato de Trabajo" que se pretende declarar. Continúa razonando que habiéndose entablado recurso Contencioso Administrativo por el demandado, resuelto por sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 16 de febrero de 1993, en la que se anula la resolución, a los efectos de que se formule demanda de oficio ante la Jurisdicción Social, esta no fue presentada hasta el 2 de marzo de 1994, por lo que fue presentada fuera de plazo pues había transcurrido ya más de un año.

3.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS. En efecto, en ambos supuestos se trata de demandas de oficio, presentadas por la autoridad laboral, a fin de que se declare la naturaleza laboral de la relación existente entre la empresa demandada y los codemandados. En ambos supuestos se ha seguido un expediente sancionador contra la empresa por no tener dadas de alta a determinadas personas, procediendo a imponer la pertinente sanción. Contra esta sanción se recurre ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa que dicta sentencia anulando la resolución administrativa, retrotrayendo las actuaciones, para que se proceda a someter la cuestión ante la jurisdicción Social, vía demanda de oficio, a fin de que se pronuncie acerca de la naturaleza de la relación que unía a las partes. Dicha demanda se presenta, transcurrido más de un año desde que se dictó la sentencia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, habiendo llegado las sentencias comparadas a resultados contradictorios. En tanto la sentencia recurrida entiende que la acción no está prescrita porque el plazo de prescripción al que está sujeta es de tres años, la de contraste entiende que el plazo de prescripción es de un año, por lo que la acción ha prescrito.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos

establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal , procede entrar a conocer del fondo del asunto.

TERCERO.-1.- El recurrente alega infracción del artículo 59.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Hay que poner de relieve que la demanda rectora de este asunto trae causa de la sentencia del Juzgado Contencioso Administrativo número 1 de Ciudad Real de 30 de mayo de 2011 , que desestimó la alegación de caducidad del procedimiento y anuló la resolución sancionatoria que se derivó del acta de infracción, con retroacción de las actuaciones al momento de emisión de dicho acta, para que la Inspección de Trabajo interponga demanda de oficio ante el Juzgado de lo Social a fin de que resuelva la naturaleza laboral o no de las relaciones entre la empresa y las codemandadas, por lo que, siendo aquella sentencia anterior a la entrada en vigor de la LRJS -(el artículo 2 s) atribuye al orden Social la revisión de la potestad sancionadora de la Administración en materia de Seguridad Social- no procede en este supuesto concreto cuestionar, en su caso, la inadecuación del procedimiento de oficio que hipotéticamente pudiera derivarse de lo dispuesto en el artículo 148 d) de la LRJS .

2.- Cuestión similar a la ahora examinada ha sido resuelta por esta Sala en múltiples sentencias, como veremos posteriormente, por lo que, tal y como afirma el recurrido en su escrito de impugnación, debió inadmitirse, en virtud de lo que dispone el artículo 225.4 de la LRJS. Sin embargo en esta fase procesal, procede entrar a resolver el fondo del asunto.

3. - Tal y como esta Sala ha consignado en las sentencias de 12 de julio de 2004, recurso 2756/2003; 21 de octubre de 2004, recurso 4567/2003; 25 de octubre de 2005, recurso 3078/2004 y 15 de noviembre de 2006, recurso 3331/2005, en los procedimientos de oficio no se puede afirmar que se esté ante una acción derivada del

contrato de trabajo que no tenga señalado plazo especial de prescripción, por lo que no resulta de aplicación el artículo 59. 1º ET.

En el procedimiento de oficio la Autoridad Laboral ejercita la acción, no siendo parte en el contrato de trabajo, sino un tercero respecto del mismo, por lo que no cabe aplicar un plazo de prescripción que está previsto para la relación laboral y para las partes que la configuran (STS 15 de noviembre de 2006, recurso 3331/2005).

La sentencia de 12 de julio de 2004, recurso 2756/2003 establece: «La solución al problema planteado lo apunta el propio recurrente en la parte del recurso de interposición dedicada a justificar la contradicción, cuando afirma que "todas las acciones procesales sujetas a prescripción, al margen de las sujetas a plazo de caducidad, derivadas del contrato de trabajo, entendiendo por tales las que se refieren estrictamente a la relación laboral no a prestaciones de la Seguridad Social, que tienen una dinámica distinta...". Aquí se encuentra la clave para decidir la cuestión planteada; los plazos de prescripción y caducidad a que alude el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores se refieren a las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial, destinando reglas para los distintos supuestos, como el de exigir percepciones económicas, cumplimiento de obligaciones de tracto único, despidos, resoluciones del contrato temporal o impugnación de las decisiones empresariales en materia de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo y se asientan en el derecho laboral, en tanto que la ejercitada en el procedimiento de oficio no se refiere a ninguna de esas cuestiones sino que sirve de presupuesto necesario para la aplicación de normas de la Seguridad Social, en cuyo campo será posible alegar u oponer la prescripción cuando, como consecuencia de la sentencia estimatoria de la demanda de oficio, pueda proseguir su curso el expediente administrativo sancionador, que ha quedado interrumpido con la admisión de la demanda, según el artículo 150.2 de la Ley de Procedimiento Laboral . Por tanto, la prescripción que en su caso pueda excepcionarse no será la prevista y regulada en el artículo 59.1 del Estatuto de los Trabajadores, como el recurrente pretende y la

sentencia de contraste entendió, sino la que regula el artículo 21.1, c) de la Ley General de la Seguridad Social, a cuyo tenor prescribe a los cuatro años "La acción para imponer sanciones por incumplimiento de las normas de Seguridad Social».

Por su parte la sentencia de 25 de octubre de 2005, recurso 3078/2004, con cita de la sentencia de 21 de octubre de 2004, contiene el siguiente razonamiento: «que "el dilema se sitúa en torno a si en un procedimiento de oficio instado en los términos previstos en el artículo 149 de la Ley de Procedimiento Laboral , es decir, cuando un acta de infracción levantada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ha sido impugnada por la empresa con base en alegaciones y pruebas que puedan desvirtuar la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora es o no aplicable el artículo 59.,1 del Estatuto de los Trabajadores , aplicando la prescripción de un año; de lo que se trata en definitiva es de precisar si se ha producido o no una cesión ilegal de mano de obra, como cuestión prejudicial devolutiva, que no tiene otra finalidad que la de aclarar a la autoridad laboral si, desde el punto de vista del Derecho laboral, se puede considerar ilegal la cesión de trabajadores, como base y antecedente para que el expediente sancionador siga su curso; si el derecho a sancionar se mantiene vivo o ha prescrito es una cuestión a debatir en el expediente sancionador y en los trámites que le sigan. La acción ejercitada no es una secuela del contrato de trabajo, dado que éste genera una relación laboral interpartes de la que la autoridad laboral es un tercero, lo que de suyo impide ligar al nacimiento de la acción ejercitada a ese contrato, el cual funciona sólo como presupuesto de ejercicio.»

CUARTO.- La clave para resolver la controversia está en que los plazos de prescripción y de caducidad a que se refiere el artículo 59 del Estatuto de los trabajadores , se refieren a las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado otro plazo especial, destinando reglas para los distintos supuestos, como el de exigir percepciones económicas, cumplimiento de obligaciones de tracto único, despido, resolución del contrato temporal o impugnación de las decisiones empresariales en materia de movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de

trabajo, y se asientan en el Derecho laboral, en tanto que la ejercitada en el procedimiento de oficio no se refiere a ninguna de esas cuestiones sino que tiene el designio de servir de presupuesto necesario para la aplicación de normas sancionadoras o de Seguridad Social, en cuyas esferas será posible alegar u oponer la prescripción cuando, como consecuencia de la sentencia estimatoria de la demanda de oficio, pueda proseguir su curso el expediente administrativo sancionador, que había quedado interrumpido con la admisión a trámite de la demanda, según lo dispuesto en el artículo 150.2 de LPL."

Por consiguiente, la prescripción que en su caso pueda alegarse no será la prevista para supuestos diferentes contemplados en el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores , como en la sentencia se sostiene, sino la específica de la conducta que se pretende sancionar.

4.- Aplicando la anterior doctrina al supuesto examinado procede la desestimación del recurso formulado ya que a la acción ejercitada no se le aplica el plazo de prescripción establecido en el artículo 59.1º ET, y, al haberlo entendido así la sentencia impugnada, ha aplicado la doctrina correcta.

CUARTO.- 1.- Procede el examen de la sentencia de contraste, invocada para el segundo motivo del recurso, para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS.

La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 12 de marzo de 2008, recurso número 6467/2007, desestimó el recurso interpuesto por el Abogado del Estado, confirmando la sentencia que con fecha 19 de octubre de 2007, ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social número 5 de los de Vigo, por la que se rechazó la demanda formulada y se absolvió a la entidad Pamifran SL.

Tal y como consta en dicha sentencia, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Pontevedra levantó el 29 de marzo de 2007 sendas actas de infracción frente a la empresa Pamifran SL por considerar que recibía la prestación de servicios de 14 ciudadanas extranjeras sin permiso de trabajo y por falta de alta en el Régimen General de la Seguridad Social de otras dos trabajadoras. Dichas personas ejercían la prostitución en las habitaciones alquiladas y ubicadas en el Club Ciros Hotel. Mientras se encontraban en el bar del Club hablando con los clientes, percibían directamente de estos una cantidad por cada consumición efectuada.

La sentencia entendió que, incólume ordinal tercero, se afirma que las mujeres identificadas ejercían la prostitución y percibían directamente de los clientes una cantidad por cada consumición efectuada. Esto supone dos conclusiones: primera, que la actividad principal de las personas identificadas en las Actas de Infracción es de imposible inclusión en el mundo laboral (objeto ilícito), pues determinaría, de concurrir rasgos de dependencia y ajenidad, la calificación del comportamiento como delictivo; y segundo, que el empresario ni ejerce control ni retribuye ese alterne -dependerá de un precio acordado previamente, de lo que sea habitual en esos ambientes o de la liberalidad del cliente-, pese a que indudablemente se beneficia de él (cuanto más consumo, más ganancias) y obliga a esas «alternadoras» a adaptarse al horario de apertura del local (dato obvio al tratarse de un establecimiento abierto al público). Sin embargo, al no pretenderse la alteración del relato histórico de la Sentencia, hemos de ceñirnos a ése para extraer las conclusiones jurídicas debidas y resulta que ni existe ajenidad.

2.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste no concurren las identidades establecidas en el artículo 219 de la LRJS, tal y como se expondrá a continuación.

En la sentencia recurrida la actividad ejercida por las codemandadas era el denominado "alterne", consistente en captación y entretenimiento de clientes, induciéndoles a realizar consumiciones y obteniendo por ello una contraprestación económica de las propias consumiciones. Percibían una parte del importe de la consumición del cliente, que variaba dependiendo de si era bebida con alcohol o sin alcohol y les era abonada por la empresa.

En la sentencia de contraste las codemandadas ejercían la prostitución en el local del demandado siendo, por lo tanto, de imposible calificación dicha relación como laboral, percibiendo directamente de los clientes una cantidad por cada consumición realizada.

Al ser distintos los hechos de los que han partido cada una de las sentencias enfrentadas han llegado a resultados diferentes por lo que, a la vista de los hechos tomados en consideración, no pueden calificarse de contradictorios. La sentencia recurrida ha entendido que estamos en presencia de una relación laboral, en tanto la de contraste concluye que no existe relación laboral, porque de concurrir rasgos de dependencia y ajenidad debería calificarse ese comportamiento como delictivo, a lo que añade, que en aquel supuesto el empresario ni ejerce control ni retribuye ese alterne, pese a que indudablemente se beneficia de él -cuanto más consumo, más ganancias- sin perjuicio de que las mencionadas codemandadas tengan que adaptarse al horario de apertura del local, al tratarse de un establecimiento abierto al público.

3.- Esta Sala ha apreciado la inexistencia de contradicción en numerosos supuestos que guardan gran similitud con el ahora examinado, así la sentencia de 29 de octubre de 2013, recurso. 61/2013; Autos de 11 de mayo de 2016, recurso 2833/2015; 15 de diciembre de 2015, recurso. 1413/2015; 11 de septiembre de 2014, recurso 232/2014 y 18 de junio de 2014, recurso 2590/2013.

En todas ellas se afirma que no hay, ni puede haber, contradicción, entre sentencias que se pronuncian en favor de la naturaleza jurídica laboral de la actividad de alterne, y las que por el contrario niegan la posibilidad de reconocer la existencia de una relación laboral cuando esa actividad conlleva además el ejercicio de la prostitución.

QUINTO.- Por todo lo razonado procede la íntegra desestimación del recurso, con imposición de costas al recurrente en aplicación de lo dispuesto en el artículo. 235.1º LRJS.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada de D. Víctor Manuel frente a la sentencia dictada el 12 de marzo de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en el recurso de suplicación número 1148/2014, interpuesto por el citado recurrente frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Ciudad Real el 16 de abril de 2014, en los autos número 834/2012, seguidos a instancia del JEFE DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL contra D. Víctor Manuel, y las codemandadas, sobre DEMANDA DE OFICIO. Se confirma la sentencia recurrida con imposición de costas al recurrente, incluyendo los honorarios del letrado de la recurrida que impugnó el recurso con el límite cuantitativo legalmente establecido.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**9-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE DICIEMBRE
DE 2016 NÚMERO DE RECURSO 1778/2015**

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 16 de abril de 2014 el Juzgado de lo Social nº 2 de Ciudad Real dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«1º.- El presente procedimiento se inicia por demanda de oficio de la Inspección Provincial de Trabajo, solicitando que se determine la existencia de relación laboral de las relacionadas en la demanda con el demandado, al haberse levantado acta de infracción y haber sido impugnada por la empresa, produciéndose el supuesto previsto en el Art. 148 LJS.

2º.- Los hechos que han quedado acreditados son los siguientes: Las mujeres de referencia citadas en la demanda, excepto aquellas de las que se ha desistido mencionadas en el fundamento anterior realizaban la denominada actividad de alterne, consistente en captación y entretenimiento de clientes, induciéndoles a realizar consumiciones y obteniendo por ello una contraprestación económica de las propias consumiciones. Todo ello lo realizaban previo acuerdo con el demandado, en el que se fijaba como horario el coincidente con el de apertura del local, con un día de descanso semanal, realizado todo en los locales del 3 demandado sin aportación de medios y recibiendo a cambio como remuneración una parte de la consumición del cliente que variaba dependiendo de si era bebida con alcohol o sin alcohol.

3º.- La visita de la inspectora se produjo el 28 de octubre de 2009. Tras los trámites que constan se presentó la demanda origen de autos el 13 de septiembre de 2012».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: «Que estimo la demanda de oficio del Jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social contra Ginés y, declaro la existencia de relación laboral entre la empresa y las codemandadas D.^a Consuelo, D.^a Isabel, D.^a Purificación, D.^a María Consuelo y D.^a Claudia, en relación con el acta de la que se deriva la demanda de oficio».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación legal de D. Ginés ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla - La Mancha, la cual dictó sentencia en fecha 20 de marzo de 2015, en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta el siguiente fallo: «Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal de Ginés, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Ciudad Real, de fecha 16 de abril de 2014, en los autos número 896/12, sobre derechos fundamentales, siendo recurridos INSPECCIÓN PROVINCIAL DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, D.^a Consuelo, D.^a Isabel, D.^a Purificación, D.^a María Consuelo y D.^a Claudia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia, condenando en costas a la parte recurrente, así como a la pérdida del depósito efectuado para recurrir, y a que abone el importe de los honorarios del letrado impugnante, en cuantía de 600 €, al que se dará el destino legal previsto en el art. 13 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas».

TERCERO.- Por la representación letrada de D. Ginés se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Castilla - La Mancha, el 12 de mayo de 2015. Para el primer motivo, se elige como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en fecha 5 de febrero de 1996 (RSU 856/1995), considerando la parte que, al amparo de lo establecido en el artículo 207 e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la sentencia recurrida infringe el

artículo 59.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

Por lo que se refiere al segundo motivo, se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en fecha 12 de marzo de 2008 (RSU. 6467/2007), entendiendo la parte que la sentencia recurrida infringe los artículos 1 y 8.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, al amparo de lo establecido en el artículo 207 e) de la LRJS.

CUARTO.- Con fecha 8 de noviembre de 2015 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de estimar improcedente el primer motivo del recurso y proponer la desestimación del segundo.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 29 de noviembre de 2016, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- Dos son las cuestiones sobre las que trata el presente recurso de casación para la unificación de doctrina: 1º) si resulta de aplicación el plazo de prescripción de un año del art. 59.1º ET, para el ejercicio de la acción en el procedimiento de oficio que regulan los arts. 148, 149 y 150 LRJS; 2º) si puede

calificarse como relación laboral la mantenida entre el titular del establecimiento y las personas referenciadas en la demanda que se dedican a la actividad de alterne.

2.- Tiene su origen este procedimiento de oficio en la demanda interpuesta por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el 11 de septiembre de 2012, en la que se solicita que se declare la existencia de relación laboral entre el demandado y las personas que se relacionan en la demanda, que trae causa del acta de infracción extendida en la visita al local el día 28 de octubre de 2009.

La sentencia del juzgado de lo social 2 de Ciudad Real de 16 de abril de 2014, autos 896/2012, rechaza la excepción de prescripción invocada por el demandado, para estimar la demanda de oficio y calificar como relación laboral la existente entre el dueño del local y las personas que realizaban la denominada actividad de alterne, consistente en captación y entretenimiento de clientes, induciéndoles a realizar consumiciones para obtener una contraprestación económica, conforme a un previo pacto con el demandado y de acuerdo al horario fijado por el mismo en coincidente con el de apertura del local, con un día de descanso semanal, sin aportación de medios y recibiendo a cambio como remuneración una comisión por cada consumición del cliente que variaba dependiendo de si era bebida con alcohol o sin alcohol.

3.- Formula recurso de suplicación el demandado, que es desestimado en la sentencia recurrida dictada por el TSJ de Castilla La Mancha de 20 de marzo de 2015, rec. 1149/2014, que confirma en su integridad la de instancia, tanto en lo que se refiere a la desestimación de la excepción de prescripción de la acción, como en lo relativo al fondo del asunto en la existencia de relación laboral.

La sentencia de suplicación ha entendido que no es de aplicación en este caso el plazo general de prescripción de las acciones laborales previsto en el art. 59.1º ET que había invocado el recurrente, sino el de tres años de prescripción de las infracciones

muy graves al que se refiere el art. 56.1º de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en relación con el art. 54.1 d) de esa misma Ley que tipifica como tal: "d) La contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados, siempre que el hecho no constituya delito".

Y en cuanto al fondo del asunto, concluye que es de naturaleza jurídica laboral la relación mantenida entre quienes se dedican a la actividad de "chicas de alterne" y el dueño del local, en las condiciones y circunstancias resultantes en el caso de autos, invocando a tal efecto el criterio de las SSTS de 21 de julio de 1995, rec. y 11 de diciembre de 2001, rec.3488/200, en las que se distingue entre la actividad de alterne por cuenta propia y por cuenta ajena, y se afirma el carácter laboral de esta última siempre que se acredite la ajenidad de la prestación de la actividad y la dependencia en el seno de una organización empresarial. La razón fundamental considerada en la sentencia estriba en que la actividad de alterne genera unos rendimientos económicos, previa la organización de capital y trabajo, que deben estar sometidos a las condiciones tributarias y laborales que protegen a los trabajadores y disciplinan los presupuestos mercantiles de toda actividad económica, encontrando igualmente fundamento en la STS 29 de octubre de 2013, rec. 61/2013, en la que se señala que la denominada actividad de alterne (aquella que tiene por finalidad el estímulo a los clientes de determinados establecimientos a hacer gasto en los mismos) puede constituir el objeto de un contrato de trabajo, aceptando, por tanto, que tal actividad puede realizarse por cuenta ajena y de forma retribuida y dependiente (sentencias TS de 3 de marzo de 1981, 25 de febrero de 1984, 19 de mayo de 1985 y 4 de febrero de 1988).

4.- El recurso de casación para la unificación de doctrina se articula en dos motivos diferentes.

El primero denuncia infracción del art. 59.1º ET para sostener que el plazo de prescripción de un año previsto en el mismo resulta igualmente de aplicación en el procedimiento de oficio, con lo que estaría en este caso prescrita la acción ejercitada en la demanda presentada por la Inspección de Trabajo el 11 de septiembre de 2012 y derivada de un acta de infracción levantada el 28 de octubre de 2009.

Como sentencia de contraste se invoca la de la Sala Social del TSJ de Cantabria de 5 de febrero de 1996, rec. 856/95.

En el motivo segundo alega el recurrente que la sentencia ha vulnerado los arts. 1. y 8.1º ET, porque las personas a las que se refiere la demanda de oficio no desempeñan la actividad de alterne por cuenta y bajo la dependencia del dueño del establecimiento, sino que se trataría simplemente de clientas que acuden voluntariamente a dicho local y deciden llegar a un acuerdo con otros clientes respecto a las condiciones de pago de las bebidas consumidas, sin que el recurrente ejerza ningún control sobre esa actividad y los términos de tales pactos.

Su invoca en este punto como sentencia referencial la de la sala Social del TSJ de Galicia de 12 de marzo de 2008, rec. 6467/2007.

5.- El Abogado del Estado postula en su escrito de impugnación la inadmisión del recurso por falta de contenido casacional del primero de sus motivos al existir ya pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre esa materia, y en cuanto al segundo, además, por no existir contradicción con la sentencia invocada de contraste. Solicitando de cualquier forma la desestimación de ambos motivos.

El Ministerio Fiscal en su informe admite la existencia de contradicción respecto al primer motivo del recurso, para instar seguidamente su desestimación porque la

doctrina correcta sería la de la sentencia recurrida en cuanto considera inaplicable el plazo de prescripción de un año del art. 59-1º ET. Niega en cambio que pueda apreciarse contradicción en la sentencia referencial del segundo de los motivos del recurso, porque en la ella se declara expresamente probado que las personas afectadas en aquel caso se dedicaban al ejercicio de la prostitución, lo que justificó el pronunciamiento de la sentencia que niega la existencia de relación laboral, a diferencia del presente supuesto en el que la actividad es la de alterne.

6.- Vamos a destacar en este momento que la demanda trae causa de la sentencia de 7 de febrero de 2011 del Juzgado Contencioso- Administrativo nº 1 de Ciudad Real, en la que se acuerda la retroacción del procedimiento administrativo al momento de emisión del acta de infracción para que la Inspección de Trabajo interponga demanda de oficio ante el juzgado de lo social y determinar si son laborales las relaciones jurídicas en litigio, por lo que siendo aquella sentencia de fecha anterior a la entrada en vigor de la LRJS - cuyo art. 2 letra s) atribuye al orden social la revisión de la potestad sancionadora de la Seguridad Social-, no hay razones para cuestionar en este caso la eventual inadecuación del procedimiento de oficio que hipotéticamente pudiere derivarse de lo dispuesto en la letra d) del art. 148 LRJS en la referencia que hace a las materias de Seguridad Social excluidas del conocimiento del orden social en la letra f) del art. 3.

SEGUNDO. 1.- Entrando a conocer del primer motivo del recurso, debemos resolver previamente sobre la existencia de contradicción.

Lo que merece respuesta indudablemente afirmativa, atendidas las circunstancias de hecho y de derecho que son sustancialmente idénticas en uno y otro caso en los términos que exige el artículo 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), esto es, que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, de forma que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente coincidentes, de tal

manera que respecto de los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

2.- Como esta Sala ya ha tenido ocasión de establecer en la sentencia de 12 de julio de 2004, rec. 2756/2003, en la que se invocaba la misma sentencia de contraste, concurre el requisito de la contradicción entre la sentencia recurrida y la señalada como referente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, pues en ambos casos se trata de procedimientos de oficio y en los dos se debatió y resolvió la aplicación al caso del artículo 59.1 del Estatuto de los Trabajadores, llegando a soluciones absolutamente contrarias.

Ya hemos adelantado que la sentencia recurrida niega que resulte de aplicación el plazo de prescripción de un año del art. 59.1º ET para la interposición de la demanda en el procedimiento de oficio, mientras que la de contraste consideró por el contrario que era aplicable ese plazo, atendiendo a que el ejercicio de la acción "deriva de la misma relación laboral o contrato de trabajo que se pretende declarar", en un supuesto en el que la Autoridad Laboral interpuso la demanda de oficio el 2 de marzo de 1994, tras haberse girado visita de inspección y levantado el acta de infracción en fecha 5 de febrero de 1991.

Es clara e indubitada la contradicción, y una vez establecida su concurrencia deberemos entrar a conocer de este primer motivo del recurso.

TERCERO. 1.- Sobre el fondo del asunto tiene razón el Abogado del Estado al poner de manifiesto que ya existe doctrina unificada del Tribunal Supremo en esta materia, lo que pudiere haber justificado en su momento la inadmisión del recurso por falta de contenido casacional al haberse desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales y entrar en juego la previsión el art. 225. 4º LRJS. Lo que en

este momento procesal ha de conducir a igual resultado desestimatorio, en aplicación de esa consolidada doctrina jurisprudencial.

2.- Tal y como hemos reiterado en SSTs de 12 de julio de 2004, rec. 2756/2003, ya citada; 21 de octubre de 2004, rec. 4567/2003; 25 de octubre de 2005, rec. 3078/2004 y 15 de noviembre de 2006, rec. 3331/2005, en los procedimientos de oficio no se puede afirmar que se esté ante una acción derivada del contrato de trabajo que no tenga señalado plazo especial de prescripción, por lo que no resulta de aplicación el artículo 59. 1º ET.

Quien ejercita la acción en el procedimiento de oficio es la Autoridad Laboral, que no es parte en el contrato de trabajo sino un tercero respecto del mismo, y no cabe aplicar un plazo de prescripción que está previsto para la relación laboral y para las partes que la configuran (STS 15 de noviembre de 2006, ya citada).

Como señala la STS de 12 de julio de 2004, rec. 2756/2003, el plazo de prescripción de un año que contempla el artículo 59.1º ET se refiere a las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial, y se asienta en el derecho laboral. En tanto que la ejercitada en el procedimiento de oficio " sirve de presupuesto necesario para la aplicación de normas de la Seguridad Social, en cuyo campo será posible alegar u oponer la prescripción cuando, como consecuencia de la sentencia estimatoria de la demanda de oficio, pueda proseguir su curso el expediente administrativo sancionador que ha quedado interrumpido con la admisión de la demanda, según el artículo 150.2 de la Ley de Procedimiento Laboral".

Concluye esta sentencia: " la prescripción que en su caso pueda excepcionarse no será la prevista y regulada en el artículo 59.1 del Estatuto de los Trabajadores, como el recurrente pretende y la sentencia de contraste entendió, sino la que regula el artículo 21.1, c) de la Ley General de la Seguridad Social, a cuyo tenor prescribe a los cuatro

años "La acción para imponer sanciones por incumplimiento de las normas de Seguridad Social".

3.- En igual sentido, la STS de 15 de octubre de 2005, rec. 3078/2004, se remite a las de 21 de octubre de 2004, rec. 4567/2003, y tras poner de manifiesto que está última se ha dictado con la misma sentencia de contraste del caso de autos, recuerda lo que en ella se dice, "el dilema se sitúa en torno a si en un procedimiento de oficio instado en los términos previstos en el artículo 149 de la Ley de Procedimiento Laboral , es decir, cuando un acta de infracción levantada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ha sido impugnada por la empresa con base en alegaciones y pruebas que puedan desvirtuar la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora es o no aplicable el artículo 59.,1 del Estatuto de los Trabajadores , aplicando la prescripción de un año...", destacando seguidamente desde esta perspectiva jurídica, que el procedimiento de oficio, "... no tiene otra finalidad que la de aclarar a la autoridad laboral si, desde el punto de vista del Derecho laboral, se puede considerar ilegal la cesión de trabajadores, como base y antecedente para que el expediente sancionador siga su curso; si el derecho a sancionar se mantiene vivo o ha prescrito es una cuestión a debatir en el expediente sancionador y en los trámites que le sigan. La acción ejercitada no es una secuela del contrato de trabajo, dado que éste genera una relación laboral interpartes de la que la autoridad laboral es un tercero, lo que de suyo impide ligar al nacimiento de la acción ejercitada a ese contrato, el cual funciona sólo como presupuesto de ejercicio".

Se dicta esta última sentencia en un supuesto en el que se trataba de discernir si concurría una posible cesión ilegal de trabajadores, lo que no ha de ser óbice para que pueda trasladarse ese mismo criterio a una situación como la del presente caso en la que la actuación de oficio de la autoridad inspectora pretende dilucidar las posibles dudas sobre la existencia de una relación laboral, ya que en ambos supuestos se persigue un pronunciamiento judicial sobre la verdadera naturaleza jurídica del vínculo existente entre las partes implicadas, en orden a la prosecución de la actividad inspectora con las

consecuencias legales que deban derivarse del expediente administrativo incoado con esa finalidad.

4.- En definitiva, no cabe aplicar a la acción ejercitada en los presentes autos el plazo de prescripción establecido en el artículo 59.1º ET, y siendo que la sentencia recurrida contiene la doctrina correcta al atenderse acertadamente a ese mismo criterio, de conformidad con el Ministerio Fiscal, debemos desestimar este primer motivo del recurso.

CUARTO. 1.- No puede en cambio apreciarse la existencia de contradicción respecto a la cuestión objeto del segundo de los motivos del recurso.

En el caso de la sentencia referencial del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, se declara expresamente probado que las personas a las que se refiere la demanda de oficio ejercían la prostitución en el local del demandado, siendo en consecuencia de imposible inclusión esa actividad en el mundo laboral, además de percibir directamente de los clientes una cantidad por cada consumición realizada.

Con base en ello concluye la inexistencia de relación laboral, porque de concurrir rasgos de dependencia y ajenidad debería calificarse ese comportamiento como delictivo, a lo que añade, a mayor abundamiento, que en aquel supuesto el empresario ni ejerce control ni retribuye ese alterne, pese a que indudablemente se beneficia de él (cuanto más consumo, más ganancias) y obliga a esas «alternadoras» a adaptarse al horario de apertura del local, dato obvio al tratarse de un establecimiento abierto al público.

2.- En la sentencia recurrida no hay la menor referencia al ejercicio de la prostitución, sino tan solo a la actividad de alterne y consecuente devengo como contraprestación de una comisión por cada consumición a cargo del titular del establecimiento, lo que constituye un dato radicalmente diferente que impide apreciar la necesaria contradicción, porque no estamos entonces ante hechos y fundamentos sustancialmente iguales en los términos exigidos por el art. 219.2º LRJS.

3.- Junto con los casos en los que la inexistencia de contradicción deriva de las muy diferentes condiciones y circunstancias en las que puede ejercitarse la actividad de alterne, desde la perspectiva del sometimiento al ámbito de organización y dirección de un empleador, son muy numerosas las resoluciones de esta sala que en casos similares al presente han concluido de forma unánime la inexistencia de contradicción entre supuestos de hecho en los que únicamente se consideraba acreditada la actividad de alterne, y otros en los que se constataba el ejercicio de la prostitución, por todas, STS 29-10-2013, rec. 61/2013; Autos 11- 5-2016, rec. 2833/2015; 15-12-2015, rec. 1413/2015; 11-9-2014, rec. 232/2014; 18-6-2014, rec. 2590/2013.

En todas ellas se afirma que no hay, ni puede haber, contradicción, entre sentencias que se pronuncian en favor de la naturaleza jurídica laboral de la actividad de alterne, y las que por el contrario niegan la posibilidad de reconocer la existencia de una relación laboral cuando esa actividad conlleva además el ejercicio de la prostitución, tal y como así acontece en el supuesto de la sentencia de contraste y justifica un pronunciamiento diferente al de la recurrida.

QUINTO.- De conformidad con el Ministerio Fiscal, procede la íntegra desestimación del recurso, con imposición de costas al recurrente en aplicación de lo dispuesto en el art. 235.1º LRJS.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Ginés, contra la sentencia dictada el 20 de marzo de 2015, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en el recurso de suplicación núm. 1149/14, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Ciudad Real, de fecha 16 de abril de 2014, recaída en autos núm. 896/2012, seguidos en virtud de procedimiento de oficio instado por la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad social contra el ahora recurrente y D.^a Consuelo, D.^a Isabel, D.^a Purificación, D.^a María Consuelo y D.^a Claudia, sobre tutela de derechos fundamentales. Con imposición de costas al recurrente.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**10-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE DICIEMBRE
DE 2016 NÚMERO DE RECURSO 131/2016**

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por la representación del Sindicato de Trabajadores de Seguridad de Madrid (STS Madrid), Sindicato Unión Independiente de Trabajadores, Federación Regional de Servicios de U.G.T.- Madrid (FESUGT), Federación de Comisiones Obreras de Construcción y Servicios, Unión Sindical Obrera de Madrid, Espacio de Participación Sindical se presentaron demandas de conflicto colectivo de las que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, procediendo a su acumulación, y en las que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de

aplicación se terminó por suplicar se dicte sentencia por la que se declare la nulidad del despido colectivo impugnado.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 19 de octubre de 2015 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la que consta el siguiente fallo: «Estimamos parcialmente las demandas acumuladas de impugnación de despido colectivo promovidas por el SINDICATO DE TRABAJADORES DE SEGURIDAD DE MADRID (STS-MADRID), SINDICATO UNIÓN INDEPENDIENTE DE TRABAJADORES y por la FEDERACIÓN REGIONAL DE SERVICIOS DE UGT Madrid (UGT-FES), COMISIONES OBRERAS (CCOO) y UNIÓN SINDICAL OBRERA (USO), a las que se adhirieron ATES y ALTERNATIVA SINDICAL, contra la empresa SEGURIDAD INTEGRAL CANARIA SA, declarando que el despido colectivo no ha sido ajustado a derecho, condenando a SEGURIDAD INTEGRAL CANARIA SA, a estar y pasar por esta declaración y a todas las consecuencias que de ella se derivan.»

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«1º.- Seguridad Integral Canaria SA, es una empresa de seguridad especializada en la vigilancia y la protección de bienes e instalaciones. Constituida en el año 1995, el inicio de su actividad se circunscribió a la Comunidad Autónoma de Canarias, en la que es líder del sector, tanto en el ámbito privado como de entidades públicas. En la Comunidad de Madrid, cuenta en la actualidad, con una treintena de contratos y una plantilla de 1.314 personas (folio 482, Tomo II del expediente).

2º- En el año 2013, fue adjudicataria de los servicios de vigilancia y seguridad que licitó Metro de Madrid (lotes número 1, 2 y 5, el 22 de febrero de 2013), suscribiendo con ella, los tres contratos que obran a los folios 975 a 1003 (Tomo III del expediente administrativo), para la prestación de servicios de vigilancia y seguridad (folio 482, Tomo II del expediente).

3º.- Seguridad Integral Canaria, S.A., no sólo presta servicios de vigilancia en esos tres lotes de la Red de Metro que le fueron adjudicados en el año 2013, sino también en los siguientes lugares: Patrimonio Nacional-Madrid, Tesorería General de la Seguridad Social- Madrid, Ministerio de Defensa-INTA, Ministerio de Fomento, Ministerio de Defensa-IGESAN, Ministerio de Defensa, Delegación, Ministerio de Defensa-Ejército de Tierra, Ministerio de Defensa-INVIED, Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medioambiente, DGT Madrid, Enaire (DR Navegación Aérea), Ministerio de Empleo y Seguridad Social, ISFAS en Madrid y San Sebastián, Confederación Hidrográfica del Tajo, Orange Espagne, Ministerio de Defensa- Servicio Militar Construcciones, Patronato sobre discapacidad y Ministerio de Sanidad (folio 8 del Tomo I del expediente).

4º.- La base de licitación en el pliego, para el año 2013, por los lotes 1, 2 y 5, ascendió a 2.0246.807 euros. Para los 8 lotes, fue de 48.000 euros. La base de licitación para el año 2010, para los 11 lotes, fue de 55.315.836 euros. La base de licitación en el pliego, para el año 2010, por los lotes 1, 2 y 5, ascendió a 18.962.676 euros (folio 484 del Tomo II del expediente administrativo). El precio definitivo por el que la empresa licitó en 2013, esto es, el importe que fue contratado por la empresa tras la licitación pública, no fue, sin embargo, de 48.000 euros, sino de 42.604.151 euros (5.395849 euros menos) (folios 484 y 485 del Tomo II del expediente).

5º.- El 8 de mayo de 2015, la Dirección de la empresa puso en conocimiento de la representación de los trabajadores, su decisión de iniciar el procedimiento de despido colectivo, que justificó << ... en la concurrencia de causas productivas y organizativas derivadas de la ejecución del contrato de prestación de servicios de vigilancia y seguridad en el Metro de Madrid, los cuales se explicitarán y documentarán cuando se inicie el periodo de consultas ...> >. También se indicó que, si bien la afectación debería estar limitada a los trabajadores adscritos a dicho contrato, la empresa estaba abierta a que «... en el periodo de negociación, se puedan acordar extinciones de contratos de trabajo de otros centros de la provincia de Madrid con el posterior traslado de excedentes del metro de Madrid a éstos, por lo que el ámbito de afectación de este procedimiento, será el de la totalidad de los centros de trabajo de Seguridad Integral Canaria SA en dicha provincia, ostentando la representación del conjunto de los trabajadores que prestan servicios en la misma ese comité de empresa y secciones sindicales. Por consiguiente, en el plazo de siete días contados a partir de la recepción del presente escrito, deberán designar una comisión negociadora cuya composición máxima no poder superar trece personas de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores , el cual establece que en el supuesto de no constituirse en dicho plazo no impedirá el inicio y transcurso del periodo de consultas y su constitución con posterioridad al inicio del mismo no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración. Si las secciones sindicales adoptaran la decisión de asumir la interlocución en el procedimiento de consultas, tal y como prevé el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores, lo deberán notificar a esta empresa en igual plazo. Rogamos nos indiquen en la notificación de su constitución, además de las personas que la conforman, el portavoz o portavoces a los que habrá que entregar la documentación y notificaciones en relación al procedimiento de consultas...» (folio 4, Tomo I del procedimiento y en el CD aportado por la empresa que obra al folio 626 del Tomo II del procedimiento).

6º.- El comité de empresa, con fecha de 14 de mayo de 2015 y por decisión unánime, acordó la creación de la comisión negociadora, constituyéndose como órgano colegiado, formándose por representantes de la UIT, ATEs, UGT, CCOO, EPS, USO,

STS Madrid y Alternativa Sindical. Como Presidente de la comisión negociadora se nombró a Don Teófilo (folio nº 682 del ramo de prueba de la parte actora). Los miembros de la comisión negociadora designada por el Comité de empresa de Seguridad Integral Canaria SA de Madrid, en la sesión celebrada el 14 de mayo de 2015, para el desarrollo del periodo de consultas del despido colectivo anunciado el día 8 de ese mes y año, fueron las trece personas siguientes: Por el sindicato UIT, como titulares, Don Basilio, Don Erasmo y Don Inocencio. Como suplentes, Don Nicanor, Don Jose María y Don Miguel Ángel. Por el sindicato ATES, como titulares, Don Teófilo y Don Celestino (como suplentes, Don Fidel y Don Laureano. Por SIV como titulares, Don Ruperto y Doña Diana. Como suplente Don Luis Pablo. Por UGT, como titular Doña Magdalena. Como suplente Don Bartolomé. Por CCOO y como titular Don Eulalio y Don Jaime como suplente. Por EPS, Don Prudencio como titular y Don Carlos Manuel como suplente. Por USO, Don Amadeo como titular y Don Desiderio como suplente. Por STS, Madrid, Don Héctor como titular y Don Nazario como suplente. Y finalmente, por Alternativa Sindical, Don Víctor como titular y Don Ángel Jesús, como suplente (folios 7 y 8 del Tomo I del expediente administrativo).

7º.- Por escrito remitido por la empresa al Presidente de la comisión negociadora de 18 de mayo, recibido al día siguiente, se dio inicio al periodo de consultas, adjuntándose documentación consistente en memoria explicativa (folios 480 a 497, del Tomo II del expediente administrativo), número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido, número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente por la empresa en el último año en Madrid, periodo previsto para la realización de los despidos (desde la conclusión del plazo previsto en el artículo 51.4 del ET , hasta el 30 de septiembre de 2015) y criterios tenidos en cuenta para asignar a los trabajadores afectados (exclusivamente, el de la antigüedad, sin afectarse con este despido a ningún trabajador con cincuenta o más años, folio 497, Tomo II del expediente). Como documentación anexa se adjuntó plan de recolocación externa (folios 498 a 551, del Tomo II del expediente administrativo) informe técnico sobre la concurrencia de las causas productivas y organizativas. La comisión negociadora expresó, al pie de esta comunicación, que entendía que la

negociación comenzaba a partir de la primera reunión convocada para el día 26 de mayo (folios 683 y 684 del ramo de prueba de la parte actora).

8º.- El periodo de consultas se desarrolló a través de cuatro reuniones. La primera, el 26 de mayo de 2015. En su transcurso UIT, denunció que a su sección sindical no se le había notificado la apertura del periodo de consultas, ni entregado la documentación, a lo que la empresa contestó que las comunicaciones y entrega de tantos CD como secciones sindicales, se habían realizado a través del Presidente de la comisión designada por el comité de empresa. El resto de sindicatos presentes en la primera reunión, se adhirieron a la postura de UIT, aduciendo que se les generaba indefensión, pero que «...en aras a la buena fe...seguirá(n) con el periodo de consultas». UGT y CCOO, denunciaron que la memoria aludía a circunstancias económicas y que por ello la documentación debió ser más extensa que la entregada, a lo que la representación de la empresa, se opuso, manifestando que se trataba de un despido colectivo por causas organizativas y productivas. El sindicato Espacio de Participación Sindical, preguntó a la empresa si versando la memoria en la deficitaria situación del contrato de Metro, el despido afectaría a otros servicios de la empresa en la Comunidad de Madrid, contestando ésta, que la idea era extinguir contratos pertenecientes a otras áreas de trabajo para poder trasladar al excedente de Metro, pero que si la intención de los representantes de los trabajadores era la de aglutinar el despido colectivo en dicho servicio de metro, podría estudiarse la propuesta. Por UGT, STS, USO y ATES, se solicitó documentación complementaria consistente en las nuevas contrataciones de la empresa desde 2014, medidas adoptadas desde esa fecha por la empresa para paliar la situación, evaluación de prevención de riesgos laborales en Metro de Madrid, plan de prevención y sanciones económicas impuestas por Metro y censo de trabajadores de la Comunidad de Madrid (folios 685 a 695 del ramo de la parte actora).

9º.- La segunda reunión del periodo de consultas, se celebró el 3 de junio de 2015. UIT adujo que a la vista de la escasa documentación aportada, no quedaba acreditada la existencia de un excedente en el servicio de vigilancia del Metro que no

pudiera corregirse con un sistema de prejubilaciones, manifestando que no se le había hecho entrega de la documentación en papel. UGT reiteró la necesidad de que se aportara por la empresa la documentación expresada en la primera reunión, a lo que la empresa se comprometió a aportar la acreditativa de los traslados de trabajadores a Metro y nuevas contrataciones, pero no así respecto a la evaluación de prevención de riesgos y sanciones impuestas a la empresa, por entender, que no era necesaria. EPS instó a que se aportara un balance de horas extraordinarias a lo que accedió la empresa, servicios de asignación y facturaciones obtenidas en la Comunidad de Madrid, vacaciones de los años 2014 y 2015 y vacantes a la fecha actual. STS insistió que no se habían aportado las cuantías anuales 2014/2015, interesando que las medidas extintivas debieran afectar a todos los trabajadores de la empresa de Madrid y no sólo a los asignados al servicio de metro. La empresa indicó que, sólo actuaría de tal modo, en caso de acuerdo al respecto, que ya había remitido a los portavoces de la representación de los trabajadores nueve correos electrónicos con los descubiertos de la empresa y que en cuarenta y ocho horas, habría alternativas a la extinción de 109 contratos (696 a 698 del ramo de la parte actora).

10º.- La tercera reunión del periodo de consultas, se celebró el día 8 de junio de 2015. La empresa cuantificó el excedente de plantilla en 106 puestos de vigilante y con el propósito de reducir el número de afectados y atenuar las consecuencias del despido, ofertó la siguiente alternativa para los trabajadores de la plantilla destinados en la vigilancia de Metro (damos por reproducida el acta de la tercera reunión, a los folios 699 a 707 del ramo de prueba de la parte actora), rechazada por todos los sindicatos (UIT, ATES, EPS, USO, SIV, STS), consistente en:

a) La transformación del contrato a tiempo parcial (estableciéndose según la ley, las horas complementarias máximas), estando adscritos a retenes, esto es, personándose en las estaciones durante una hora durante la que la empresa les puede dar ocupación, un plus de disponibilidad de 15 euros, en todo caso, otras modalidades de disponibilidad, integración de una bolsa de trabajo que la que será prioritario acudir, que

podrán rechazarse y percibiendo por la conversión del contrato la cantidad de 4.500 euros.

b) Como opción para los vigilantes con antigüedad posterior al 1 de julio de 2007 y que sean menores de cincuenta años de edad, la extinción de sus contratos e integración de una bolsa, dándose prioridad, dentro de ella, por orden de antigüedad, permitiéndose el rechazo de hasta diez ofrecimientos de ocupación (como máximo), 25 días por año trabajado, como indemnización por despido y finalmente como opción para los vigilantes con antigüedad posterior al 1 de julio de 2007 y que sean menores de cincuenta años de edad, la extinción de sus contratos y desvinculación definitiva con la empresa y percibo de una indemnización de 22,5 días por año trabajado, como indemnización por despido.

También se ofertaron en el acto, 10 puestos de trabajo de cobertura inmediata (6, en Palacio Real, 1 en Ronda de Campamentos, 2 en Palacio de Aranjuez, 1 Puesto Armado en la Residencia Militar Alcázar), que, por unanimidad de los representantes de los trabajadores, no se aceptó. CCOO realizó una propuesta que la empresa admitió que estudiaría, consistente en la creación de un calendario vacacional de los trabajadores de Metro para su distribución regular a lo largo del año, la recolocación de los mismos en vacantes detectadas en otras áreas, posibilidad de completar la jornada dejada de realizar en algunos servicios de Metro en otros centros de la empresa, aplicación del Convenio colectivo en materia del cuadrante anual, jubilaciones parciales, elaboración de un plan de formación anual y creación de una Comisión Paritaria, con dos reuniones mensuales como mínimo. La empresa propuso la posibilidad de afectar a los trabajadores contratados para atender a otros servicios de la Comunidad de Madrid y cubrir esos huecos con el personal de Metro, posibilidad que se rechazó por el banco social.

11º.- La cuarta reunión del periodo de consultas, se celebró el 3 de junio de 2015 (folios 708 a 725 de ramo de prueba de la parte actora) y en ella se dio respuesta a la

oferta planteada por CCOO, lo que no fue aceptado por la parte social, concluyendo la negociación sin alcanzarse un acuerdo.

12º.- Como documentación complementaria se aportó por la empresa y consta en el CD que obra al folio 626 del Tomo II del procedimiento, los siguientes documentos: Relación de descubiertos en el año 2014, incidencias en el servicio (resumen de días de ausencias del personal en Metro en los cinco primeros meses de enero a mayo de 2015, absentismo, incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, asuntos propios, maternidad, paternidad) y horas extraordinarias realizadas por el personal de Seguridad Integral Canaria SA en Madrid, en el periodo comprendido entre enero a mayo de 2015. El presidente del comité de empresa, solicitó un listado de todos los puestos que han generado descubierto en las tres zonas de metro de Madrid y de intervención, desde el 1 de agosto de 2013 al 22 de mayo de 2015, especificándose claramente en cada una de las zonas (zona 1, zona 2 , zona 5 e intervención) cada puesto que no se hubiera podido cubrir por cuadrante o por cualquier otro motivo e interesando que se entregara antes del día 26 de mayo de 2015 (fecha de inicio de la primera reunión del periodo de consultas), para poder preparar la reunión de forma concisa, clara y diligente. Dicha petición, que tuvo fecha de entrada en la empresa el 22 de mayo de 2015, no fue atendida por ésta (testifical del Presidente del Comité de empresa en Madrid de Seguridad Integral Canaria SA y folio 979 del ramo de prueba de la parte actora).

13º.- El número de trabajadores afectados por el despido colectivo ha sido de sesenta y siete, de los que sólo nueve, prestan servicios en Metro de Madrid (folios 1174 y 1175, Bloque III del ramo de prueba aportado por la empresa). Inicialmente el número de trabajadores despedidos fue de 94. Obran en autos las notificaciones del despido colectivo a los trabajadores afectados por el expediente (CD nº 1, folio 981 del ramo de prueba de la parte demandada), con las fechas de efectos que en esos archivos informáticos se citan, no coincidentes. También obra en ese CD el listado de despidos disciplinarios, extinciones voluntarias de trabajadores de Metro, excedencias y traslados

de trabajadores de Metro a otros centros. Información toda ella, que, por su extensión, damos por reproducida.

14º.- En el pliego de 2013, Metro de Madrid, exigió para los lotes 1,2 y 5, 817.137 horas/año. La empresa calcula el excedente de personal en el servicio de Metro de Madrid, en un número total de horas al año de 762.248 (54.889 horas menos que las 817.137 exigidas por Metro) (folios 484, 485 y 495 del Tomo II del expediente administrativo).

15º.- La red de Metro de Madrid, en el periodo comprendido entre 2008 y 2013, perdió cien millones de usuarios. En el año 2013, sus ingresos se redujeron en 105 millones de euros respecto al año anterior, lo que ha supuesto unas pérdidas por valor de 218 millones de euros en ese ejercicio. Con el objetivo de reducir costes, Metro de Madrid acometió un proceso de reestructuración que ha determinado que, para la prestación de los servicios de seguridad, convocara sendos concursos de vigilancia para la adjudicación de este servicio, mediante un sistema novedoso que se aleja del tradicional y del que venía siendo característico en las licitaciones públicas (facturación por horas realizadas) pasando a ser por objetivos (eliminándose gran parte de los servicios fijos de estación, creando rutas móviles y marcando unos criterios de calidad en su prestación basado en indicadores, donde se medirá el resultado del trabajo), dejando libertad a las empresas adjudicatarias sobre cómo prestar el servicio y obligándoles, exclusivamente, por lo que respecta a la consecución de una serie de objetivos cuya fijación compete a Metro (informe técnico sobre la concurrencia de causas productivas y organizativas en la ejecución de los contratos de prestación de servicios de vigilancia y seguridad adjudicados por Metro de Madrid, SA a Seguridad Integral Canaria, SA, ratificado en juicio por su autor Don Martin).

16º.- Para el traslado del modelo antiguo de gestión por horas al nuevo por objetivos, Metro concedió un tiempo mínimo de 12 meses y máximo de 24 meses, trasladando a las empresas la decisión de hacerlo de una forma o de otra a fin de que las

adjudicatarias buscaran salidas escalonadas de los excedentes que se irían produciendo como consecuencia de esa adaptación (informe técnico sobre la concurrencia de causas productivas y organizativas en la ejecución de los contratos de prestación de servicios de vigilancia y seguridad adjudicados por Metro de Madrid, SA a Seguridad Integral Canaria, SA, ratificado en juicio por su autor Don Martin).

17º.- Según el pliego de cláusulas administrativas, las empresas de seguridad deben modular la composición del servicio de vigilancia para cumplir los objetivos, atendiendo a las características particulares de cada estación o grupo de estaciones, instalaciones, día de la semana, hora, mes, viajeros/usuarios en la red y cualquier otra circunstancia que pueda influir para el dimensionamiento del servicio. En caso de incidencias sobrevenidas e imprevistas, Metro de Madrid establece los mínimos que estima necesarios (Anexo I del pliego de prescripciones técnicas) para cubrir las necesidades urgentes, siendo las empresas las que determinarán, en cada momento, el servicio final, atendiendo al día de la semana, hora, temporada y cualquier otra circunstancia que pudiera incidir en el servicio (informe técnico ratificado por el Sr. Martin).

18º.- Para la transición del modelo tradicional al modelo por objetivos, Metro establece como requisito que las empresas que obtengan los contratos de las diferentes zonas, subroguen a todo el personal de seguridad que preste servicio en las dependencias que hayan quedado incluidas en las nuevas zonas geográficas. El pliego de prescripciones técnicas, exige a las empresas adjudicatarias que definan la programación de los servicios que se van a realizar y el despliegue de medios humanos necesarios, tanto a nivel de mandos intermedios, administración y vigilantes, debiendo cada una de las licitadoras detallar tales extremos en sus ofertas. Y en ellas, se han de determinar, lo que el pliego denomina como "cronogramas", que la empresa debe presentar para explicar cómo adaptará el modelo antiguo al nuevo.

19º.- En la actualidad, los vigilantes de seguridad adscritos por Seguridad Integral Canaria SA a los servicios de Metro, hacen horas extras y llevan haciéndolas desde antiguo. La reducción de personal ha supuesto en estos servicios, numerosos descubiertos, porque los vigilantes de seguridad que quedan en esos servicios, ahora, están prácticamente solos. En espectáculos deportivos calificados como de «alto riesgo» en los que la dotación de vigilantes antes se cuantificaba en diez o doce por estación, ahora se ha reducido a dos vigilantes, que, además, están separados (testifical del Presidente del Comité de empresa en Madrid de Seguridad Integral Canaria SA). La profesión de vigilancia se caracteriza por un importante nivel de conflictividad por las circunstancias que rodean las estaciones (la cantidad de desalojos, presencia de grafiteros o de músicos, robos, hurtos, actos vandálicos, agresiones, venta ambulante o accidentes de viajeros (folio 558 del Tomo II del expediente administrativo).

20º.- En los meses de ejecución del ERE, se ha producido un incremento, en porcentaje muy alto, del número de descubiertos, de modo que, a día de hoy, son imposibles de cubrir (testifical de Don Ángel, responsable técnico de la ejecución del proyecto). Esta circunstancia ha justificado la imposición de sanciones por parte de Metro de Madrid (testifical de Don Ángel, responsable técnico de la ejecución del proyecto).

21º.- En la empresa se realizaron 2282,4 horas extras, de enero a mayo de 2015, en los siguientes servicios: PN El Escorial, TGSS, Defensa CAP. Arteaga, Defensa San Cristóbal, Defensa Arturo Soria, INTA Torrejón. En 2014, se realizaron 3234.88 horas extras en los siguientes servicios: en AENA, Bretón de los Herreros, Castellana, 233, Confederación Hidrográfica del Tajo, Corretornos, Defensa Madrid, Delegación de Gobierno, DGT, Edificio Bretón de los Herreros, Madrid Salud, Ministerio Agricultura, Ministerio de Empleo, Ministerio Fomento, Ministerio Medioambiente, OA 112, OA Parques Nacionales, Patronato sobre Discapacidad, PN ARANJUEZ, PN El Escorial, PN El Pardo y TGSS (CD folio 626 del Tomo II del procedimiento).

22º.- El dictamen pericial emitido por Don Guillermo, obrante en autos a los folios 1004 a 1012 del III Tomo del expediente administrativo, se limita al resultado económico de los tres lotes de Metro adjudicados a Seguridad Integral Canaria SA, no incluyendo ninguna otra actividad de la citada empresa. El perito declaró en juicio que aun cuando en el resto de sus actividades, la empresa ha tenido beneficios, incrementándose sus ingresos desde el año 2013 al año 2014 y sin objetivar pérdidas en ninguno de esos dos años, en el servicio de vigilancia del Metro, éstas ascienden a las que se indican en el folio 1012 (1.746.419,09 euros).

23º- Entre el 1 de noviembre de 2014 al 17 de septiembre de 2015, Seguridad Integral Canaria SA ha contratado a 104 trabajadores (contratos que figuran a los folios 778 a 978 del ramo de la prueba de la parte actora).

24º.- Obra en autos informe de la Inspección de Trabajo (folios 1345 a 1350, 4º Tomo del expediente administrativo) que damos expresamente por reproducido. También obran dos informes de absentismo emitidos por la entidad Asepeyo Mutua de Accidentes y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 151 (CD, folio 626, Tomo II del procedimiento). Según el primero de ellos, durante el año 2014, el índice de absentismo de los trabajadores de la empresa Seguridad Integral Canaria SA, fue superior a los datos de mercado, tanto por contingencias profesionales como comunes (página 6).

Durante los primeros cinco meses de este año, el índice de absentismo de los trabajadores de la empresa Seguridad Integral Canaria SA, también ha sido superior a los datos de mercado, tanto por contingencias profesionales como comunes, superando incluso, los índices obtenidos en los primeros cinco meses del año anterior (página 6 del segundo informe).»

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpusieron recursos de casación por las respectivas representaciones de la Federación de Comisiones Obreras de Construcción y Servicios (al que se han adherido el Sindicato Autónomo de Trabajadores de Empresas de Seguridad (ATES) y el Sindicato de Trabajadores de Seguridad de Madrid) y el recurso interpuesto por Seguridad Integral Canaria, S.A., siendo admitidos a trámite por esta Sala.

SEXTO.- Impugnados los respectivos recursos por las partes personadas, se emitió informe por el Ministerio Fiscal en el sentido de considerar que los recursos deben ser desestimados, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, se acordó que la deliberación, votación y fallo se hiciera en Pleno de Sala, fijándose para el día 14 de diciembre de 2016, la celebración de tales actos

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Pretensión y demanda.-

Por el SINDICATO DE TRABAJADORES DE SEGURIDAD DE MADRID (STS- Madrid), SINDICATO UNIÓN INDEPENDIENTE DE TRABAJADORES, FEDERACIÓN REGIONAL DE SERVICIOS DE U.G.T.- MADRID (FES- UGT), FEDERACIÓN DE COMISIONES OBRERAS DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, UNIÓN SINDICAL OBRERA DE MADRID, ESPACIO DE PARTICIPACIÓN SINDICAL, se formulan demandas contra SEGURIDAD INTEGRAL CANARIA S.A, UNIÓN INDEPENDIENTE DE TRABAJADORES, ASOCIACIÓN DE TRABAJADORES DE EMPRESAS DE SEGURIDAD (SINDICATO AUTÓNOMO DE TRABAJADORES DE SEGURIDAD ATES), SINDICATO INDEPENDIENTE DE VIGILANTES (SIV), ESPACIO DE PARTICIPACIÓN SINDICAL (EPS), SINDICATO DE TRABAJADORES DE SEGURIDAD (STS), ALTERNATIVA SINDICAL y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, en la que coinciden en interesar

se dicte sentencia en la que se declare la nulidad de la decisión extintiva de los despidos, y en consecuencia, la reincorporación a sus puestos de trabajo de los trabajadores afectados, y que se condene a la demandada a la inmediata readmisión de los trabajadores afectados con el abono de los salarios dejados de percibir; o subsidiariamente, declare la improcedencia del despido colectivo y condene a la empresa SEGURIDAD INTEGRAL CANARIA S.A. a la readmisión de los trabajadores afectados con el pago de los salarios de tramitación o les abone la indemnización correspondiente en el caso de despido improcedente, a elección de a quién corresponda legalmente, con las consecuencias legales inherentes a ese pronunciamiento.

En la primera de las demandas, interpuesta por el Sindicato de Trabajadores de Seguridad de Madrid (STS de Madrid), se señalaba que el 8 de mayo de 2015, la empresa notificó a la representación de los trabajadores, la iniciación del ERE, sin facilitar durante su tramitación, la documentación fiscal y contable, ni los informes técnicos perceptivos, infringiéndose el artículo 5 del RD 1483/2012 y que concluida la etapa de negociación previa, la demandada comunicó el despido de 94 trabajadores y el traslado forzoso del mismo número de empleados (siendo el número final de trabajadores cuyo contrato ha sido extinguido en este despido, reducido a sesenta y siete), razonando, en definitiva, que cuando la empresa asumió la contrata de metro, ya sabía que debía acometer reducciones de plantilla, por lo que la causa finalmente invocada, era conocida desde el año 2013.

La segunda de las demandas acumulada a la anterior, interpuesta por el Presidente del Sindicato Unión Independiente de trabajadores, se centra en denunciar que la documentación ofrecida por la empresa sólo fue entregada a una parte de la representación de los trabajadores, quedando al menos tres miembros de la citada sección sindical, sin conocimiento del calendario, sin haber sido liberados de sus obligaciones y sin que se les hiciera entrega de la documentación preceptiva. En dicha demanda, también se denuncia la existencia de errores en la determinación de las

causas, pues, según su parecer, la memoria alude a causas económicas, cuando formalmente alega la existencia de causas de tipo organizativo y de producción, apreciándose también equivocaciones en la conformación de los listados de personal, ausencia de un plan de recolocación con medidas efectivas que garanticen la continuidad laboral de los afectados, escaso tiempo para analizar la incompleta documentación que se le entregó por la empresa, falta de aportación de las altas y bajas en la Seguridad Social en los años 2013 a 2015, de las sanciones por absentismo laboral por parte del cliente metro de Madrid, contratos actuales y previsión de licitaciones futuras, insistiendo, al igual que la primera de las demandas, que cuando la empresa pujó por la adjudicación de los servicios de Metro de Madrid en el año 2013, lo hacía con pleno conocimiento de la reestructuración de plantilla que tenía que producirse.

Finalmente, la última demanda formulada por la Federación Regional de la UGT- FES Comisione Obreras y Unión Sindical Obrera de Madrid, después de detallar que todos los afectados pertenecen al centro de trabajo sito en la calle Londres 38 de Las Rozas, razonan que ni durante la tramitación del expediente, ni a su conclusión, la empresa justificó el excedente que afirmó existir en los servicios de vigilancia del Metro, pues, ente otras cosas, tuvieron tiempo más que suficiente para adaptarse a la nueva situación, de modo que el excedente, de haberlo, sólo tendría justificación en la mala organización empresarial, rechazando los criterios de selección que primen a trabajadores de cincuenta años o más e insistiendo en que se ha afectado a más trabajadores de los necesarios, sobre todo porque no se encontraban en su mayoría, destinados a la vigilancia del Metro (84 de los 94 afectados, no pertenecen a dicho colectivo).

SEGUNDO.- Sentencia recurrida.-

Es objeto del presente recurso de casación, la sentencia dictada por la Sala Social del TSJ de Madrid, de fecha 19 de octubre de 2015 (rec. 578/2015), que estima en parte las demandas acumuladas de impugnación de despido colectivo promovidas, declarando que el despido colectivo no es ajustado a derecho, condenando a

SEGURIDAD INTEGRAL CANARIA SA, a estar y pasar por esta declaración y a todas las consecuencias que de ella se derivan.

Argumenta la sentencia recurrida, en relación a la insuficiencia de documentación, que se entregó la exigida por la ley y la complementaria requerida por la comisión siendo irrelevante que negara el informe de prevención de riesgos laborales o las sanciones impuestas por Metro de Madrid. Respecto a la buena fe negocial, señala que tuvieron lugar 4 reuniones y se realizaron ofertas. Respecto a la denuncia de fraude de ley, estima la sentencia que no es tal el hecho de que se incluyera en el ERE a empleados no adscritos a los servicios de vigilancia del Metro. Respecto a la denunciada incorrección en el establecimiento de criterios de selección, señala que no existe tal incorrección, puesto que afecta a trabajadores mayores de 55 años por tener mayor protección social. El ERE se basa en la deficitaria situación de los servicios de vigilancia de Metro de Madrid, no obstante lo cual 58 de los 67 despedidos no prestaban servicios para el Metro, y se despide solo a 9 adscritos a ese servicio en el que realizan con habitualidad horas extras y se producen frecuentes descubiertos comprometidos por su peligrosidad y, se ha hecho 104 contrataciones entre el 1-11-14 y el 17-11-14, por todo lo cual concluye la sentencia señalando que la medida extintiva ha de calificarse como no ajustada a derecho, lo cual argumenta con referencia a la doctrina jurisprudencial que estima aplicable sobre el control judicial, y el análisis sobre la adecuación, razonabilidad y la proporcionalidad de la medida extintiva.

TERCERO.- Recurso de casación.-

1.- Contra la referida sentencia, formalizan recursos de casación, en los términos que oportunamente se dirá:

A.- La FEDERACIÓN DE COMISIONES OBRERAS DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, al que se adhieren el SINDICATO AUTÓNOMO DE

TRABAJADORES DE SEGURIDAD, y el SINDICATO DE TRABAJADORES DE SEGURIDAD DE MADRID; interesando la nulidad de la medida extintiva.

B.- La empresa SEGURIDAD INTEGRAL CANARIA, S.A., que interesa se declare la medida extintiva ajustada a derecho.

2.- Por la empresa SEGURIDAD INTEGRAL CANARIA S.A. se formula impugnación del recurso formulado por la FEDERACIÓN DE COMISIONES OBRERAS DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, interesando su desestimación.

Por la FEDERACIÓN DE COMISIONES OBRERAS DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, y por la FEDERACIÓN REGIONAL DE SERVICIOS DE UGT-MADRID (FES-UGT) se formula impugnación del recurso formulado por la empresa demandada, interesando su desestimación, y la confirmación de la declaración del despido colectivo como no ajustado a derecho.

3.- El Ministerio Fiscal emitió informe, interesando la desestimación de ambos recursos y la confirmación de la sentencia recurrida.

CUARTO.- Examen del Recurso de Casación formulado por la FEDERACIÓN DE COMISIONES OBRERAS DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, al que se adhieren el SINDICATO AUTÓNOMO DE TRABAJADORES DE SEGURIDAD, y el SINDICATO DE TRABAJADORES DE SEGURIDAD DE MADRID.

1.- Se articula el recurso formulando un motivo único al amparo del art. 207 e) de la LRJS, en el que se denuncia la vulneración del art. 51.2 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 124.11 de la LRJS, y at. 3.1 del RD. 1483/2012, arts. 24, 7 y 37 CE, y STS de 20.03.2013 (rec. 81/2012), avalada por la aplicación del art. 2.3 de la Directiva 98/59/CE.

Entiende el recurrente que se ha producido "una quiebra de los principios constitucionales fundamentales que rigen la esencia y razón de ser del periodo de consultas". Alega la necesidad de que en el periodo de consultas, exista un imprescindible nexo entre la información facilitada a los negociadores y las causas del despido colectivo; así como que la realización adecuada del periodo de consultas ha de realizarse conforme al principio de buena fe, sin que puedan entenderse cumplidas las exigencias propias de una verdadera negociación, cuando ésta no versa sobre la justificación de los despidos. Alega asimismo que "la empresa no puede omitir la información sobre los trabajadores afectados, porque ello supondría, en principio, hurtar a la negociación el debate sobre la razonabilidad de las causas, lo que debe ser inherente a las mismas".

La empresa no informó de la causa de las amortizaciones de los trabajadores no adscritos al servicio de seguridad del Metro, teniendo en cuenta que se alegaron causas organizativas y productivas solo con respecto a la contrata con Metro, y así en la memoria explicativa entregada al comienzo del periodo de consultas solo se designaron trabajadores adscritos al servicio de vigilancia del Metro (en un total de 109), pero dejando abierta la posibilidad, vía acuerdo de alternativas que podrían llevar a la extinción de contratos de otros centros de trabajo con el consiguiente traslado de excedentes del Metro, pero este acuerdo no existió; y por ello estima en definitiva, que la decisión empresarial debió ser declarada nula y no simplemente no ajustada a derecho al no ofrecer la empresa a los RLT la información necesaria sobre la medida y sus causas durante el periodo de consultas.

2.- Respecto al requisito del incumplimiento de la aportación documental, e imprecisiones en la misma durante el periodo de consultas, y la buena fe negocial, cabe precisar que:

Como señala esta Sala/IV en la STS de 20/07/2016 (rco. 323/2014): "Según dispone el apartado 2 del artículo 51 ET, la comunicación de inicio del procedimiento

de despidos colectivos a la los representantes legales de los trabajadores deberá ir acompañada de una memoria explicativa de las causas del despido colectivo y de la documentación contable y fiscal y los informes técnicos Tales términos son los establecidos en el RD 1483/2012, de 29 de octubre. No basta, por tanto, la mera notificación formal a los representantes de los trabajadores del inicio de la consulta y del propósito empresarial, se precisa, además, que ambas vayan acompañadas de toda la información y documentación constitutiva del objeto de la propia consulta, de suerte que la obligación de documentación se configura como parte esencial del deber empresarial de información en el procedimiento de despidos colectivos, que, vinculado a las consultas, conecta, sin duda, con el principio de buena fe que, por imperativo legal debe presidir la negociación en esta fase procedimental. La información se configura así como un presupuesto ineludible de las consultas. El tema conecta, sin dificultad, con la previsión del artículo 2.3.a) de la Directiva 98/59/CE que, con el fin de permitir que los representantes de los trabajadores puedan formular propuestas constructivas al empresario, éste deberá proporcionarles toda la información pertinente. Se trata, obvio es, de una expresión jurídicamente indeterminada que deja en el aire no sólo el entendimiento de qué es lo pertinente, sino, también, la cuestión de quien debe decidir si la información es o no pertinente. En estos casos se impone la lógica jurídica. Así, el empresario cumple, en principio, con entregar a los representantes toda la información exigida por la indicada norma reglamentaria. Nada se opone, más bien al contrario, que voluntariamente acompañe cualquier otra, no exigida normativamente, pero que pueda contribuir al desarrollo de las consultas."

Se impone, en todo caso, reiterar el carácter instrumental del deber de información al servicio del derecho a la negociación colectiva en el seno de las consultas lo que implica que «no todo incumplimiento de obligación documental conlleva la nulidad de la decisión extintiva sino tan sólo aquella que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada.. Y nos referimos a la «trascendencia» de la documental, porque entendemos que a pesar de los claros términos en que se expresan los arts. 6.2 RD 801/11 y 4.2 RD 1483/12 [el empresario «deberá aportar»], así como del 124 LRJS [se «declarará nula la decisión extintiva»

cuando «no se haya respetado lo previsto» en el art. 51.2 ET , conforme a la redacción del RD-Ley 3/2012; y cuando « el empresario no haya ... entregado la documentación prevista» en el art. 51.2 ET , de acuerdo con el texto proporcionado por la Ley 3/2012], de todas formas la enumeración de documentos que hace la norma reglamentaria no tiene valor «ad solemnitatem», y no toda ausencia documental por fuerza ha de llevar a la referida declaración de nulidad, sino que de tan drástica consecuencia han de excluirse -razonablemente- aquellos documentos que se revelen «intrascendentes» a los efectos que la norma persigue [proporcionar información que consienta una adecuada negociación en orden a la consecución de un posible acuerdo sobre los despidos y/o medidas paliativas: art. 51.2 ET]; con lo que no hacemos sino seguir el criterio que el legislador expresamente adopta en materia de procedimiento administrativo [art. 63.2 LRJ y PAC] e incluso en la normativa procesal [art. 207.c) LRJS]» (STS de 27 de mayo de 2013, Rec. 78/2013).

La STS/IV/Pleno de 16 noviembre 2012 (rec. 236/2011) ponía en evidencia que el Legislador configura el periodo de consultas, " no como un mero trámite preceptivo, sino como una verdadera negociación colectiva, entre la empresa y la representación legal de los trabajadores, tendente a conseguir un acuerdo, que en la medida de lo posible, evite o reduzca los efectos de la decisión empresarial, así como sobre las medidas necesarias para atenuar las consecuencias para los trabajadores de dicha decisión empresarial, negociación que debe llevarse a cabo por ambas partes de buena fe ".

Tanto en la citada STS/4ª/Pleno de 27 mayo 2013 (rec. 78/2012) como en las STS/4ª/Pleno de 20 marzo 2013 (rec. 81/2012), 18 febrero 2014 (rec. 74/2013) y 21 mayo 2014 (rec. 249/2013), hemos concluido que, para examinar el cumplimiento de ese deber de negociar de buena fe, "habrá de analizarse en cada caso el alcance de la posición empresarial y la manera en la que han discurrido esas negociaciones ".

(...) Esta necesaria acomodación del examen del periodo de consultas al caso concreto nos ha de llevar aquí a corroborar la solución alcanzada por la Sala de instancia, puesto que, con independencia de la aportación formal de la documentación enumerada en la norma reglamentaria, se ponen de relieve las dudas sobre la fiabilidad de la misma y, por consiguiente, está en juego la garantía de la información ofrecida a la parte social en el periodo de consultas (...)".

Desde la perspectiva del deber de información, en la STS/4ª/Pleno de 27 mayo 2013 -rec. 78/2012 - (reiterada en la STS/4ª/Pleno de 19 noviembre 2013 -rec. 78/2013) ahondábamos en el análisis del deber de aportación de determinada documentación por parte de la empresa declarando -como hemos dicho- que " no todo incumplimiento de las previsiones contenidas en aquel precepto puede alcanzar la consecuencia de nulidad que se pueda desprender del art. 124 LRJS , sino tan sólo aquella que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada ". Para delimitar qué había que entender por documental trascendente, precisábamos que, " a pesar de los claros términos en que se expresan los arts. 6.2 RD 801/11 y 4.2 RD 1483/12 [el empresario «deberá aportar»], así como del 124 LRJS [se «declarará nula la decisión extintiva» cuando «no se haya respetado lo previsto» en el art. 51.2 ET , conforme a la redacción del RD-Ley 3/2012; y cuando « el empresario no haya ...entregado la documentación prevista» en el art. 51.2 ET , de acuerdo con el texto proporcionado por la Ley 3/2012], de todas formas la enumeración de documentos que hace la norma reglamentaria no tiene valor «ad solemnitatem», y no toda ausencia documental por fuerza ha de llevar a la referida declaración de nulidad, sino que de tan drástica consecuencia han de excluirse -razonablemente- aquellos documentos que se revelen «intrascendentes» a los efectos que la norma persigue [proporcionar información que consienta una adecuada negociación en orden a la consecución de un posible acuerdo sobre los despidos y/o medidas paliativas: art. 51.2 ET]; con lo que no hacemos sino seguir el criterio que el legislador expresamente adopta en materia de procedimiento administrativo [art. 63.2 LRJ y PAC] e incluso en la normativa procesal [art. 207.c) LRJS]".

Reiteramos la doctrina de esta Sala IV/TS referida por la sentencia de instancia, al señalar que "desde que la primera sentencia que se dictó por el Tribunal Supremo en materia de despido colectivo, de 20 de marzo de 2013, Recurso nº 81/2012 , desestimando un recurso formalizado contra una sentencia dictada por la Sección Segunda de este mismo Tribunal, razonara que <<...la principal finalidad del precepto es la de que los representantes de los trabajadores tengan una información suficientemente expresiva para conocer las causas de los despidos y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente. En este sentido se orienta el artículo 2.3 de la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, para que ése periodo de consultas a que se refiere el artículo 2.1, se proyecte, tal y como expresa el artículo 2.2 y como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos...>>, el Tribunal Supremo ha elaborado un sólido cuerpo de doctrina que, en síntesis, se caracteriza por:

a) Un acusado antiformalismo, desde el momento en el que las exigencias legales en torno a qué documentación debe aportarse, no deben interpretarse como requisitos ad solemnitatem, sino de un modo más flexible y amplio. Sólo es preciso aportar la documentación que verdaderamente sea necesaria para el buen fin del periodo de consultas, esto es, para que la representación de los trabajadores sea capaz de elaborar propuestas constructivas en tiempo hábil. Documentación que puede venir exigida en la ley o no.

b) La representación de los trabajadores debe denunciar, si ese es su deseo, la falta de aportación de documentación relevante, durante el desarrollo del periodo de consultas, pues sólo así puede conseguir una calificación judicial de nulidad en el despido (Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de julio de 2014, Recurso nº: 303/2013, Grupo Caser: sobre la importancia de qué actitud toma la parte social durante el proceso

negociador), en el sentido de que <<... El objetivo de la aportación empresarial de la documentación más completa y precisa sobre los extremos indicados tiende a garantizar que el periodo de consultas pueda cumplir con su finalidad de posibilitar la negociación entre empresa y los representantes de los trabajadores, la mera circunstancia de que no se aporte completa al inicio del periodo no vicia por sí solo el procedimiento de despido colectivo a no ser, como regla, que por la trascendencia de la misma o por el momento de su aportación dificultara o impidiera una adecuada negociación de buena fe en aras a que el periodo de consultas cumpla con su finalidad; lo que no se ha acreditado en el presente caso al no alegarse ni justificarse siquiera indiciariamente por el sindicato recurrente los posibles perjuicios que en la negociación hubiere podido tener la conducta empresarial...>>.

Doctrina que se mantiene inalterada, como lo demuestra la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015, Recurso nº 295/2014 cuando recuerda que <<... Conforme a la doctrina de la Sala sobre la documentación a aportar: SSTs 20/03/13, rco. 81/12, 27/05/13, rco. 78/12, 19/11/13, rco. 78/13, 18/02/14, rco. 74/13, 23/05/14, rco. 179/13, 25/06/14, rco. 273/13, 17/07/14, rco. 32/14, 26/06/14, rco. 219/13, 17/07/14, rco. 32/14: «... la principal finalidad del precepto [art. 6 RD 801/2011] es la de que los representantes de los trabajadores tengan una información suficientemente expresiva para conocer las causas de los despidos y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente»; y también es expresiva dicha doctrina de que «... no todo incumplimiento de las previsiones contenidas en aquel precepto puede alcanzar la consecuencia de nulidad que se pueda desprender del art. 124 LRJS , sino tan sólo aquella que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada» (SSTs 27/05/13, rco. 78/12 , 26/03/14, rco. 158/13 , 21/05/14, rco. 182/13 , 25/06/14, rco. 273/13 , 17/07/14, rco. 32/14)...>>.

3.- En el presente caso, como puede extraerse del relato de hechos probados, que se da aquí por reproducido, conforme con la doctrina expuesta aplicada al caso, y de acuerdo con la sentencia de instancia (FJ sexto), hay que estimar que hubo información

suficiente, pues además de la exigida en la Ley (memoria explicativa e informe técnico), la empresa hizo entrega a los RLT de determinada documentación complementaria, sin que la negativa a entregar el informe de prevención de riesgos laborales o el demostrativo de las sanciones impuestas por Metro ante la existencia de descubiertos en alguna estación, aunque ciertamente puede ser reprobable, no vicia de nulidad el proceso negociador.

Por otro lado, tampoco puede apreciarse mala fe en la negociación, siguiendo asimismo la doctrina expuesta, puesto que conforme al relato de hechos probados, no concurren datos para poder apreciar la concurrencia de mala fe durante la negociación, puesto que ésta existió como lo demuestra el contenido de las cuatro reuniones celebradas al efecto, proponiendo por la empresa un acuerdo (HP10º), aunque inasumible por la contraparte por su onerosidad, en definitiva comportó diálogo y negociación entre las partes negociadoras. Lo que se produjo no fue más que un "desencuentro de posturas", por lo que se impone el rechazo del alegato de ausencia de buena fe en la negociación.

Ello comporta la desestimación del motivo único de recurso formulado por CCOO y en consecuencia del recurso, en el que se postulaba la declaración de nulidad de la medida extintiva.

QUINTO.- Examen del Recurso de Casación formulado por la empresa SEGURIDAD INTEGRAL CANARIA S.A.

I.- Motivo procesal.-

Al amparo del art. 207 c) de la LRJS denuncia la recurrente el quebrantamiento de formas esenciales por infracción del art. 97.2 de la LRJS en relación con el art. 80.1 c) de la LRJS.

Alega la empresa recurrente en este motivo primero de su recurso, que la alegación de la parte actora de realización de horas extraordinarias en el Metro y el hecho de que se dieran descubiertos en la prestación de servicios, son hechos que no consta en ninguna de las tres demandas como hechos para sustentar que el despido no estaba justificado.

Consta en los hechos probados decimonoveno y vigésimo, que los vigilantes del Metro realizan horas extraordinarias en la actualidad, al igual que vienen haciéndolo de antiguo, y que la reducción de personal ha supuesto descubiertos que se han incrementado al tiempo de la ejecución del despido colectivo, lo que ha supuesto la imposición de sanciones por parte de Metro. Tales hechos son valorados en el FJ noveno de la sentencia para rechazar la acreditación de las causas alegadas como justificativas del despido.

Denuncia el recurrente que con tal cita, se ha producido una ampliación fáctica de las demandas. Ahora bien, y conforme con el informe del Ministerio Fiscal, si el recurrente entiende que tal ampliación se ha producido en el juicio oral, debió denunciar como infringido el art. 85.1 pfo. 3 de la LRJS y no los arts. 80.1.c) y 97.2 del mismo texto procesal, pues es una realidad que la realización de horas extraordinarias y los descubiertos fueron objeto de debate y de prueba según se constata en el relato de hechos probados. La falta de denuncia de la vulneración del art. 85.1, pfo. 3 de la LRJS, impide su examen, y conduce a la desestimación del motivo.

II.- Motivos de revisión fáctica.-

Al amparo del art. 207 d) de la LRJS, se interesa por la recurrente en los motivos segundo a noveno de su recurso, la revisión de los hechos declarados probados por error en la apreciación de la prueba, en el siguiente sentido:

Motivo segundo.- Interesa que el hecho probado 12º, se adicione con el siguiente párrafo:

"Los Pliegos de PPTT que disciplinaron el concurso de licitación pública para los servicios de vigilancia y de seguridad de METRO DE MADRID en el año 2013, establecieron penalizaciones económicas por retrasos o ausencias de los vigilantes adscritos a los mismos".

Motivo tercero.- Interesa el recurrente que el último párrafo del HP 12º quede redactado en los siguientes términos:

"Dicha petición, que tuvo entrada en la empresa el 22 de mayo de 2015, no fue atendida por ésta, habiendo remitido la documentación interesada por el medio acordado en la primera sesión del periodo de consultas, esto es, por email, a todas las secciones sindicales a las que estaban adscritos los miembros de la RLT el 1-6-2014".

Motivo cuarto.- Para que consten (H.P. 12º) las horas de descubierto en los doce meses anteriores al periodo de consultas.

Motivo quinto.- Para que conste (H.P. 16º) que el plazo concedido por Metro concluía el 31.07.2015.

Motivo sexto.- Para que se adicione un nuevo hecho probado en el que conste que se ejecutaron los cronogramas establecidos en los PP.TT bajo la supervisión de Metro entre noviembre 2013 y junio 2014.

Motivo séptimo.- Para que se adicione un nuevo hecho probado en el que conste que según se fueron implantando los cronogramas en Metro se ha ido incrementando el número de vigilantes sin asignación de puestos.

Motivo octavo.- Para que conste (H.P. 23º) que de los 104 trabajadores contratados, 103 lo fueron para otros centros de la CAM y solo 1 para el Metro; que la empresa desde 2014 había ofrecido a los vigilantes del Metro el traslado a otros centros de trabajo y que solo aceptaron 39.

Motivo noveno.- Para que consten (H.P. 14º) determinados apartados del Pliego de Prescripción Técnica de 2013 del Metro.

Como recuerda la doctrina de esta Sala IV/ TS, entre otras, en sentencia de 16 de septiembre de 2013 (Rc. 75/2012), recordada en la de 26 de marzo de 2014 (rco. 158/2013), el artículo 207.d) de la aplicable Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) establece que " el recurso de casación habrá de fundarse en alguno de los siguientes motivos: ... d) Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios ", y en interpretación del apartado d) del artículo 205 de la derogada Ley de Procedimiento Laboral , del mismo tenor literal, que su precedente de la LRJS, reiteradísima jurisprudencia de esta Sala -y valga por todas la sentencia de 1 de julio de 2010 (recurso casación 91/2009)- ha venido exigiendo para que el motivo alcanzare éxito, la concurrencia de todos y cada uno de los siguientes requisitos : a) que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico; b) que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental (...) obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas; c) que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien

sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos, y d) que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia".

Igual criterio en relación a la alegación de errónea valoración de la prueba, ha seguido esta Sala IV/ TS, entre otras en sentencia de 7 de octubre de 2011 (rco 190/2010) recuerda los presupuestos para que proceda en casación ordinaria la revisión fáctica, con cita de la STS/IV 19-julio-2011 (rco 172/2010), y SSTS. de 12 de Marzo de 2002 (rec. 379/01), 6 de Julio de 2004 (rec. 169/03), 18 de abril de 2005 (rec. 3/04) y 12 de Diciembre de 2007 (rec. 25/07), respecto del error en la apreciación de la prueba tiene reiteradamente declarado esta Sala (Auto de 5 de marzo de 1992 y Sentencias de 2 de junio de 1992 , 31 de marzo de 1993 y 4 de noviembre de 1995).

En el presente caso, aunque las adiciones postuladas coincidan con los documentos designados, lo cierto es que ninguna de ellas es viable para la modificación del fallo de la sentencia de instancia, ni individual ni colectivamente, por lo que su intrascendencia hace declinar la prosperabilidad del motivo de revisión fáctica.

III.- Motivo de censura jurídica.-

Al amparo del art. 207 e) de la LRJS, denuncia el recurrente la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia; en concreto, de art. 52 c) del ET, con cita de la STS/IV de 8-julio-2011, y reitera bajo este amparo procesal la infracción del art. 97.2 de la LRJS en relación con el art. 80.1.c) de la misma norma.

Combate la empresa recurrente la calificación que hace la sentencia recurrida a la extinción colectiva operada; alegando que el hecho de haber contratado a 103 trabajadores en las otras contratas de la CAM no empañan ni desacreditan las causas productivas y organizativas del Metro de Madrid.

La sentencia recurrida, en su fundamento jurídico noveno se refiere al respecto a la STS/IV de 25 de febrero de 2015, (rco. 74/2014) y a la doctrina de esta Sala IV /TS que ésta reitera y reproduce, que señala que: <<... En anteriores pronunciamientos de esta Sala IV hemos recordado que a los órganos jurisdiccionales les compete no solo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la medida adoptada. Así lo señalábamos en la STS/4ª/Pleno de 18 febrero 2014 (rec. 96/2013), en la que aplicábamos al despido colectivo la doctrina sentada al respecto para la modificación sustancial de condiciones de condiciones en la STS/4ª de 27 enero 2014 (rec. 100/2013). En ésta última, precisábamos que la razonabilidad no había de entenderse como exigencia de que la medida adoptada sea la óptima para conseguir el objetivo perseguido con ella (lo que es privativo de la dirección empresarial), sino como adecuación idónea al fin.

Abundando en ello, hemos señalado que el respeto al art. 4 del Convenio 158 OIT impide aceptar que el control judicial del despido se limite a comprobar si concurren las circunstancias definidoras de una situación económica negativa, sino que sirve para determinar si concurre el nexo de razonabilidad entre lo pretendido -un determinado número de extinciones contractuales- y la causa desencadenante -una circunstancia económica y productiva- (STS/4ª/Pleno de 25 junio 2014, rec. 165/2013). Por ello consideramos inadmisibles, tanto el extraordinariamente limitado papel que de manera formal se atribuye a los tribunales en el Preámbulo de la Ley 3/2012, como la discrecionalidad absoluta que, en todo caso, solo corresponde al empresario cuando medie causa legalmente descrita (STS/4ª/Pleno de 17 julio 2014, rec. 32/2014)...>>.

Y la aplicación de esta doctrina que permite incluir dentro del control judicial, el análisis sobre la adecuación, razonabilidad y la proporcionalidad de la medida extintiva en términos de sacrificios de las partes, ha conducido a la Sala de instancia a la estimación parcial de las demandas, porque no puede dejar de ser sorprendente que a 58 de los 67 trabajadores finalmente despedidos, la extinción de su contrato se justifica en

la deficitaria situación atravesada en los servicios de vigilancia de Metro de Madrid, cuando ellos no prestaban servicios para éste y además lo hacían en sectores de la empresa que atravesaban una buena situación económica, aunque ésta, no haya sido la causa del despido; y por otro lado, no es razonable el despido de los 9 trabajadores de Metro, cuando según se consta acreditado, realizan con habitualidad horas extras y se están produciendo, de manera frecuente, descubiertos en la prestación de servicios comprometidos por su peligrosidad, al haberse reducido de manera drástica el número de vigilantes. Y si además, ello va acompañado del hecho de que la empresa ha realizado 104 contrataciones en el periodo de tiempo que media entre el 1 de noviembre de 2014 y el 17 de septiembre de este año, es acertada la sentencia de instancia que llega a la conclusión de que no concurren las causas alegadas en el presente despido colectivo.

Y efectivamente, ha de confirmarse que con tales circunstancias fácticas, la decisión empresarial no puede calificarse de ajustada a derecho, por lo que el recurso ha de desestimarse; y ello aunque se haya producido un cambio en el método de trabajo del personal o en la prestación del servicio de vigilancia, según las exigencias de Metro, pues esta situación no es nueva, ni concurrente a la fecha de extinción de los contratos. Y a mayor abundamiento, no pueden obviarse otras circunstancias fácticas concurrentes, como la realización de horas extraordinarias en el Metro y los descubiertos en la prestación de servicios también en el Metro, todas ellas constatadas, que avalan la solución que se adopta.

Nada cabe añadir respecto a la denuncia que se formula con igual amparo procesal (art. 207 e LRJS) de infracción del art. 97.2 en relación con el art. 80.1.c), ambos de la LRJS, pues tal denuncia ya obtuvo respuesta -a la que nos remitimos- en el motivo procesal formulado al amparo del art. 207 c) de la LRJS.

No apreciándose las infracciones denunciadas, procede la desestimación del recurso.

SEXTO.- De conformidad con todo cuanto antecede, procede como propone el Ministerio Fiscal en su informe, la desestimación de los recursos formulados, y confirmar por sus propios fundamentos la sentencia recurrida. Sin costas (art. 235 LRJS).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º.- Desestimar los recursos de casación interpuestos por las representaciones de la FEDERACIÓN DE COMISIONES OBRERAS DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, al que se han adherido el SINDICATO AUTÓNOMO DE TRABAJADORES DE SEGURIDAD y el SINDICATO DE TRABAJADORES DE SEGURIDAD DE MADRID, y por la empresa SEGURIDAD INTEGRAL CANARIA S.A., ambos contra la sentencia dictada el 19 de octubre de 2015 por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid , en el procedimiento 578/2015, seguido a instancias del SINDICATO DE TRABAJADORES DE SEGURIDAD DE MADRID (STS- Madrid), SINDICATO UNIÓN INDEPENDIENTE DE TRABAJADORES, FEDERACIÓN REGIONAL DE SERVICIOS DE U.G.T.- MADRID (FES- UGT), FEDERACIÓN DE COMISIONES OBRERAS DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, UNIÓN SINDICAL OBRERA DE MADRID, ESPACIO DE PARTICIPACIÓN SINDICAL, contra SEGURIDAD INTEGRAL CANARIA S.A, UNIÓN INDEPENDIENTE DE TRABAJADORES, ASOCIACIÓN DE TRABAJADORES DE EMPRESAS DE SEGURIDAD (SINDICATO AUTÓNOMO DE TRABAJADORES DE SEGURIDAD ATES), SINDICATO INDEPENDIENTE DE VIGILANTES (SIV), ESPACIO DE PARTICIPACIÓN SINDICAL (EPS), SINDICATO DE TRABAJADORES DE SEGURIDAD (STS), ALTERNATIVA SINDICAL y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, sobre Despido Colectivo. 2º.- Confirmar la sentencia

impugnada, dictada por el TSJ de Madrid de 19 de octubre de 2015 , en el procedimiento 578/2015 y sus acumulados 595/2015 y 630/2015. 3º.- Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

11-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE DICIEMBRE DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por la representación del Sindicato de Tripulantes Auxiliares de Vuelo de Líneas Aéreas (STAVLA) se interpuso demanda de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia " por la que declare, respecto a los Tripulantes de Cabina de Pasajeros, TCPs de la empresa IBERIA: Que las dietas y la indemnización por recogida o transporte establecida en el XVI C. Colectivo de TCP constituyen retribuciones extrasalariales de carácter indemnizatorio. Que al acuerdo de Mediación realizado por el Sr. Jon de fecha 13 de Marzo de 2013, sobre inaplicación de determinadas condiciones de trabajo recogidas en el Convenio Colectivo de TCPs, no establece ajuste o disminución de las dietas y transporte o indemnización por renuncia a la recogida, estableciéndose en el mismo únicamente una disminución o ajuste en los salarios y por tanto en las partidas salariales. Se declare el derecho de todos y cada uno de los trabajadores (3.800 aproximadamente) TCPs de IBERIA afectados a seguir percibiendo el importe establecido en el XVI C.C. de las dietas por razón de viaje y la indemnización por renuncia a la recogida o plus transporte dejándose sin efecto el descuento o la reducción efectuada por la empresa. Condenando a la empresa a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a la devolución individualizada a los trabajadores afectados del

Colectivo TCPs de la empresa IBERIA, de las cantidades correspondientes y que le han sido descontadas en los citados conceptos desde el 15 de Marzo de 2013. Concretamente el 14% de las dietas percibidas y de la indemnización por recogida o transporte a partir del 15 de Marzo y hasta el 15 de Abril, así como el 18% de los citados conceptos devengados desde el 15 de abril en adelante."

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio, en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la misma, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el pleito a prueba, se practicaron las propuestas y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 9 de junio de 2015 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional , en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Estimando la excepción de falta de legitimación pasiva invocada por el SEPLA y estimando la demanda interpuesta por STAVLA frente a IBERIA LAE SAU, SITCPLA, CTA- FERR-UGT, FSC-CCOO, ASETMA, USO, SEPLA Y CGT DECLARAMOS: que las dietas y la indemnización por recogida o transporte establecida en el XVI Convenio Colectivo de TCP constituyen retribuciones extrasalariales de carácter indemnizatorio; que al acuerdo de Mediación realizado por Don. Jon de fecha 13 de Marzo de 2013, sobre inaplicación de determinadas condiciones de trabajo recogidas en el Convenio Colectivo de TCPs, no establece ajuste o disminución de las dietas y transporte o indemnización por renuncia a la recogida, estableciéndose en el mismo únicamente una disminución o ajuste en los salarios y por tanto en las partidas salariales; el derecho de todos y cada uno de los trabajadores TCPs de IBERIA afectados a seguir percibiendo el importe establecido en el XVI C.C. de las dietas por razón de viaje y la indemnización por renuncia a la recogida o plus transporte dejándose sin efecto el descuento o la reducción efectuada por la empresa., y CONDENAMOS A IBERIA LAE SAU a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a la devolución individualizada a los trabajadores afectados del Colectivo TCPs de la empresa IBERIA, de las cantidades correspondientes y que le han sido descontadas en

los citados conceptos desde el 15 de Marzo de 2013. Concretamente el 14% de las dietas percibidas y de la indemnización por recogida o transporte a partir del 15 de Marzo y hasta el 15 de Abril, así como el 18% de los citados conceptos devengados desde el 15 de abril en adelante hasta el 24 de mayo de 2.014.»

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«1.- El sindicato STAVLA a la fecha representación de la demandada ostentaba la condición de representativo en la empresa IBERIA, habiendo obtenido en las anteriores elecciones para la elección de representantes de los trabajadores en el comité de vuelo siete representantes. El comité de empresa de vuelo de IBERIA LAE OPERADORA SAU se encuentra compuesto por 31 miembros conforme el siguiente reparto representativo dimanante de las últimas elecciones: SEPLA 9 miembros. STAVLA, 7 miembros. SITCPLA 5 miembros. CTA 5 miembros. UGT 3 miembros. CCOO 2 miembros.

2.- En el mes de febrero de 2.013 las relaciones laborales de la empresa y los tripulantes de Cabina de Pasajeros (TCP) tienen su propio Convenio Colectivo "XVI Entre la Empresa IBERIA L.A.E. y sus Tripulantes de Cabina de Pasajeros", publicado en el B.O.E. de 11 de Enero de 2.011, cuyo ámbito temporal abarcaba del 1-1-2.009 al 31-12-2.012, (concepto 4) encontrándose en situación de ultraactividad. Existía además acuerdo para la prórroga de la extensión temporal del ERE número NUM000, aprobado por acuerdo de 21 de diciembre de 2010 y extendido por resolución de la Dirección General de trabajo el 26 de Enero de 2011. Las relaciones laborales del personal de Tierra y de los tripulantes Pilotos se rigen por sus respectivos específicos Convenios Colectivos. Igualmente mantenían ambos en sus respectivos ámbitos acuerdos de extensión temporal del ERE NUM000.

3.- La empresa alegando razones de carácter económico, organizativo y productivo el 11 de febrero de 2.013 remitió escrito al Comité de Vuelo y las secciones

sindicales con representación en el mismo, convocando a una reunión para el día 12 de febrero, anunciando que facilitaría la documentación exigida por el E.T. (art. 51), procediendo a la apertura del periodo de consultas del Despido Colectivo y a la constitución de la comisión negociadora. El día 12 de febrero de 2013, se comunicó oficialmente que la dirección de la Compañía había tomado la decisión de iniciar procedimiento de Despido Colectivo del art. 51 del ET (despido colectivo NUM001) afectando a un total de 3.807 Trabajadores. En dicha fecha la empresa se reunió con la representación de los sindicatos con presencia en los Comités, comunicando el inicio del período preceptivo de consultas con arreglo a lo previsto en el art. 51 del E.T. y R.D 1483/2012 de 29 de Octubre, entregando a la Representación de los Trabajadores la documentación que al efecto consideraron oportuna, entre la que se incluyó cuentas anuales, informe técnico, memoria explicativa, medidas sociales de acompañamiento (modificación y/o descuelgue de determinadas condiciones recogidas en los tres convenios colectivos de los diferentes grupos afectados). En dicha reunión se acordó que la representación de los trabajadores en la negociación se articule en tres mesas negociadoras en las que estarían representadas las secciones sindicales con presencia en los diferentes comités, personal de tierra, tripulantes de Cabina de pasajeros y Pilotos (Acta de dicha reunión). Se acordó igualmente constituir una mesa central compuesta por cada uno de los sindicatos que forman la distintas comisiones negociadoras de estos tres colectivos a los solos efectos informativos del proceso de negociación. En esa misma fecha por la empresa se dirigió escrito a la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social la apertura del expediente de Despido Colectivo y del período de consultas (NUM001) y recabando el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

4.- El día 22 de Febrero de 2013, la Compañía y la representación social de todos los colectivos afectados acordaron nombrar como mediador, a los efectos de facilitar el desarrollo del periodo de consultas, dejar constancia del cumplimiento de los trámites previstos para el mismo y facilitar la consecución de un acuerdo, a Don Jon . El mediador en el desarrollo de su encargo fue reuniéndose con cada una de las

representaciones sindicales de los tres colectivos que integran, Tierra, Tripulantes de Cabina y Pilotos.

5.- El día 28 de febrero de 2013 los representantes de STAVLA fijaron convocados formalmente para el día 1 de Marzo junto con las restantes representaciones de TCP presentas en el Comité de vuelo, a fin de comunicar al inicio formal de procedimiento de inaplicación de determinadas condiciones de trabajo del XVI C.C. por causas de carácter productivo, económico y organizativo, todo ello al amparo de lo establecido en al art.82.3 del E.T. En dicha comunicación en el punto ocho se señala que a la vista de que el descuelgue o inaplicación de determinadas condiciones del Convenio Colectivo que se propone es el mismo que el contenido en las medidas sociales de acompañamiento del procedimiento de despido Colectivo, la mediación debe extenderse a todas las condicionas propuestas.

6.- En fecha 6 de Marzo, al Mediador, Sr. Jon presentó su propuesta de Acuerdo a las partes. El día 11 de Marzo se realizó una consulta a todas las partes, secciones sindicales con representación, referente a la aceptación de la propuesta, que unos aceptaron provisionalmente pendiente de su aprobación por los diferentes órganos estatutarios o asambleas y otros rechazaron. El día 13 de Marzo, se aceptó y firmó la propuesta del Mediador por parte de la empresa y las seccionas sindicales da UGT, CCOO, ASETMA, USO, SITCPLA y CTA AVUELO, siendo rechazada y/o no firmada por CTA [TIERRA, CGT, STAVLA y SEPLA.

En dicha mediación, amén de un número de extinciones contractuales se establecen los siguientes acuerdos que resultan de interés para resolver la cuestión que este conflicto se suscita:

"2. Los trabajadores que mantiene sus puestos de trabajo en la Compañía aceptan un ajuste salarial directo en las tablas vigentes para todas las categorías y niveles profesionales, en los siguientes términos:

- a) Pilotos 14%
- b) TCP'S 14%
- c) Personal de Tierra 7%

3. Los salarios ajustados conforme a las previsiones del punto anterior se mantendrán su cuantía, sin modificación alguna durante el periodo 2013-2015. A partir del 1 de enero de 2016, se procederá a la negociación de los posibles incrementos vinculados a la productividad y resultados de la Compañía.

4. Los distintos colectivos afectados renuncian a la regularización y abono derivada de la cláusula de revisión al IPC real de 2012.

5. Las percepciones salariales por antigüedad y progresión se congelarán durante el período comprendido entre 2013-2015 (sic) 7. Dentro del mes siguiente a la firma del presente Acuerdo, las partes articularán un conjunto de medidas con el objeto de mejorar la productividad, relativas, como mínimo a las siguientes materias y colectivos:... Transcurrido el mes de referencia sin haberse alcanzado acuerdos relativos a la mejora de la productividad, se procederá al incremento en cuatro puntos porcentuales del Ajuste pactado en el punto 2 del Acuerdo."

7- La empresa desde el 15 de marzo de 2015 aplica la reducción del 14% y desde el 15 de abril la del 18% a las dietas por gastos de viaje, a la indemnización por recogida y al plus transporte.

8.- El art. 68 del XVI Convenio colectivo bajo la rúbrica "conceptos retributivos" disponía: "Los TCP de la compañía a quienes se aplica el presente convenio estarán retribuidos por los siguientes conceptos:

a) Retribuciones fijas: 1. Sueldo base. 2. Premio de antigüedad. 3. Prima por razón de viaje garantizada. 4. Gratificaciones extraordinarias. 5. Gratificación por cierre de ejercicio. 6. Prima de responsabilidad de sobrecargo. 7 Prima de responsabilidad del TCP principal.

b) Retribuciones variables: 1. Prima por razón de viaje por: a) Horas atípicas. b) Horas de vuelo adicionales. c) Actividad aérea en tierra. d) Actividad laboral. 2. Plus de nocturnidad. 3. Plus de asistencia.

c) Gastos compensatorios: 1. Dietas. 2. Dietas de destacamento, residencia o destino.

d) Otras percepciones: 1. Ventas a bordo."

El art. 33 de la misma norma rubricado como "Renuncia a la recogida" dispone que "El TCP que no tenga recogida, por residir fuera del perímetro o porque voluntariamente renuncie al régimen de transporte colectivo, recibirá una indemnización individual que compensará, globalmente y en su conjunto, todos los gastos ocasionados por el desplazamiento desde su domicilio al aeropuerto y viceversa, incluso por razón de asistencia a cursos, reconocimientos médicos, instrucción, trabajos en tierra, etc., indemnización que será actualizada con efectos de 1 de enero de cada año según IPC, o lo que ambas partes acuerden."

La cuantía de las retribuciones estaba contemplada en los Anexos 1 -para las fijas y variables- y 3 - para las dietas- del Convenio.(texto del Convenio obrante al descriptor 110).

9.- El XVII Convenio colectivo Iberia, LAE, SA, Operadora, S. Unipersonal y sus tripulantes de cabina de pasajeros fue suscrito con fecha 4 de abril de 2014 de una parte por los designados por la Dirección de la empresa en representación de la misma y de otra por las secciones sindicales de CTA-Vuelo, SITCPLA, UGT y CC.OO. en representación de los trabajadores y publicado en el BOE de 24 de mayo de 2.014 en virtud de Resolución de 23 de abril de 2.014 de la Dirección General de Empleo.

Dicha norma, cuyo ámbito temporal con arreglo a su artículo 4 va de desde el 1-1-2.013 al 31-12-2.017, en su artículo 124 dispone:" Con efectos 01 de enero de 2013, salvo para aquellos conceptos para los que expresamente se haya pactado otra efectividad distinta, la tabla salarial y demás conceptos retributivos son los que figuran en los apartados a) de anexo 1 A, anexo 1 B y anexo 3. La tabla salarial establecida en el V, con efectividad 1 de enero de 2013 anula y sustituye a la publicada con anterioridad a esa fecha.

De conformidad con lo que se acordó en el Acuerdo de Mediación de fecha 13 de marzo de 2013, las partes pactan expresamente que las tablas salariales y demás conceptos retributivos, son los que se establecen a continuación: Con efectos 15 de marzo de 2013, salvo para expresamente se haya pactado otra efectividad aquellos conceptos para los que distinta, la tabla salarial y demás conceptos retributivos son los que figuran en los apartados b) de anexo 1 A, anexo 1 B y anexo 3. Con efectos 15 de abril de 2013, salvo para aquellos conceptos para los expresamente se haya pactado otra efectividad distinta, la tabla salarial que y demás conceptos retributivos son los que figuran en los apartados c) de anexo 1 A, anexo 1 B y anexo 3."

Los anexos a los que se remite implican una reducción del 14 y del 18 por ciento del importe de las retribuciones fijas, variables y dietas, desde el 15-3-2.013 al 14-4-2.015 y desde el 15-4-2.013 en adelante con respecto a las cantidades fijadas para el 1-1-2.013 (texto del Convenio, descriptor número 109).

10.- En el año 2.013 la demandada Iberia Lae, SAU presentaba pérdidas por importe de 613 millones de Euros (conforme).

11- La Masa salarial en 2.014 de TCPs era de 136,6 millones de euros de los cuales 24, 8 millones de euros eran dietas y 3,6 millones eran indemnizaciones, sumando el 20 por ciento de la masa salarial (testifical).»

QUINTO.- Contra la referida sentencia se preparó recurso de casación en nombre de IBERIA LAE, SAU. Su letrado Don Adriano Gómez García-Bernal, en escrito de fecha 31 de julio de 2015, interpuso el correspondiente recurso, basándose en varios motivos. El primero, al amparo de lo dispuesto en el art. 207.d) de la LRJS, relativo al error en la apreciación de la prueba, con vistas a la adición de un último párrafo al hecho probado octavo. El segundo motivo, al amparo de lo dispuesto en el art. 207.d) de la LRJS, relativo al error en la apreciación de la prueba, con vistas a la adición de un nuevo hecho probado duodécimo. El tercer motivo, al amparo de lo dispuesto en el art. 207.e), denunciando la infracción de los arts. 1255, 1281 , 1282 y 1285 del Código Civil .

SEXTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 2 de diciembre de 2015 se procedió a admitir el citado recurso. Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SÉPTIMO.- Instruido el Excmo. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el 22 de diciembre de 2016, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. La sentencia de instancia, dictada el 9 de junio de 2015 (autos 228/13) por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en proceso de conflicto colectivo, tras apreciar la excepción de falta de legitimación pasiva invocada por uno de los sindicatos demandados (SEPLA), estima la demanda interpuesta por el Sindicato de Tripulantes Auxiliares de Vuelo de Líneas Aéreas (STAVLA) frente a IBERIA SAU, SITCPLA, CTA-FERR-UGT, FSC-CCOO, ASETMA, USO, SEPLA y CGT, y declara que "las dietas y la indemnización por recogida o transporte establecida en el XVI Convenio Colectivo de TCP constituyen retribuciones extrasalariales de carácter indemnizatorio; que el acuerdo de Mediación realizado por el Sr. Jon de fecha 13 de Marzo de 2013, sobre inaplicación de determinadas condiciones de trabajo recogidas en el Convenio Colectivo de TCPs, no establece ajuste o disminución de las dietas y transporte o indemnización por renuncia a la recogida, estableciéndose en el mismo únicamente una disminución o ajuste en los salarios y por tanto en las partidas salariales; el derecho de todos y cada uno de los trabajadores TCPs de IBERIA afectados a seguir percibiendo el importe establecido en el XVI C.C. de las dietas por razón de viaje y la indemnización por renuncia a la recogida o plus transporte dejándose sin efecto el descuento o la reducción efectuada por la empresa", condenándose a ésta, en consecuencia, a estar y pasar por tales declaraciones "y a la devolución individualizada a los trabajadores afectados del Colectivo TCPs (...) de las cantidades correspondientes y que le han sido descontadas en los citados conceptos desde el 15 de marzo de 2013. Concretamente el 14% de las dietas percibidas y de la indemnización por recogida o transporte a partir del 15 de Marzo y hasta el 15 de Abril, así como el 18% de los citados conceptos devengados desde el 15 de abril en adelante hasta el 24 de mayo de 1.014".

2. Frente a la citada sentencia se alza en casación ordinaria la empresa IBERIA-SAU, articulando los dos primeros motivos al amparo del art. 207.d) LRJS y proponiendo, en el primero de ellos, la adición al ordinal octavo de los hechos probados del siguiente texto: "El art. 93 del XVII Convenio colectivo bajo la rúbrica <<conceptos retributivos>>, integrado en el Capítulo VII titulado <<Retribuciones>> incluye un listado en el que se constata referencia expresa a las dietas (descriptor nº 109)".

El segundo motivo postula la inclusión de un nuevo ordinal (sería el duodécimo) con el siguiente contenido: "Desde el año 2002, el valor de las dietas y la indemnización por renuncia a la recogida ha experimentado las mismas variaciones que el salario de los tripulantes de cabina de pasajeros, según resulta de las actas de revisión salarial del Convenio aplicable (descriptores nº 111 y 117)".

SEGUNDO.- 1. Establece el artículo 207.d) de la LRJS que " el recurso de casación habrá de fundarse en alguno de los siguientes motivos: ... d) Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios ", y en su interpretación, lo mismo que en la de su precedente normativo (art. 205.d LPL), reiteradísima jurisprudencia de esta Sala (valgan, por todas, las SSTS4ª de 1-7-2010, R. 91/009 , o 15-4-2014, R. 127/13) ha venido exigiendo, para que el motivo alcance éxito, la concurrencia de todos y cada uno de los siguientes requisitos: a) que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico; b) que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas; c) que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos; y d) que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia.

2. Pues bien, ninguno de los dos motivos que pretenden la revisión del relato fáctico cumple en su totalidad con los mencionados requisitos porque, aunque, como vimos, ofrecen textos alternativos concretos, ninguno de ellos constituye en realidad circunstancia fáctica alguna que, desprovista de las valoraciones y especulaciones que la recurrente efectúa, evidencien cualquier error en el relato histórico judicial de instancia.

3. En efecto, la primera de las propuestas, que, como sostiene con acierto el escrito de impugnación del Sindicato actor, tal vez debería afectar al ordinal noveno -no al octavo-, pues es aquél -no éste- el que alude, y describe parcialmente, al XVII Convenio colectivo, trata de incorporar a la relación de hechos probados una norma convencional -no un hecho- que, además de obrar unida a las actuaciones, ya ha sido tomada en consideración por la Sala de instancia cuando, en su fundamento jurídico sexto, descarta la interpretación que de ella pretendía entonces -igual que ahora- la empresa, para asegurar que aquél Convenio (el XVII) "en modo alguno ha de suponer la pérdida del derecho de los TCPs a percibir en la cuantía prevista en la redacción del XVI Convenio de las dietas y [la] indemnización por renuncia a la recogida", que, como conceptos no salariales, al entender de la sentencia impugnada, no han de verse afectados por el acuerdo de mediación del 13 de marzo de 2013 que, como concluye el fallo de instancia, "no establece ajuste o disminución de las dietas y transporte o indemnización por renuncia a la recogida" ya que en el propio acuerdo en cuestión se establecía "únicamente una disminución o ajuste en los salarios y por tanto en las partidas salariales".

4. La segunda propuesta debe ser igualmente rechazada por razones análogas a las arriba expuestas pues, en realidad, tratándose de modo primordial de la interpretación que haya de hacerse del acuerdo de mediación precedentemente citado, fuere cual fuere la forma en que se hubieran pactado con anterioridad otras variaciones experimentadas por los salarios, las dietas o conceptos similares a los que aquí reivindicaban los TCPs, lo cierto es que la constatación de tales extremos resulta claramente irrelevante porque únicamente pretenden reforzar una argumentación de

parte en contra de la que, de manera razonable, objetiva e imparcial, ya ha realizado el órgano judicial de instancia.

TERCERO.- 1. Al amparo del art. 207.e) de la LRJS, el tercer y último motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 1255, 1281, 1282 y 1285 del Código Civil, sosteniendo, en síntesis, que desde la perspectiva literal y sistemática, corroborada por actos coetáneos y posteriores, al decir literal de la recurrente, "existirían elementos de peso más que suficientes como para llegar a la conclusión de que (...) la interpretación del acuerdo de mediación desplegada por la Sala a quo se habría separado de la lógica y racionalidad exigibles...".

2. El recurso debe ser íntegramente desestimado porque, como ha entendido atinadamente la Sala de instancia, en primer lugar, las dietas por desplazamiento y la indemnización causada por "renuncia a la recogida o transporte" cabe entenderlas expresamente excluidas de la consideración de "salario" por el art. 26.2 ET.

3. Además, en el propio texto del acuerdo de mediación firmado el 13 de marzo de 2013 (h. p. 6º) que sirve de fundamento a la demanda, y que es el que, debido a la restrictiva interpretación empresarial, ha motivado el planteamiento del presente conflicto colectivo, se pactó de forma expresa que "los trabajadores...aceptan un ajuste salarial directo en las tablas vigentes para todas las categorías y niveles profesionales..." (punto 2) y que "los salarios ajustados conforme a las previsiones del punto anterior se mantendrán en su cuantía, sin modificación alguna durante el período 2013-2015" (punto 3); es decir, la literalidad del propio acuerdo, que en esas dos ocasiones alude con claridad al término "salario", tanto cuando se refiere a las tablas que lo cuantifican como cuando lo hace para aceptar su "ajuste", impiden hacerlo extensivo a otros conceptos que, como los cuestionados, por expresa disposición legal, carecen de aquella cualidad, sin que resulte ya necesario utilizar otro criterio hermenéutico subsidiario, cuál sería el muy dudoso e intrascendente en este caso de los actos coetáneos o posteriores, aunque solo sea porque los dos Convenios colectivos (el XVI y el XVII)

que, al entender de la empresa, propiciarían la interpretación que ella misma propugna, no hablan de "salario" sino, como dice la sentencia recurrida, de "retribuciones sin más"; y, en fin, tampoco la invocada situación de crisis empresarial o la posible significación o "peso relativo" del importe de las dietas o de la indemnización por renuncia a la recogida o transporte, constituyen razones suficientes como para aceptar una interpretación que, insistimos, chocaría frontalmente con la previsión del art. 26.3 ET.

4. En último extremo, esta Sala tiene reiteradísimamente declarado (SSTTSS 20-3-1997, R. 3588/96, 27-9-2002, R. 3741/01, 16-12-2002, R. 1208/01, 25-3-2003, R. 39/02, 30-4-2004, R. 156/03, 16-1-2008, R. 59/07, 25-3-2009, R. 85/08, 9-12-2009, R. 141/08, 12-7-2010, R. 71/09, y 10-5-2011, R. 8/10), que, en esa labor interpretativa, los órganos de instancia gozan de un amplio margen de apreciación por haberse desarrollado ante ellos la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes, "salvo [...] que la interpretación a que hubiesen llegado no sea racional ni lógica, o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual" [TS 16-1-2008, R. 59/07 ; 18-4-2012, R. 150/2011].

5. En definitiva, mantenemos y hacemos nuestra, pues, de conformidad con la coincidente opinión que al respecto expresa el preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal, la solución de la sentencia recurrida en los términos que hemos dejado expuestos, por ser la solución que mejor se ajusta a la literalidad del acuerdo de mediación cuestionado, y por aplicación de la reiterada doctrina de la Sala sobre el margen de apreciación del tribunal de instancia en la interpretación de convenios y acuerdos colectivos, sin especial pronunciamiento de condena en el pago de las costas causadas (art. 235 LRJS) y con pérdida por la misma del depósito constituido para recurrir.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido:

Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación letrada de IBERIA, LAE, SAU, contra la sentencia de fecha 9 de junio de 2015 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el procedimiento nº 228/13 promovido por el SINDICATO DE TRIPULANTES AUXILIARES DE VUELO DE LÍNEAS AÉREAS (STAVLA), contra IBERIA LAE SAU, SITCPLA, CTA- FERR-UGT, FSC-CCOO, ASETMA, USO, SEPLA y CGT. Confirmamos la sentencia recurrida. Sin costas. Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

12-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE FEBRERO DE 2015

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por la representación de D. Mateo y D. Romualdo se planteó demanda de impugnación de actos administrativos, de la que conoció de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho, terminaba suplicando se dictara sentencia: "Estimando la demanda en su totalidad, declare la Nulidad del despido colectivo efectuado, y subsidiariamente no ajustada a derecho la decisión extintiva empresarial comunicada a los demandantes, anulándola en su totalidad y declarando el derecho de los trabajadores afectados a reincorporarse a su puesto de trabajo, con las consecuencias correspondientes."

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio, en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la misma, oponiéndose las demandadas, según consta en acta. Recibido el pleito a prueba, se practicaron las propuestas y declaradas pertinentes.

TERCERO. - Con fecha 24 de julio de 2013 la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Estimamos parcialmente la demanda de impugnación de actos administrativos, promovida por DON Mateo y DON Romualdo y anulamos parcialmente las resoluciones recurridas, al haberse vulnerado el derecho de indemnidad de los demandantes al incluirles en el ERE, por lo que condenamos al MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, así como a LOXAM ALQUILER, SA, a estar y pasar por dicha nulidad parcial a todos los efectos legales oportunos, consistentes en el derecho de los demandantes a la inmediata readmisión y al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de efectos de sus despidos."

CUARTO. - En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "PRIMERO. - Los actores han venido prestando sus servicios por cuenta de la empresa codemandada Loxam Alquiler, S.A. dedicada a la actividad de compraventa y alquiler de materiales, herramientas y equipos para la construcción, con la categoría profesional que para cada uno de ellos seguidamente se establecen: D. Mateo: Tit Superior, 1-8-1995 y 5.578,75 euros. D. Romualdo: Tit Superior, 8-5-2000 y 5.775.00 euros. SEGUNDO. - Los actores iniciaron su respectiva prestación de servicios por cuenta de la mercantil Regatas y Alquiler, S.A. a la que sucedió la mercantil Realsa Alquiler, S.A. con efectos del 1-1-2002, cuyas participaciones sociales fueron adquiridas por Loxam Alquiler, S.A. el 22-12-2006, y siendo la misma absorbida por Loxam alquiler, S.A. el 28-4-2008, subrogándose en cada momento las respectivas mercantiles en los derechos laborales de los actores. TERCERO. - El 21-11-2005 los demandantes suscribieron con la mercantil REALSA ALQUILER, SA un acuerdo modificativo, en el que se convino

un régimen específico para la extinción de sus contratos de trabajo en los términos siguientes:

"Régimen extintivo

1.1 En el supuesto que el contrato de trabajo se extinguiera por alguna de las causas contempladas en el art. 49 apartados a), f), i), j), k) y l) del actual RD 1/1995 de 24 de mayo Estatuto de los Trabajadores el suscriptor percibirá una indemnización de sesenta y cinco días por año de servicio, sin que sea aplicable el límite de las 42 mensualidades. Estas cantidades se percibirán netas por el suscriptor.

1.2 En el supuesto que el contrato de trabajo se extinguiera por alguna de las causas contempladas en el art. 49 apartado e) del actual RD 1/1995 de 24 de mayo Estatuto de los Trabajadores el suscriptor o sus causa habientes percibirá en concepto de mejora voluntaria una indemnización de sesenta y cinco días por año de servicio".

Formalizaron, así mismo, una cláusula de no competencia postcontractual con vigencia de dos años tras la extinción del contrato de trabajo por cualquier causa "siempre que subsista un interés comercial o industrial de la empresa", y en virtud del cual los demandantes se comprometen a no concurrir con la misma, y ésta a abonar a cada uno de ellos una compensación económica neta equivalente al 100% de la retribución fija percibida en los dos años anteriores al cese.

CUARTO. - LOXAM ALQUILER, SA pertenece a un grupo de empresas, denominado LOXAM HOLDING, cuya sociedad dominante es LOXAM, SA, quien está radicada en FRANCIA y controla el 99,99% de las acciones de la filial española. - Ambas empresas se dedican a la misma actividad y tienen saldos acreedores y deudores entre sí.

QUINTO. - El 5-01-2011 la Dirección General de Trabajo, Cooperativismo y Economía Social de la Consejería de Economía, Hacienda y Ocupación de la Generalitat Valenciana dictó resolución, mediante la que autorizó a la empresa LOXAM ALQUILER SA, para suspender las relaciones laborales hasta un máximo de 17 trabajadores de su plantilla, de los cuales 14 pertenecen al centro de trabajo de la empresa de Museros (Valencia) y 3 al centro de trabajo de la empresa de Almazora (Castellón), por un período máximo de once meses.

SEXTO. - Los demandantes mantuvieron varias conversaciones con directivos de la matriz y de la filial española, en la que se les indicó que debían renunciar a las cláusulas contractuales suscritas con REALSA ALQUILER, SA. - En concreto, el 2-11-2011 don Ives Cera, responsable de recursos humanos de la matriz; don Justino, responsable del director general de la filial y don Ceferino, director general de la filial mantuvieron una reunión con el señor Mateo, en la que le ofrecieron, como alternativa a la renuncia antes dicha, el mantenimiento de un año mínimo de empleo en las condiciones disfrutadas hasta entonces, sin que el demandante se manifestara concretamente sobre dicha propuesta. - El 25-11-2011 ambos demandantes se reunieron con el señor Ceferino, quien les insistió reiteradamente sobre la renuncia a las cláusulas reiteradas, advirtiéndoles que, si no asumían dicha propuesta, se les incluiría en el ERE, que la empresa pretendía promover.

Los demandantes denunciaron dicha actuación empresarial a la Inspección de Trabajo de la Comunidad Valenciana el 2-12-2011 y el 29-12-2011 a la Inspección de Trabajo dependiente de la DGT, sin que se haya acreditado actuación inspectora alguna.

SÉPTIMO. - El 29-11-2011 la empresa demandada solicitó a la DGT autorización para la extinción de las relaciones laborales de 30 trabajadores sobre una plantilla de 98 trabajadores. La mercantil solicitante cuenta con centros de trabajo distribuidos a lo largo de 5 Comunidades Autónomas (Comunidad de Madrid, Comunidad Valenciana, Castilla La Mancha, Andalucía y Murcia). La solicitud se

fundamenta en las causas económicas contempladas en el artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 24 de marzo.

La empresa demandada adjuntó la documentación siguiente:

- Escrito de solicitud de expediente de regulación de empleo.
- Escritura de poderes de representación legal de la empresa en favor de los letrados D. Juan Antonio de Lanzas Sánchez y D. José J. Densa Gosalbo.
- Memoria Explicativa de las causas que motivan el expediente.
- Comunicación del Inicio del periodo de consultas a los trabajadores.
- Petición de Informe a la representación legal de los trabajadores de conformidad con el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores.
- Razonabilidad del número de extinciones y criterios para la designación de los trabajadores afectados, entre los que destaca el alto coste del personal directivo.
- Datos económicos de la mercantil: Cuentas Anuales auditadas del ejercicio 2009, Cuentas Anuales depositadas del ejercicio 2010; Datos de resultados provisionales del ejercicio 2011 a 30 de septiembre de 2011.
- Acta por la que se crea la Comisión Negociadora del Expediente de fecha 25-11-2011.
- Plan de Acompañamiento Social.

El 7-12-2011 la DGT requirió a la empresa demandada para que realizara las subsanaciones siguientes:

- Actas de elección de los delegados de personal de cada centro de trabajo: Madrid, Valencia, Murcia, Granada, Castellón y Málaga (art. 4 del RD 801/2011 de 10 de junio).
- Actas de elección de los representantes de los trabajadores elegidos ad hoc con motivo del expediente de regulación en aquellos centros donde no existía representación

de los mismos, y que según la documentación aportada conforman parte de la Comisión Negociadora del expediente constituida el 25-11-2011 (art. 4 del RD 801/2011 de 10 de junio).

- Documentación económica del ejercicio en curso 2011 (balance de situación, cuenta de pérdidas y ganancias,...) firmada por los administradores o representantes de la empresa, conforme el art. 6.2 del RD 801/2001 de 10 de junio.

La empresa procedió a realizar las subsanaciones requeridas mediante escrito de 16-12-2011, que obra en autos y se tiene por reproducido.

OCTAVO. - El 25-11-2011 la empresa demandada convocó a todos los representantes de los trabajadores en la empresa, que eran los siguientes:

1. Melchor, Delegado de Personal de Valencia.
2. Gregoria, Delegado de Personal de Valencia.
3. Sabino, Delegado de Personal de Valencia.
4. Ismael, Delegado de Personal de Castellón.
5. Juan Pedro, Delegado de Personal de Murcia.
6. Carlos José, Delegado de Personal de Granada.
7. Abel, Delegado de Personal de Málaga.
8. Arsenio, Delegado de Personal de Madrid.

En la misma reunión acordaron, que se incorporaran a la comisión negociadora doña Clara (trabajadora designada Agencia de Guadalajara); don Jose Ramón, trabajador designado Agencia de Ciudad Real; don Constancio y don Fabio (trabajadores estos dos últimos designados Agencia de Albacete, si bien no se les concedió derecho de voto a ambos, designándose a los dos para que acudieran indistintamente a la comisión).

La comisión se reunió por primera vez el 1-12-2011, donde un asesor de CCOO solicitó se aportase más documentación, entre la que luce las cuentas consolidadas del grupo de empresas aceptándose por la empresa, quien envió al día siguiente la documentación siguiente:

1. Informe de Auditoría Cuentas Anuales 2010.
2. Cuentas consolidadas LOXAM HOLDING. S.A. de 2010.
3. Desglose concepto de las Cuentas de Pérdidas v Ganancias de "Trabajos realizados por otras empresas" y "Servicios Exteriores" (en Hoja Excel con 2 pestañas).
4. Balance de situación Septiembre 2010 / Septiembre 2011 (Depreciación Fondo de Comercio).
5. Relación de edades v antigüedades de trabajadores afectados.

La empresa se comprometió en el mismo correo a presentar los escenarios futuros a la semana siguiente.

NOVENO. - La comisión negociadora se reunió los días 7, 14, 19, 21 y 28-12-2011, sin que se reclamara más información sobre el grupo mercantil por los representantes de los trabajadores. - En las reuniones citadas se cruzaron propuestas y contrapropuestas, centradas esencialmente en los importes indemnizatorios, reiterándose por los representantes de los trabajadores, que las indemnizaciones debían ser igualitarias, para evitar que se desequilibrara como consecuencia de mejoras indemnizatorias para directivos, comprometiéndose la empresa a equiparar las indemnizaciones de todos los trabajadores. - Nadie puso en duda que la empresa dominante había tenido resultados positivos, a diferencia de la filial.

El 28-12-2011 se alcanzó acuerdo, que fue suscrito por todos los representantes unitarios, salvo los tres de Valencia, quienes manifestaron que debían comunicárselo previamente a sus representados, sin que consten actuaciones posteriores por su parte. - Se aprobó también por los cuatro trabajadores elegidos ad hoc. - En el acuerdo citado se

convino la extinción de 30 contratos de trabajadores, entre los que se encontraban los demandantes, fijándose una indemnización común para todos ellos de 30 días por año con un tope de 12 mensualidades. - Ningún trabajador de los centros de trabajo de Castellón, Málaga y Salamanca está afectado por el despido.

DÉCIMO. - Obran en autos los informes de las autoridades laborales de Madrid, Andalucía, Valencia y Murcia, que se tienen por reproducidas, al igual que el informe de la Inspección de trabajo.

UNDÉCIMO. - El 30-12-2011 la DGT dictó resolución, mediante la que autorizó a la empresa LOXAM ALQUILER, S.A, S.L. para la extinción de los 30 trabajadores de su plantilla actual de conformidad con lo dispuesto en el acta de acuerdo de 28-12- 2011. - En la resolución se significó que las extinciones debían producirse en la fecha en que se notifique la propia resolución, de conformidad con dicho Acta.

DUODÉCIMO. - Interpuesto recurso de alzada por los demandantes fue desestimado por resolución de la Secretaría de Estado del Ministerio de Empleo y Seguridad Social de 21-05-2012.

DÉCIMO TERCERO. - El importe neto de la cifra de negocios de LOXAM ALQUILER, SA pasó de 26.281.188, 78 euros (2008) a 16.530.943, 79 (2009); 13.363.009, 79 euros (2010) y 11.004.865, 47 euros (2011)

Sus ventas de 502.573, 78 euros (2008) a 239.774, 79 euros (2009); 161.199, 75 euros (2010) y 94.336 euros (2011).

Sus resultados de explotación pasaron de -927.439, 70 euros (2008) a - 4.802.617, 27 (2009); - 4.017.516, 64 euros (2010) y - 9.306.561, 63 euros (2011).

El resultado del ejercicio pasó de - 2.063.372, 64 euros (2008) a - 6.860.858, 60 euros (2009); - 4.470.436, 87 euros (2010) y - 9.785.284, 87 euros.

DÉCIMO CUARTO. - La cifra de negocios de LOXAM HOLDING pasó en miles de euros de 847.694 (2008) a 697.642 euros (2009); 702. 468 (2010) y 806.661 (2011). Sus resultados de explotación de 118.468 euros (2008) a 66.142 euros (2009); 84.626 (2010) y 108.762 (2011). Sus resultados pasaron de 37114 (2008) a 2809 (2009); 27.329 (2010) y 39.778 (2011).

DÉCIMO QUINTO. - El 17-06-2013 el Juzgado de lo Social nº 2 de Valencia dictó sentencia en sus autos 103/2012, en cuyo fallo dijo lo siguiente:

"Con desestimación de la alegada litispendencia y estimando la demanda que da origen a estas actuaciones, debo condenar y condeno a la empresa demandada LOXAM ALQUILER, S.A. a que por los conceptos expresados en la demanda abone a D. Mateo el importe de 133.89,00 euros más 2.022,60 euros y a D. Romualdo el de 136.800 euros más el de 2.022,60 euros, importes que, desde la fecha de presentación de la solicitud de la conciliación previa, devengarán respectivamente, y para cada uno de los actores, el interés legal del dinero y el interés por demora del 10 por cien anual, y absolviendo a LOXAM, S.A. de las pretensiones contenidas en la demanda"

Dicha sentencia ha sido recurrida por la empresa demandada.

DÉCIMO SEXTO. - El señor Mateo fue despedido con efectos de 4- 01-2012 y el señor Romualdo el 9-01-2012.

DÉCIMO SÉPTIMO. - Los demandantes han interpuesto demandas por despido, que han correspondido al Juzgado de lo Social nº 9 de Valencia en su procedimiento 110/2012, que se encuentran suspendidos actualmente en espera de la conclusión de las actuaciones ante esta Sala.

Se han cumplido las previsiones legales.".

QUINTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación por la representación de LOXAM ALQUILER, S.A., basándose en un motivo formulado al amparo de lo dispuesto en el apartado E) del artículo 207 de la L.R.J.S. alegando infracción del art. 51 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los arts. 8.c) y 14 del Real Decreto 801/2011 y 24 de la Constitución Española.

Al recurso de LOXAM ALQUILER, S.A. se adhiere el Abogado del Estado en nombre del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

SEXTO.- Por providencia de ésta Sala se procedió a admitir a trámite el citado recurso y evacuado el trámite de impugnación, se emitió el preceptivo informe del Ministerio Fiscal en el sentido de considerar improcedentes los recursos, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 4 de febrero de 2015, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Los demandantes han prestado servicios por cuenta de Loxam Alquiler S.A. desde el 1 de agosto de 1998 y 8 de mayo de 2000, suscribiendo con la demanda el 21 de noviembre de 2005 un acuerdo modificativo que afectaba al régimen extintivo de sus contratos. El 5 de noviembre de 2011 la Dirección General de Trabajo Cooperativismo y Economía Social de la Consejería de Economía y Hacienda y Ocupación de la Generalitat Valenciana autorizó a la empresa a suspender las relaciones

laborales hasta un máximo de 17 trabajadores de los centros de Museros y Almazora por un periodo máximo de once meses y posteriormente, el 30 de diciembre de 2011 la DGT dictó resolución autorizando la extinción de los 30 trabajadores de su plantilla actual, de conformidad con el acta del acuerdo de 28 de diciembre de 2011. Entre los 30 trabajadores afectados se encontraban los demandantes quienes habían mantenido conversaciones los días 2 y 25 de noviembre de 2011 con directivos de la matriz y de la filial española en la que se les indicó que debían renunciar a las cláusulas contractuales suscritas con REALSA Alquiler S.A., a la que había sucedido Loxam Alquiler S.A. advirtiéndoles que si no asumían la propuesta se les incluiría en el ERE que la empresa pretendía promover. Dicha actuación fue denunciada por los actores ante la Inspección de Trabajo de la Comunidad Valenciana el 2 de diciembre de 2011 y el 29 de diciembre de 2011 ante la Inspección de Trabajo dependiente de la DGT sin que se siguiera actuación alguna. El expediente afectó a los centros de trabajo de Valencia y Castellón de la Plana, sin que lo hiciera a los de Málaga, Salamanca y Castellón. Entre los 30 contratos extinguidos se hallan los de los demandantes quienes fueron indemnizados en forma común al resto, con un tope de doce mensualidades, habiendo consistido los acuerdos particulares de 21 de noviembre de 2005 en que en el caso de que los contratos se extinguieran por alguna de las causas del artículo 49-e) del R.D. 1/1995 de 24 de mayo, Estatuto de los Trabajadores, apartados a), f), i), j), k) y l), la indemnización ascendería a sesenta y cinco días por año sin que sea aplicable el límite de 42 mensualidades.

El 30 de diciembre de 2011 la DGT dictó resolución autorizando la extinción de los 30 contratos conforme al acuerdo alcanzado según acta de 28 de diciembre de 2011, recurrida dicha resolución en alzada, fue desestimado por resolución de la Secretaría de Estado del Ministerio de Empleo y Seguridad Social de 21 de mayo de 2012.

Los actores formularon demanda sobre nulidad de la resolución dictada por orden (sic) del Ministerio de Empleo y Seguridad Social de 21 de mayo de 2012, que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la resolución dictada en el Expediente

de Regulación de Empleo instruido con el número 393/2011 a fin de que se declare la nulidad del despido colectivo y subsidiariamente no ajustado a Derecho, dirigiendo su demanda frente al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Loxam Alquiler S.A., Y MINISTERIO FISCAL.

La sentencia estimó en parte la demanda y anuló en parte las resoluciones recurridas al haberse vulnerado el derecho de indemnidad de los demandantes al incluirles en el ERE, dicha nulidad parcial condena a la inmediata readmisión de los demandantes y al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de efectos de sus despidos.

Frente a la sentencia recaída interponen recurso de casación Loxam Alquiler S.A. y como adherido el Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

SEGUNDO.- Por la Abogacía del Estado se interpone recurso de casación instrumentado un solo motivo, al amparo del artículo 205-e) de la LJS por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables, en concreto el artículo 24.1 de la Constitución Española y la jurisprudencia sobre la garantía de indemnidad.

Loxam Alquiler S.A. formula un único motivo de casación, al amparo del artículo 207-e) de la LJS, alegando la infracción del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores , (vigente en la fecha de la Resolución Administrativa impugnada, en relación con los artículos 8.c) y 14 del Real Decreto 801/2011 de 10 de junio, Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, así como el artículo 24 de la Constitución Española por aplicación indebida de la garantía de indemnidad de los actores.

Como se advierte ambos recursos inciden en un punto común cual es el de la aplicación del principio de prohibición de vulneración de la garantía de indemnidad, por lo que acerca de dicho extremo se resolverá conjuntamente.

La sentencia recurrida, que había rechazado los restantes argumentos sobre la nulidad de la decisión extintiva, estimó el referido a la garantía de indemnidad debido a la inclusión de los actores en el ERE. Para llegar a esta conclusión tuvo en cuenta la incidencia de las que denomina cláusulas penales, en este caso la inclusión de los trabajadores en el ERE de no renunciar a los beneficios pactados en el supuesto de extinción de la relación laboral, se ha vaciado de contenido la función protectora de la cláusula siendo irrelevante que no se produzca denuncia ante la Inspección de Trabajo hasta el día siguiente del inicio del periodo de consultas, porque en ese momento ya se había consumado la amenaza empresarial.

Frente a lo razonado por la sentencia afirma la Abogacía del Estado que: "4. Sin embargo, la Sentencia recurrida no ha tenido en cuenta (i) que se trata de un despido objetivo por causas económicas y organizativas, todas las cuales han sido admitidas previamente por la propia Sentencia, con lo cual el despido está plenamente justificado (vid, el fundamento de derecho quinto la Sentencia impugnada); (ii) que la previa negativa de los actores a no renunciar a ciertas cláusulas contractuales no puede equivaler a una invulnerabilidad absoluta si, como es el caso concurren causas para el despido objetivo; (iii) que la empresa ofreció una explicación razonable de la selección de los trabajadores; y (iv) que los actores no han aportado al proceso un panorama indiciario suficiente para tener por vulnerada su garantía de indemnidad.

5. En suma, de confirmarse el criterio de la Sentencia impugnada, cualquier discrepancia que surja en el curso de la negociación de un ERE permitirá a los discrepantes o disidentes aducir después la vulneración de la garantía de indemnidad, dejando sin efecto el contenido y finalidad mismos del ERE ya pesar de que éste haya sido autorizado y, en su caso, aprobado judicialmente (como aquí sucede)." .

En cuanto a la codemandada Loxam S.A., aduce en esencia que, hallándonos en un procedimiento del artículo 151 y ss. de la LJS, revisor de la actuación administrativa y sobre el acto administrativo ha de versar la pretensión pese a lo cual, de manera intencionada los recurrentes no aportaron en el expediente administrativo los medios de prueba de los que disponían, las grabaciones, privando a la administración de la posibilidad de pronunciarse válidamente sobre una cuestión clave que no puede ser valorada. Añade que tampoco ha valorado adecuadamente la Sala el contenido de las precitadas cláusulas de blindaje o su coste económico y que la doctrina jurisprudencia configura la garantía de indemnidad como un derecho fundamental en el que adquiere trascendencia por la subordinación del trabajador respecto al empresario siempre que concurren tres elementos, actuación del trabajador por acción u omisión (negándose a renunciar a las condiciones de trabajo), acto empresarial perjudicial (inclusión en el ERE) y relación de causalidad entre aquella conducta del trabajador y la posterior decisión empresarial (causa- efecto), elemento éste último que la recurrente afirma su no concurrencia, negando así vinculación a la falta de renuncia y a la inclusión en el ERE, teniendo en cuenta que no se niega la existencia de las causas a que se refiere el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores , siendo facultad del empresario la elección de los afectados, habiendo cumplido las exigencias del Real Decreto 801/2011 en cuanto a la especificación de los criterios de afectación de los trabajadores, identificando aquellos que eran directamente aplicables a los trabajadores, su alto coste.

TERCERO.- A la vista de los planteamientos formulados al primero que es necesario dar respuesta es al que resulta del escrito de formalización de Loxam Alquiler S.A. por afectar al proceso, cuando afirma que lo alegado en la vía judicial no lo fue en la administrativa como causa de oposición, lo que habría vedado a la Autoridad que aprobó el ERE la toma en consideración de la causa de nulidad fundada en la pretendida vulneración.

Sobre este particular afirma la sentencia en el sexto de sus fundamentos de Derecho, con valor de hecho probado que en el recurso de alzada los actores denunciaron la vulneración de su derecho a la indemnidad y las represalias empresariales, habiéndose probado las denuncias ante la Inspección de Trabajo en Valencia y Madrid, sin que se produjera actividad alguna por dicha Inspección "lo que dio pie a que la Secretaría de estado manifestara paladinamente que los demandantes no habían probado dichas denuncias ".

Este es el razonamiento dado por la sentencia ante la cuestión de si podían los actores practicar pruebas de su pretensión ante el órgano judicial cuando no lo habían hecho ante el administrativo.

El relato mostrado por la sentencia a través de la fundamentación jurídica confirma la base de la cuestión que plantea la recurrente: el proceso contemplado en el artículo 151 de la LJS tiene por objeto la impugnación del acto administrativo sin el cual en la fecha a la que se contraen los hechos no podía llevarse a acabo la extinción de los contratos.

Recordando las normas reglamentarias que la recurrente cita como infringidas se observa que en el artículo 8-c) del Real Decreto 801/2011 de 10 de junio se establece como documentación obligatoria común a todos los procedimientos de regulación de empleo la relación nominativa de los afectados o, en su defecto, concreción de los criterios tenidos en cuenta para designar a los mismos y período a los largo del cual está previsto efectuar las extinciones de los contratos de trabajo.

A su vez en el artículo 14 del citado Real Decreto , sin concreción de apartado, se contempla la finalización del período de consultas existiendo acuerdo entre las partes, con un texto del tenor literal siguiente: "1. Cuando el período de consultas concluya con acuerdo entre las partes, la autoridad laboral procederá a dictar resolución en el plazo de

siete días naturales autorizando la extinción de las relaciones laborales en los términos fijados en el acuerdo; si transcurrido dicho plazo no hubiese recaído pronunciamiento expreso, se entenderá autorizada la medida extintiva en los mismos términos. De la resolución se dará traslado a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y a la entidad gestora de la prestación por desempleo. La resolución de la autoridad laboral incluirá como anexo el acuerdo entre las partes. Este acuerdo vincula a la autoridad laboral, que se limitará a examinar si se ha observado el procedimiento y a apreciar que no ha habido fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión.

2. Si la autoridad laboral apreciase, de oficio o a solicitud de parte interesada, la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo, lo remitirá, con suspensión de plazo para dictar resolución, a la autoridad judicial, a efectos de su posible declaración de nulidad. Del mismo modo actuará cuando, de oficio o a petición de la entidad gestora de la prestación por desempleo, estimase que el acuerdo pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados, por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.

3. Sólo se considerará acuerdo colectivo en el período de consultas aquel que haya sido adoptado por la representación legal de los trabajadores o por la comisión indicada en el artículo 4 de este Reglamento.

4. El acuerdo en el período de consultas requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros de la comisión negociadora en los términos señalados en el artículo 11.2. Si el expediente de regulación de empleo afectase a varios centros de trabajo y se hubieran formado tantas comisiones negociadoras como centros afectados, se requerirá que se hubiera alcanzado el acuerdo en todas ellas, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 15.2.

5. La resolución de la autoridad laboral autorizará la extinción de los contratos de trabajo en los términos y durante el período fijados en el acuerdo y declarará la aplicación de las medidas acordadas en el plan de acompañamiento social o, en el caso de empresas no obligadas a la presentación de dicho plan, de las que pudieran haberse acordado en la solicitud final del procedimiento conforme a lo indicado en el artículo 11.

6. Durante el período previsto para efectuar las extinciones de los contratos de trabajo autorizadas por la autoridad laboral según lo dispuesto en este artículo, la empresa podrá solicitar nueva autorización para modificar su período de ejecución, o para ampliar el número de extinciones autorizadas o las condiciones de las mismas. Dicha autorización se sustanciará en resolución complementaria de la principal, sin necesidad de abrir un nuevo expediente de regulación de empleo, y procederá siempre que se mantengan las mismas causas que dieron lugar a la resolución principal y se acredite que existe acuerdo con los representantes de los trabajadores, debiendo constar ambos extremos expresamente en la solicitud.

7. En los expedientes de regulación de empleo a que se refiere el artículo 2.3, cuando el período de consultas hubiera concluido con acuerdo, las propuestas de resolución deberán notificarse a la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo e Inmigración al menos dos días antes del término del plazo establecido para resolver. Para la remisión de dichas propuestas se utilizarán medios electrónicos.

La Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo e Inmigración, que podrá recabar informe de otras Comunidades Autónomas en cuyos territorios presten servicios los trabajadores afectados, dictará resolución, cuyo contenido se limitará a aceptar o rechazar de plano la propuesta de resolución, debiendo especificarse en el segundo supuesto los motivos de rechazo." .

El curso de los acontecimientos con arreglo al inmodificado relato de hechos probados nos muestra como primeras fechas de interés las de 2 y 25 de noviembre de 2011 en las que se producen las reuniones con directivos de la empresa, el 29 de noviembre de 2012 se solicita de la DGT autorización para la extinción de las relaciones laborales, el 28 de diciembre de 2011 se obtiene el acuerdo entre las partes negociadores en el expediente y el 30 de diciembre de 2011 se dicta la autorización. En fechas 2 y 29 de diciembre de 2012, los demandantes acuden a la Inspección de Trabajo de Valencia y la Inspección de la DGT respectivamente sin que conste actuación por parte de las mismas.

Si se observa la tramitación que corresponde al expediente ante la Autoridad laboral se observa que con arreglo al artículo 12-2. del Real Decreto 801/2011 , en el curso de la misma deberá recabarse por aquella informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el momento en el que ésta pueda disponer de los elementos suficientes para emitirlo. Era conocida la controversia entre los actores y la empresa por la Inspección de Trabajo que había recibido la primera denuncia el día 2 de diciembre, es decir antes de producirse el acuerdo entre las partes negociadoras y el día 29 de diciembre, un día después del mismo por lo que teóricamente esa información pudo también ser conocida y tenida en cuenta por la Autoridad laboral al tiempo de dictar la resolución impugnada y de hecho la cuestión se desestima en alzada. El recurso de alzada no se desestima por falta de alegación de los hechos con controvertidos sino por falta de prueba de los mismos. Existiendo las denuncias ante la Inspección de Trabajo, esta fuente oficial de información estuvo a disposición de la Autoridad Laboral, con independencia del uso que de la misma hiciera. Deberá afirmarse por lo tanto que se disponía de los antecedentes necesarios para resolver sin que se produzca exceso en la vía judicial respecto de la administrativa sobre el debate resultante de la aplicación del R.D. 801/2011 de 10 de junio. (aunque estos datos no figuran en los hechos probados, de la lectura de las resoluciones se desprende que en alzada se plantea el tema y se desestima por falta de prueba. en la resolución recaída homologando el ERE no se hace mención del asunto y tampoco se sabe si se llevó a cabo la instrucción debida a través de la Inspección de Trabajo porque no se menciona su informe, aunque en el segundo

antecedente de la resolución se dice que se ha recabado informe, pero no se da noticia de la existencia de las dos denuncias. en el segundo fundamento de Derecho se nos dice: "Analizados los informes incorporados al mismo" y no se sabe más), existiendo por lo tanto antecedentes necesarios para resolver sin que se produzca exceso en la vía jurisdiccional sobre el debate habido al amparo del Real Decreto 801/2011 de 10 de junio.

CUARTO.- En cuanto al motivo común a ambos codemandados, la denuncia de infracción del artículo 51, aparece fundada en que se ha producido a través de su interpretación la infracción del artículo 24 de la Constitución Española por ausencia de vulneración de derecho a la indemnidad.

Volviendo sobre los hechos reflejados en el inmodificado relato histórico, se advierte la existencia de un pacto entre los demandantes y la empresa en la que se subrogó Loxam Alquileres S.A. datado el 21 de noviembre de 2005 que como extremos relevantes contemplaba indemnizaciones a razón de 65 días por año de servicio, sin el límite de 42 mensualidades a percibir en forma neta, de extinguirse los contratos por alguna de las causas siguientes: Artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores , apartados a),f), i), j), k) y 1 (sic).. El acuerdo incluía un pacto de no competencia de dos años de duración, "siempre que subsista un interés comercial o industrial de la empresa con la obligación para la empresa de abonar una compensación económica neta equivalente a 100% de la retribución fina percibida en los dos años anteriores al cese. En el noveno de los hechos declarados probados consta que en las reuniones de la comisión negociadora del ERE se reiteró por los representantes de los trabajadores que las indemnizaciones debían ser igualitarias, para evitar que se desequilibrara como consecuencia de mejoras indemnizatorias para directivos, comprometiéndose la empresa a equiparar las indemnizaciones de todos los trabajadores, y consta a través del hecho probado sexto las conversaciones entre los demandantes y los directivos de la matriz el 2 de noviembre de 2011 y el 25 de noviembre, ambos del 2011 en las que se les insta a renunciar a las cláusulas antes transcritas, con la advertencia de que de no hacerlo serían incluidos en el

ERE constando finalmente su inclusión en el expediente con aplicación a sus indemnizaciones de las pautas comunes al resto de los trabajadores.

Cuando la sentencia analiza la cuestión no se detiene en el hecho de las conversaciones y posterior inclusión en el despido colectivo sino que examina la posición de los demandantes dentro de la actividad empresarial y afirma, haciendo referencia al sexto hecho declarado probado que "los responsables de la empresa dominante y de su filial ofrecieron a los demandantes que, si renunciaban a las cláusulas reiterada, les garantizaban un año de trabajo en las mismas condiciones existentes, lo cual descarta por si mismo que sus contratos de trabajo hubieran perdido funcionalidad económica, que es el requisito constitutivo para su extinción por causas económicas- se ha probado, del mismo modo, que el 25 de noviembre de 2011, dos días antes de la presentación del ERE, el director general de LOXAM ALQUILER S.A. les dio a elegir entre dos alternativas: renuncia a las cláusulas o inclusión en el ERE - dicha alternativa refuerza nuevamente la convicción de que su inclusión en el ERE no estaba causada propiamente por la pérdida de la funcionalidad económica de sus contratos, ni que les incluyera en el ERE porque sus costes salariales eran muy elevados, puesto que la empresa les aseguraba un año de contrato en las mismas condiciones, sino para que renunciaran a las cláusulas controvertidas, que eran precisamente su escudo protector para dificultar la extinción de sus contratos de trabajo ".

Esta Sala hace suyas las consideraciones de la sentencia de instancia ante la claridad con la que aborda una problemática en la que resulta imprescindible deslindar la sospecha, basada por otra parte en fuertes indicios como lo son la oferta de intercambio y posterior inclusión en el ERE, de los elementos objetivos, significados en la necesidad acreditada de prescindir de los servicios de los demandantes por su gravosidad o redundancia prueba que no solo se halla ausente sino que la misma oferta empresarial contradice cuando incluye la promesa de un año más de servicios.

No cabe por lo tanto encontrar en la sentencia impugnada base alguna para hacer prosperar la censura jurídica que frente a la misma se formula por lo que de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal procede la desestimación de los recursos, confirmando la sentencia recurrida, con imposición de las costas a las recurrentes y en el caso de LOXAM ALQUILER S.A., la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimamos los recursos de casación interpuestos por por la representación de LOXAM ALQUILER, S.A., y por el Abogado del Estado en nombre y representación del MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, frente a la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 24 de julio de 2013, autos nº 144/2012 , dictada en virtud de demanda formulada por D. Mateo y D. Romualdo frente al MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, Y MINISTERIO FISCAL. Con costas y pérdida del depósito constituido para recurrir a LOXAM ALQUILER S.A.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

13-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE ENERO DE 2014

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Social N° 26 de los de Madrid se dictó sentencia en fecha 23 de julio de 2012 , en el procedimiento nº 216/2012 seguido a instancia de Dª Mari Jose contra INSTITUTO DE LA CINEMATOGRAFÍA Y DE LAS ARTES AUDIOVISUALES, sobre despido, que estimaba la pretensión formulada.

SEGUNDO.- Dicha resolución fue recurrida en suplicación por el Abogado del Estado, siendo dictada sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 27 de mayo de 2013 , que desestimaba el recurso interpuesto y, en consecuencia confirmaba la sentencia impugnada.

TERCERO.- Por escrito de fecha 11 de julio de 2013, se formalizó por el Abogado del Estado en nombre y representación del INSTITUTO DE LA CINEMATOGRAFÍA Y DE LAS ARTES AUDIOVISUALES, recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social antes citada.

CUARTO.- Esta Sala, por providencia de 21 de noviembre de 2013, acordó abrir el trámite de inadmisión por falta de contradicción. A tal fin se requirió a la parte recurrente para que en plazo de cinco días hiciera alegaciones, lo que efectuó. El Ministerio Fiscal emitió el preceptivo informe en el sentido de estimar procedente la inadmisión del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo.

Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" (sentencias, entre otras, de 7 de abril y 4 de mayo de 2005, R. 430/2004 y R. 2082/2004; 25 de julio de 2007, R. 2704/2006; 4 y 10 de octubre de 2007, R. 586/2006 y 312/2007, 16 de noviembre de 2007, R. 4993/2006 ; 8 de febrero y 10 de junio de 2008 , R. 2703/2006 y 2506/2007), 24 de junio de 2011, R. 3460/2010, 6 de octubre de 2011, R. 4307/2010, 27 de diciembre de 2011, R. 4328/2010 y 30 de enero de 2012, R. 4753/2010.

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (sentencias de 28 de mayo de 2008, R. 814/2007; 3 de junio de 2008, R. 595/2007 y 2532/2006; 18 de julio de 2008, R. 437/2007; 15 y 22 de septiembre de 2008, R. 1126/2007 y 2613/2007; 2 de octubre de 2008, R. 483/2007 y 4351/2007; 20 de octubre de 2008, R. 672/2007; 3 de noviembre de 2008, R. 2637/2007 y 3883/07; 12 de noviembre de 2008, R. 2470/2007; y 18 y 19 de febrero de 2009, R. 3014/2007 y 1138/2008), 4 de octubre

de 2011, R. 3629/2010, 28 de diciembre de 2011, R. 676/2011, 18 de enero de 2012, R. 1622/2011 y 24 de enero de 2012, R. 2094/2011.

La sentencia recurrida, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27-5-2013 (rec. 1107/2013), desestima el recurso de suplicación interpuesto por la demandada, INSTITUTO DE LA CINEMATOGRAFÍA Y DE LAS ARTES AUDIOVISUALES (ICAA), y confirma la sentencia de instancia, que estimó la demanda de la actora y declaró nulo su despido.

La actora venía prestando servicios en el ICAA, en virtud de un contrato administrativo de menor cuantía desde el 4-4-2007 hasta el 30-12-2007, y así sucesivamente, hasta el día 2-1-2012. Presentó reclamación de declaración de relación laboral indefinida en fecha 24-3-2011; en fecha 16-5-2011 presentó demanda ante los Juzgados de lo Social con idéntica pretensión, que fue estimada por sentencia del Juzgado de lo Social de febrero de 2012, resolución que ha adquirido firmeza. Consta también que interpuso denuncia ante la Inspección de Trabajo, junto con otras trabajadoras, la cual emite informe sobre la prestación de servicios de la actora y diez compañeras más del mismo centro de trabajo y actas de liquidación en relación con 20 trabajadores, incluida la actora. En mayo de 2011 a la actora se le cambia de puesto físico de trabajo, y las funciones que desarrollaba las desempeña un funcionario nombrado para esas funciones dependiente de la Secretaria General; el lugar de trabajo se situó en un lugar de paso o pasillo; se dio la orden de reubicar al personal denominado externo de los funcionarios. Y en fecha 2-1-2012 se le comunica a la actora que ya no puede seguir desempeñando las funciones administrativas, y que debe abandonar el puesto. La imposibilidad de seguir prestando servicios se ha producido para todos los trabajadores que están incluidos en el Informe de la Inspección y coincidiendo con la terminación del contrato administrativo.

FALLO:

Entiende que en el caso de autos los indicios aportados han consistido en las reclamaciones que tanto la actora como las otras compañeras de trabajo formularon, no solo ante la Inspección de Trabajo, sino también ante los Juzgados de lo Social, para el reconocimiento del carácter laboral de la relación, a las que siguieron en el tiempo los ceses de todos los trabajadores afectados por las actuaciones inspectoras, entre ellos, la demandante. Frente a ello opone la recurrente que su actuación se debió solo al propósito de poner fin a la situación irregular en que se encontraba la actora, así como la de aquellas otras trabajadoras en su misma situación, como lo prueba, a su juicio, que todas ellas fuesen cesadas, y que la demandada no haya vuelto a contratar ese mismo servicio. Estos dos últimos extremos han sido descartados en la sentencia de instancia, que ha añadido otro factor indiciario de la vulneración denunciada, cual es, que tras la denuncia ante la Inspección, y la presentación de la demanda en reclamación de laboralidad, asimismo fueron cambiadas las funciones de la actora y el lugar de trabajo, que pasó a estar situado en un pasillo o lugar de paso. Y sobre dichos presupuestos fácticos no pueden estimarse desvirtuados los indicios aportados de contrario, ya que la extinción de los respectivos contratos solo afectó a quienes, como la actora, formularon previamente reclamaciones sobre el carácter laboral de sus respectivas relaciones, no existiendo en autos otros datos de los que poder inferir, conforme afirma la recurrente, que su actuación solo se debiese a un intento de poner coto al actuar irregular denunciado y apreciado por la Inspección de Trabajo, desvinculado de todo propósito atentatorio de derechos fundamentales.

El recurso de casación para unificación de doctrina se interpone por la empleadora y tiene por objeto determinar que la mera existencia de una reclamación judicial previa de existencia de relación laboral no es indicio suficiente para acreditar la vulneración de la garantía de indemnidad.

Se aporta como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26-3-2008 (rec. 714/2008). Dicha resolución desestima los recursos de suplicación interpuestos por ambas partes y confirma la sentencia de

instancia, que estimó la demanda de los actores y declaró la improcedencia de los despidos de que habían sido objeto por parte de la empleadora INSTITUTO MADRILEÑO DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO RURAL, AGRARIO Y ALIMENTARIO (IMIDRA).

Los demandantes habían venido prestando servicios para el IMIDRA en virtud de contratos de obra o servicio determinado, desde el año 2002 -dos de los demandantes- y 2004 -otro de ellos-. El 28-2-2007 por el Juzgado de lo Social se dictó sentencia por la que se declaraba el derecho de uno de los actores a que se le reconociera trabajador por tiempo indefinido del IMIDRA, sentencia que fue recurrida en suplicación por la demandada. En marzo de 2007 la demandada les comunicó a cada uno de los actores, mediante carta, que finalizaban los trabajos para la obra o servicio que figuraba en el contrato que se había suscrito con cada uno de ellos.

La Sala desestima el recurso del IMDRA, que alegaba no había existido despido, sino válida extinción del contrato por cumplimiento del plazo convenido, al considerar que habiendo sido declarada indefinida la relación laboral de una de las actoras, su cese sólo puede considerarse un despido improcedente; lo que también es predicable de los otros dos demandantes, dada su similar situación. En cuanto a la solicitud de los actores de ser declarado nulo el despido por haber lesionado la garantía de indemnidad, señala la Sala que los actores conocían que sus contratos iban a terminar el día 31-3-2007; partiendo de este dato, y aun siendo cierto que el hecho de haber presentado una reclamación previa y posterior demanda solicitando la condición de personal laboral indefinido puede constituir un indicio de represalia dada la proximidad temporal, no por ello comparte la tesis de la parte actora. En efecto, no se aprecia una relación de causalidad al haber acaecido la extinción en la fecha conocida por los trabajadores con carácter previo, pues los mismos, sabedores de tal circunstancia, fácilmente pueden organizar una estrategia procesal para tratar de obtener la declaración de nulidad, interponiendo cualquier demanda de forma previa al conocido término contractual. Por ello, no puede colegirse que en casos como el presente que la extinción es una represalia a la previa reclamación que permita la entrada en juego de la doctrina sobre la garantía de indemnidad que debe reservarse para sancionar verdaderas conductas de represalia por el ejercicio de acciones, lo que no es el caso.

En consecuencia, de acuerdo con la doctrina antes indicada no puede apreciarse la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la que se cita como término de comparación al no concurrir las identidades que exige el artículo 219 de la Ley de la Jurisdicción Social. En efecto, las diferencias apreciadas en los hechos acreditados determinan los distintos pronunciamientos alcanzado en las dos resoluciones. Así, en la sentencia de contraste los trabajadores eran conocedores de la fecha de finalización de sus contratos, constando únicamente el dato de su reclamación previa y posterior demanda solicitando la indefinición de su relación, por lo que el Tribunal Superior estima que de tales circunstancias no puede colegirse sin más la violación del derecho fundamental que se denunciaba; mientras que en la sentencia recurrida, tras la denuncia ante la Inspección de Trabajo, y la presentación de la reclamación previa y de la demanda en reclamación de laboralidad, asimismo fueron cambiadas las funciones de la actora y el lugar de trabajo, que pasó a estar situado en un pasillo o lugar de paso, por lo que la Sala de suplicación considera que no han sido desvirtuados los indicios aportados de contrario, ya que, además, la extinción de los respectivos contratos solo afectó a quienes, como la actora, formularon previamente reclamaciones sobre el carácter laboral de sus respectivas relaciones, no existiendo en autos otros datos de los que poder inferir que la actuación de la empleadora sólo se debiese a un intento de poner fin al actuar irregular apreciado por la Inspección de Trabajo, desvinculado de todo propósito atentatorio de derechos fundamentales.

SEGUNDO.- Las precedentes consideraciones no quedan desvirtuadas en modo alguno por lo que la parte esgrime en su escrito de alegaciones de 5 diciembre de 2013, en el que discrepa de lo razonado por esta Sala en su providencia de 21 de noviembre de 2013, indicando la necesidad de admisión para entrar a resolver el fondo del asunto e insistiendo en la existencia de contradicción, pero sin aportar elementos novedosos y relevantes al respecto, ni argumentos jurídicos que desvirtúen el contenido de aquélla.

TERCERO.- De conformidad con lo establecido en los artículos 219 y 225 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y con el informe del Ministerio Fiscal procede inadmitir el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, con imposición de costas a la parte recurrente.

LA SALA ACUERDA: Declarar la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación del INSTITUTO DE LA CINEMATOGRAFÍA Y DE LAS ARTES AUDIOVISUALES contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de 27 de mayo de 2013 de fecha 27 de mayo de 2013, en el recurso de suplicación número 1107/2013, interpuesto por INSTITUTO DE LA CINEMATOGRAFÍA Y DE LAS ARTES AUDIOVISUALES, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 26 de los de Madrid de fecha 23 de julio de 2012 , en el procedimiento nº 216/2012 seguido a instancia de Dª Marí Jose contra INSTITUTO DE AL CINEMATOGRAFÍA Y DE LAS ARTES AUDIOVISUALES, sobre despido.

Se declara la firmeza de la sentencia recurrida, con imposición de costas a la parte recurrente.

Contra este auto no cabe recurso alguno.

Devuélvanse los autos de instancia y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de procedencia con certificación de esta resolución y comunicación.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos.

14-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE OCTUBRE DE 2014

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Social Nº 29 de los de Barcelona se dictó sentencia en fecha 18 de junio de 2012 , en el procedimiento nº 291/2012 seguido a

instancia de D. Melchor contra TRANSPORT SANITARI DE CATALUNYA, sobre despido, que desestimaba la pretensión formulada.

SEGUNDO.- Dicha resolución fue recurrida en suplicación por la parte demandante, siendo dictada sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en fecha 14 de marzo de 2013 , que desestimaba el recurso interpuesto y, en consecuencia confirmaba la sentencia impugnada.

TERCERO.- Por escrito de fecha 26 de julio de 2013, se formalizó por el letrado D. Javier Escolano Rubio en nombre y representación de D. Melchor, recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social antes citada.

CUARTO.- Esta Sala, por providencia de 24 de junio de 2014, acordó abrir el trámite de inadmisión por falta de contradicción. A tal fin se requirió a la parte recurrente para que en plazo de cinco días hiciera alegaciones, lo que no efectuó. El Ministerio Fiscal emitió el preceptivo informe en el sentido de estimar procedente la inadmisión del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo.

Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" (sentencias, entre otras, de 7 de abril y 4 de mayo de 2005, R. 430/2004 y R. 2082/2004; 25 de julio de 2007, R. 2704/2006; 4 y 10 de octubre de 2007, R. 586/2006 y 312/2007, 16 de noviembre de 2007, R. 4993/2006; 8 de febrero y 10 de junio de 2008, R. 2703/2006 y 2506/2007), 24 de junio de 2011, R. 3460/2010 , 6 de octubre de 2011, R. 4307/2010, 27 de diciembre de 2011, R. 4328/2010 y 30 de enero de 2012, R. 4753/2010.

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (sentencias de 28 de mayo de 2008, R. 814/2007 ; 3 de junio de 2008, R. 595/2007 y 2532/2006 ; 18 de julio de 2008, R. 437/2007 ; 15 y 22 de septiembre de 2008 , R. 1126/2007 y 2613/2007 ; 2 de octubre de 2008, R. 483/2007 y 4351/2007 ; 20 de octubre de 2008, R. 672/2007; 3 de noviembre de 2008, R. 2637/2007 y 3883/07 ; 12 de noviembre de 2008, R. 2470/2007 ; y 18 y 19 de febrero de 2009 , R.3014/2007 y 1138/2008), 4 de octubre de 2011, R. 3629/2010 , 28 de diciembre de 2011, R. 676/2011 , 18 de enero de 2012, R. 1622/2011 y 24 de enero de 2012, R. 2094/2011.

La sentencia recurrida, del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 14-3-2013 (rec. 7686/2012), con auto que desestima la aclaración solicitada por el actor, desestima el recurso de suplicación interpuesto por el actor y confirma la sentencia de instancia, que confirma la decisión extintiva por causas objetivas, que declara procedente.

Consta, entre otros, que en julio año 2011 la empresa presentó un expediente de regulación de empleo, autorizado por la Administración de Trabajo el 8-9-2011, que afectó a la extinción de dieciocho contratos de trabajo entre ellos el actor. Posteriormente, en noviembre de 2011, se presentó a otro expediente de solicitud de suspensión de contratos de 18 trabajadores, ocho del centro de trabajo del actor, entre ellos él mismo; durante el periodo de negociación la empresa indicó que de continuar las mismas condiciones a los trabajadores afectados se les extinguiría el contrato al término de la suspensión; se alcanzó acuerdo el 22-11- 2011, homologado por la Autoridad Laboral. El 6-2-2012 la empresa comunicó el actor su despido por causas objetivas. El 22-12-2011 el actor constituyó en la empresa la sección sindical del sindicato CGT en el centro de trabajo. El 24-1-2012 el actor presentó denuncia ante la Inspección de Trabajo alegando que se estaba superando la jornada anual de convenio y el uso fraudulento y excesivo de las horas de presencia. La parte actora no ha ostentado en el último año la condición de representante de los trabajadores.

La Sala desestima el motivo destinado a la nulidad de actuaciones. En cuanto al fondo, desestima, en primer término, el motivo relativo a la posible violación de la garantía de indemnidad, considerando no existen indicios que permitan concluir que la actuación empresarial en relación con la inclusión del recurrente en los expedientes de regulación de empleo -de suspensión de contratos y de extinción de los mismos- guarden la más mínima relación con la condición de afiliado del actor al sindicato CGT y la actividad desplegada por dicho sindicato en el trámite de los expedientes de regulación de empleo, pues queda acreditado que el demandante, junto con otros trabajadores de distinta afiliación, había sido incluido en la lista de afectados del primer expediente de suspensión de contratos, tras el acuerdo con el comité de empresa, antes de que la demandada tuviera conocimiento de su afiliación sindical por lo que su inclusión no obedece a razones o motivos distintos de los que resultan de aplicación al resto de los trabajadores afectados. A lo que se añade que la sentencia de instancia claramente ha puesto de manifiesto que la sección sindical del sindicato CGT se puso en marcha por el actor y otros trabajadores, asimismo afectados por el expediente de regulación de suspensión de contratos, una vez conocida su inclusión en éste a fin de

salvaguardar los derechos que podían derivarse de su condición sindical ante una eventual extinción de los contratos de trabajo que habría de producirse de no variar las circunstancias instauradas por la empresa, no acreditándose, en consecuencia, indicio alguno de vulneración del derecho fundamental de libertad sindical del recurrente. La Sala desestima igualmente el resto de motivos, considerando que concurrían las causas alegadas y que el empresario no estaba obligado a destinar al trabajador a otro puesto vacante.

El recurso de casación para unificación de doctrina se interpone por el trabajador, denunciándose la infracción de la garantía de indemnidad, así como también, con apoyo en el art. 5 LOPJ, lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del actor.

Se aporta como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 13-1-2012 (rec. 2446/2011). Dicha resolución estima el recurso de suplicación interpuesto por la actora y, revocando la sentencia de instancia, declara la nulidad de su despido con condena de todas las empresas demandadas.

En este caso consta que la trabajadora se presentó a las elecciones sindicales, y accionó contra el traslado acordado por la empresa contra su empleadora, siendo posteriormente despedida, readmitida y nuevamente despedida. Así, la secuencia de los hechos viene a ser como sigue: demanda, sentencia declarando la nulidad del traslado, despido a los dos meses, reconocido improcedente por defectos formales y nuevo despido por causas económicas, el ahora impugnado. Considera la Sala que en el presente caso la trabajadora demandante ha aportado al proceso judicial un principio de prueba suficiente de la existencia de indicios, de los que de un modo razonable surge la fundada sospecha de que la conducta empresarial obedece a una represalia derivada del ejercicio por el trabajador de su derecho a la tutela judicial efectiva.

Debe apreciarse falta de contradicción entre las sentencias comparadas, toda vez que los hechos acreditados son muy distintos, lo que justifica los distintos pronunciamientos alcanzados por las dos resoluciones y obsta a la contradicción. Así, en el supuesto de la sentencia recurrida el demandante, junto con otros trabajadores de distinta afiliación, había ya sido incluido en la lista de afectados del primer expediente de suspensión de contratos antes de que la empresa demandada tuviera conocimiento de su afiliación sindical, a lo que se añade que la sección sindical del sindicato CGT se puso en marcha por el actor y otros trabajadores, asimismo afectados por el expediente de regulación de suspensión de contratos, una vez conocida su inclusión en éste y a fin de salvaguardar los derechos que podían derivarse de su condición sindical ante una eventual extinción de los contratos de trabajo que habría de producirse de no variar las circunstancias instauradas por la empresa. Nada similar se da en la sentencia de contraste, en la que la trabajadora, además de que se presentó a las elecciones sindicales, accionó contra el traslado acordado por la empresa contra su empleadora, que fue declarado nulo; siendo posteriormente despedida, y readmitida tras reconocer la empresa su improcedencia por motivos formales; y de nuevo despedida por causas económicas.

En todo caso, es criterio reiterado de esta Sala que no es materia propia del recurso extraordinario de casación para la unificación de doctrina la valoración casuística de circunstancias individualizadas y variables en cada supuesto, ni es función de este recurso controlar las valoraciones empíricas que sobre situaciones de hecho distintas pueden haber efectuado las sentencias que se comparan (auto de 2 de febrero de 2010, rcud. 2723/2009 y los que en él se citan).

Y por lo que hace a la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, dicha vulneración del art. 24 C.E. no puede apreciarse en este caso, por cuanto que el conocimiento sobre el fondo del asunto por los órganos jurisdiccionales exige, como condicionante el cumplimiento de los presupuestos procesales establecidos en la ley, entre los que adquiere singular relevancia en este especial recurso de casación, el de

la concurrencia del requisito de la contradicción entre sentencias a que se refiere el art. 219 de la LRJS.

SEGUNDO.- De conformidad con lo establecido en los artículos 219 y 225 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y con lo informado por el Ministerio Fiscal, sin que conste escrito de alegaciones de la parte en contestación a la providencia de esta Sala de 24 de junio de 2014, procede declarar la inadmisión del recurso, sin imposición de costas por tener la parte recurrente reconocido el beneficio de asistencia jurídica gratuita.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Declarar la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Javier Escolano Rubio, en nombre y representación de D. Melchor , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 14 de marzo de 2013, en el recurso de suplicación número 7686/2012 , interpuesto por D. Melchor, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 29 de los de Barcelona de fecha 18 de junio de 2012 , en el procedimiento nº 291/2012 seguido a instancia de D. Melchor contra TRANSPORT SANITARI DE CATALUNYA, sobre despido.

Se declara la firmeza de la sentencia recurrida, sin imposición de costas a la parte recurrente.

Contra este auto no cabe recurso alguno.

Devuélvanse los autos de instancia y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de procedencia con certificación de esta resolución y comunicación.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos.

**15-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE SEPTIEMBRE
DE 2004**

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- La sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de Murcia, contenía como hechos probados: "Primero.- El actor, D. Jon, mayor de edad, con D.N.I. núm. NUM000, que el 18-12-92 suscribió con las empresas codemandadas sendos contratos, uno de carácter laboral y otro mercantil, los cuales, junto con sus prórrogas y anexos, se dan aquí por reproducidos en aras a la brevedad, ha venido prestando para dichas empresas los siguientes servicios: captación de agentes de seguros, seguimiento, formación y asesoramiento de los mismos y coordinación del grupo de agentes a él asignados. Dichas tareas las realizaba siguiendo los objetivos marcados por las empresas, en horario desde las 9'00 hasta las 14'00 horas y desde las 16'00 hasta las 19'00 horas prestadas de lunes a viernes, utilizando para ello las instalaciones y medios materiales de las mismas.- Segundo.- No consta que el actor haya realizado por sí mismo pólizas de seguro, ni que haya causado alta en el R.E.T.A., ni en el I. A. E.- Tercero.- Por resolución del I.N.S.S. de fecha 05-07-00 fue declarado el actor en situación de incapacidad permanente en el grado de total para la profesión habitual de agente de seguros, con efectos económicos desde 09-05-00.- Cuarto.- En fecha 12-06-01, el actor presentó denuncia ante la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Murcia, en la que solicitaba que se declarase que la relación que había mantenido con las empresas ahora demandadas era exclusivamente de carácter laboral; resolviendo la Inspección el 30-01-02 que el denunciante debía de acudir a los órganos de la jurisdicción social para obtener tal declaración.- Quinto.- En fecha 14- 05-02, el actor presentó papeleta de conciliación ante el S.M.A.C., celebrándose el correspondiente acto conciliatorio el 27-05-02, que finalizó con el resultado de sin avenencia. La demanda origen de las presentes actuaciones fue presentada en el Juzgado de 10 Social-Decanato el 29-05-02". El Fallo de la misma sentencia es el siguiente:

"Que estimando la excepción de prescripción de la acción alegada por las codemandadas empresas "NATIONALE-NEDERLANDEN VIDA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS", SOCIEDAD ANÓNIMA ESPAÑOLA" Y "NATIONALE- NEDERLANDEN GENERALES COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, SOCIEDAD ANÓNIMA ESPAÑOLA", frente a la demanda planteada en su contra y contra la empresa NATIONALE-NEDERLANDEN INVERSIONES AGENCIA DE VALORES, SOCIEDAD ANÓNIMA" por D. Jon, y sin resolver sobre el fondo del asunto, debo absolver y absuelvo en la instancia a todos los codemandados de los pedimentos del actor."

SEGUNDO.- La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia ha mantenido íntegramente el relato de los hechos probados de la sentencia de instancia. El tenor literal de la parte dispositiva de la sentencia de suplicación es el siguiente: "En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Social de este Tribunal, por la Autoridad que le confiere la Constitución, ha decidido: Decretar de oficio la nulidad de la Sentencia recaída en estos autos el día 13 de septiembre de 2002. Y reponer las actuaciones al momento inmediatamente posterior al de celebración del acto de juicio para que por el Magistrado se dicte una nueva, resolviendo sobre el resto de cuestiones planteadas con la más absoluta libertad de criterio, para lo que podrá hacer previo uso, si lo estima necesario, de diligencias para mejor proveer.".

TERCERO.- La parte recurrente considera como contradictoria con la sentencia impugnada la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de fecha 28 de octubre de 1.998, en el recurso de suplicación 562/1997; habiendo sido aportada la oportuna certificación de la misma.

CUARTO.- El escrito de formalización del presente recurso lleva fecha de entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo en fecha 23 de enero de 2003. En él se alega como motivo de casación, la infracción del artículo 59.1 del estatuto de

los Trabajadores en relación con el artículo 1.973 del Código Civil y con el artículo 65.1 de la Ley de Procedimiento Laboral.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala dictada el 27 de febrero de 2004, se admitió a trámite el recurso dándose traslado de la interposición del mismo a la parte recurrida personada, por el plazo de diez días, presentándose escrito por la misma alegando lo que consideró oportuno.

SEXTO.- Trasladas las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, dictaminó en el sentido de considerar procedente el recurso. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose día para la votación y fallo que ha tenido lugar el 20 de septiembre de 2004.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- El artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral exige, para la viabilidad del recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que exista una contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra resolución judicial que ha de ser una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. La contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones substancialmente iguales". Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos substancialmente iguales (sentencias de 27 y 28 de enero de

1.992, 18 de julio, 14 de octubre, 17 de diciembre de 1.997, 23 de septiembre de 1.998, 17 de mayo y 22 de junio de 2000 y 20 de enero de 2004).

2.- La sentencia que se impugna declaró la nulidad de la sentencia de instancia, que había apreciado la prescripción de la acción ejercitada por el demandante con la doble finalidad de que la relación mantenida con las entidades codemandadas fuera calificada como una única relación laboral, y de que fuera considerado salario las comisiones percibidas por el desempeño de la actividad, reenviando los autos al Juzgado de lo Social a fin de que conociera de la pretensión de fondo. El actor había suscrito con las sociedades demandadas sendos contratos, laboral y mercantil, con objeto de llevar a cabo labores de captación de agentes de seguros, seguimiento, formación, asesoramiento y coordinación de los mismos. En el ejercicio de esta actividad seguía los objetivos marcados por las empresas durante el horario indicado. No consta que el demandante realizase por sí mismo pólizas de seguro, ni consta alta en el RETA ni en el IAE. La resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 5 de julio de 2000, declaró al actor en incapacidad permanente total (IPT) para la profesión habitual de agente de seguros, con efectos económicos de 9 de mayo anterior.

El actor presentó denuncia ante la Inspección de Trabajo el 12 de junio de 2001, con el fin de que se declarase que la relación mantenida con las empresas codemandadas era laboral, indicando la Inspección, en fecha 30 de enero de 2002, que esta declaración había de llevarse a cabo por la jurisdicción social. El 14 de mayo de 2002 el demandante presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, celebrándose el referido acto sin avenencia el 27 de mayo, y formulándose demanda el 29 de mayo siguiente. La sentencia de instancia apreció, como antes se ha dicho, la excepción de prescripción de la acción, tomando como fecha determinante de la extinción de la relación laboral la de 9 de mayo de 2000, fecha de dictamen del EVI, a la que se retrotrajeron los efectos económicos de la IPT, y no la fecha de la resolución del INSS, de 5 de julio posterior.

La cuestión central objeto de controversia en el presente recurso consiste, en definitiva, en determinar el dies a quo del plazo de un año de prescripción de la acción ejercitada por el demandante, es decir, y en concreto, si el mismo coincide con el dictamen del EVI o ha de fijarse en la fecha de la resolución del INSS declarando al actor en situación de IPT, así como sobre la cuestión de si la denuncia realizada ante la Inspección de Trabajo tiene efectos interruptivos.

3.- La sentencia seleccionada y aportada como "contraria" es la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 28 de octubre de 1998, que versa sobre una reclamación salarial. La actora prestó servicios para la demandada desde julio de 1991, siendo despedida el 8 de marzo de 1996; despido que fue declarado procedente por sentencia de 17 de junio siguiente, confirmada por la Sala de Suplicación en sentencia de 17 de octubre del citado año. En febrero de 1996 la actora había presentado denuncia ante la Inspección de Trabajo por impago de salarios y falta de cotización, lo que dio lugar al levantamiento de un acta de liquidación por las diferencias existentes entre lo cobrado y el salario de convenio desde enero de 1992. En el momento del cese se adeudaban a la actora el salario del mes de febrero y de los ocho días del mes de marzo de 1996. La papeleta de conciliación se presentó el 30 de octubre de 1996. La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda sobre reclamación de cantidad, siendo recurrida por la empresa condenada, que, en síntesis, sostenía la ausencia de efecto de la denuncia ante la Inspección sobre el cómputo del plazo de prescripción de los salarios objeto de reclamación.

4.- A la vista de lo antes expuesto no cabe apreciar la existencia de la contradicción que se denuncia, pues: a) Son distintas las pretensiones en cada caso actuadas, así como son diferentes los términos de la controversia sobre la cuestión material de fondo, que en un caso consistía en una reclamación salarial, mientras que en el otro versaba sobre el carácter de la relación existente entre las partes en litigio y la consiguiente naturaleza de las percepciones devengadas en concepto de comisión. b) A partir de esta disonancia, tampoco son coincidentes los términos en que habría de operar

el instituto de la prescripción, conforme a la naturaleza y finalidad del mismo, dirigido a la garantía de la seguridad jurídica; y ello, fundamentalmente, porque para que la prescripción opere en relación con una reclamación salarial es preciso que la misma se dirija en momento hábil frente al deudor, lo que en absoluto ocurre cuando la actuación inspectora actúa únicamente sobre la obligación pública de cotizar, dando lugar, como en el supuesto de la sentencia de contraste, al levantamiento de un acta de liquidación. Consecuentemente parece claro que cualquier consideración que se verifique en relación con los efectos de la prescripción sobre una controversia de tal naturaleza, en absoluto pueden ser aplicados, sin matices, sobre una pretensión distinta, cual la instrumentada en el supuesto sobre el que versa la sentencia ahora impugnada. c) Además, en el caso ahora debatido, la prescripción pendía de dos variables, la interrupción del plazo y la fijación del dies a quo cuando la extinción del contrato se opera como consecuencia de la declaración de una incapacidad permanente, lo que en absoluto concurre en el supuesto de la sentencia de contraste, en el que la cuestión litigiosa versaba sobre reclamación salarial.

SEGUNDO.- En virtud de lo expuesto, resulta evidente que el recurso carece del presupuesto básico exigido por el artículo 117 LPL, lo que constituía, ya inicialmente, una causa de inadmisión del recurso interpuesto (art. 223.2 LPL) que, en este momento procesal de dictar sentencia, deviene en causa para su desestimación. Y así debe acordarlo esta Sala. Sin costas (Art. 233.1 LPL).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación para la UNIFICACION DE DOCTRINA, interpuesto por el Procurador D^a Rocío Sampere Meneses, en nombre y representación de NATIONALE NEDERLANDEN VIDA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y

REASEGUROS, S.A.E." y "NATIONALE NEDERLANDEN GENERALES COMPAÑIA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.E.", contra la sentencia dictada en fecha 10 de diciembre de 2.002 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en el recurso de Suplicación núm. 1258/2002, interpuesto por D. Jon contra la sentencia dictada en 13 de septiembre de 2002 por el Juzgado de lo Social nº 6 de Murcia en los autos núm. 466/2002 seguidos a instancia de D. Jon , sobre RESOLUCIÓN DE CONTRATO. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

XLIV. BIBLIOGRAFIA

- ALBERTO DONNA EDGARDO. Derecho Penal Parte Especial. Rubinzal-Culzoni Editores. 2001.

- ANTÓN ONECA J., “Historia del Código penal de 1822”, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 18, Fasc/Mes 2, 1965, páginas. 263-278.

- BARÓN DUQUE M., MUNDUATE JACA L., BLANCO BAREA M.J., “La espiral del Mobbing”. Papeles del Psicólogo, 2003. N.º 84, páginas. 55-61.

- BAYLOS, A., Derecho del Trabajo: modelo para armar, Trotta, Madrid, 1991.

- BAYLOS, A., Derecho del Trabajo: modelo para armar, Trotta, Madrid, 1991.

- CABANA FARALDO. Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en derecho penal. Tirant lo Blanch. 2008.

- CARDOSO DOS SANTOS MEIREMAR. Tesis Doctoral. Estudio comparativo sobre el hostigamiento psicológico o mobbing en personal de enfermería de Brasil y España. Universitat de les Illes Balears. Departament de Psicologia. 2012.

- CARRETERO DOMÍNGUEZ NOELIA. Tesis Doctoral “Validación empírica de un modelo psicosocial del acoso psicológico en el trabajo (Mobbing)”. Departament de psicologia social. Facultat de Psicologia. Universitat de Valencia. Servei de Publicacions. 2011.

- CASAS BAAMONDE, M. E., «La mayor representatividad sindical, y su moderación, en la jurisprudencia constitucional española. Algunas claves para su comprensión», Relaciones Laborales, tomo II-1988, pág. 345.

- CRUZ VILLALÓN, J., «La representatividad sindical y empresarial en las relaciones laborales y en el sistema político español», Relaciones Laborales, tomo I-2005, pág. 151.

- ESTÉVEZ ROMÁN MARGARITA. Tesis Doctoral. “La convivencia escolar en los centros educativos. Diseño de un programa de intervención a partir del sistema preventivo de Don Bosco”. Universidad de Sevilla. Facultad de Ciencias de la Educación. Departamento de Métodos de Investigación y Diagnóstico en Educación. 2012. Páginas. 14-15.

- FALGUERA BARÓ, M. y SENRA BIEDMA, R., «Marco jurídico competencial de las representaciones sindicales y unitarias: Análisis crítico de la situación actual y propuestas modificativas», Relaciones Laborales, tomo II-1996, pág. 184

- FFARRONI, Raúl Eugenio; Derecho Penal, Parte General, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina, 2002.

- FONTÁN CARUSO. Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual. Tirant lo Blanch. 2006.

- GARCÍA CAVERO P. “Acerca de la Función de la Pena”. Revista Jurídica on line. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Guayaquil. <http://www.revistajuridicaonline.com>. 11,00 horas 06/04/2014.

- GARCÍA MURCIA, J., «La actividad sindical y los criterios de representatividad (y II)», Relaciones Laborales, tomo II-1987, pág. 181.

- GARCÍA ORZA JAVIER. “Un modelo cognitivo de las interacciones matón-víctima”.

- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ VÍCTOR MANUEL y otros. El mobbing. Aspectos conceptuales y cuestiones prácticas para el médico de familia sobre las conductas de acoso psicológico en el trabajo. International Marketing & Communications, S.A. 2004.

- GONZÁLEZ TRIJUEQUE D. Y DELGADO MARINA S. “El acoso psicológico en el lugar de trabajo antecedentes organizacionales.”. Boletín de Psicología, No. 93, Julio 2008, páginas.7-20.

- GUEVARA RAMÍREZ L. “Aproximación al estudio de la violencia psicológica en el trabajo”. Criterio jurídico garantista. Año 2 – N.º 2 - Enero-Junio de 2010.

- KAHALE CARRILLO DJAMIL TONY. “Diferencias entre acoso laboral y las tensiones ordinarias en el entorno de trabajo.”. www.acosolaboral.org.uy. 22, 33 horas. 15/11/2013.

- LEYMANN, H. GUSTAFSON, A.; Mobbing at work and the development of posttraumatic stress disorders. Rev. European Journal of Work and Organizational Psychology, núm. 2. 1996.

- LEYMANN, H.; Mobbing: la persécution au travail. Seuil. Paris 1996.

- LEYMANN, H.; The content and development of mobbing at work. Rev. European Journal of Work and Organizational Psychology, núm. 2. 1996.

- LÓPEZ FERNÁNDEZ J.A., SANTAMARÍA M., “Diagnósticos para el acoso laboral”. 2003. www.cop.es/colegiados/T-00921/jal.htm. 13,20 horas.12/11/2013. 96

- LORENZ K; Los Ocho pecados mortales de la humanidad civilizada. Plaza Janes Editores S.A. Julio 1984.

- LOUSADA AROCHENA JOSÉ FERNANDO. El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación en el derecho del trabajo y de la seguridad social. Tirant lo Blanch. 2014.

- LUZON CUESTA JOSE MÁRÍA. Compendio de Derecho Penal. Parte General y Parte Especial. Dykinson S.L. Mayo 2016.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Enfoque Estratégico en los Conflictos Interpersonales en el Medio Laboral”. <http://www.preventionworld.com/es/informacion-tecnica/articulos/enfoque-estrategic>. 23,50 horas. 14/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf. 00,36 horas. 15/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf. 00,36 horas. 15/11/2013.

- MARTÍNEZ EMPERADOR, R, Estabilidad en el empleo y contratación temporal, MTSS, Madrid, 1983.

- MARTÍNEZ EMPERADOR, R, Estabilidad en el empleo y contratación temporal, MTSS, Madrid, 1983.

- MAYORAL BLASCO SUSANA Y ESPLUGA TRENC JOSEP. “Mobbing: ¿un problema de perfiles psicológicos o un problema de organización del trabajo? Dos estudios de caso”. Cuadernos de Relaciones Laborales. Vol. 28, Núm. 2 (2010), Páginas. 233-255.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “El mobbing y la teoría de la acción de Pierre Bourdieu”. Revista Internacional de Sociología (RIS). Vol. 68, n.º 2, mayo-agosto 2010. Páginas. 375-398.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: modelos explicativos y acción sindical”. Papers, 2010, 95/1, Páginas. 29-46.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: principales debates teóricos e implicaciones prácticas en el ámbito laboral español”. Acciones e Investigaciones Sociales, 26 (julio 2008), páginas. 91-125.

- MELLA, J.L., SEMPERE, J. M. y ROMERO, J. M. (2004). Factores de Riesgo del Acoso Social en el Trabajo (Mobbing): Un estudio de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales de la Comunidad Valenciana. Trabajo presentado al Tercer Congreso Internacional de Prevención de Riesgos Laborales. Santiago de Compostela.

- MESEGUER DE PEDRO MARIANO. Tesis Doctoral. “El acoso psicológico en el trabajo (mobbing) y su relación con los factores de riesgo psicosocial en una empresa hortofrutícola”. Universidad de Murcia. Departamento de Psiquiatría y psicología social. Páginas. 145 y ss.

- MIR PUIG CARLOS. El mobbing y los cuerpos y fuerzas de seguridad. 10.05.2006. Mobbing-OPINION.com. Estudios jurídicos.

- MOLINA NAVARRETE C. La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: de las normas a las prácticas forenses. Bomarzo. Albacete 2007.

- MOLINA NAVARRETE C. Manual de derecho del Trabajo. Comares. 2008.

- MOLINA NAVARRETE CRISTÓBAL. "El "acoso" ¿riesgo laboral a prevenir en las empresas o delito a punir por el Estado?". Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral, 2010; (234), páginas. 9-20.

- MOLINA NAVARRETE CRISTOBAL. El Mobbing en las administraciones públicas Aranzadi. 2008.

- MUÑOZ CONDE FRANCISCO. Derecho Penal Parte General. 2015. Tirant lo Blanch.

- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes, Derecho Penal, Parte General, Editorial Tirant Lo Blanch, 2 Edición, Valencia, 1996.

- OJEDA AVILÉS, A., y GORELLI HERNÁNDEZ, J., Los contratos de trabajo temporales, Iustel, Madrid, 2006.

- OJEDA AVILÉS, A., y GORELLI HERNÁNDEZ, J., Los contratos de trabajo temporales, Iustel, Madrid, 2006.

- ONTAN BALESTRA, Carlos; Derecho Penal, Introducción y Parte General, Actualizado por Guillermo A.C. Ledesma, editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998.

- PARÉS SOLIVA M. (Visión de los afectados: la intervención con afectados por A.M.T., en II reunión anual de la sociedad española de medicina pericial).

- PEÑA CABRERA, Raúl, Tratado De Derecho Penal, “Estudio programático de la parte general”. 2º Edición Lima- Perú. Editorial Jurídica Grijley E. I. R. L. 1995.

- PÉREZ MACHIO ANA I., “Concreción del concepto jurídico de mobbing, bien jurídico lesionado y su tutela jurídico-penal”. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2004, número. 06-06.

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

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. La dimisión interior: del síndrome posvacacional a los riesgos psicosociales en el trabajo. Ed. Pirámide. Madrid, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mi jefe es un psicópata: por qué la gente normal se vuelve perversa al alcanzar el poder. Ed. Alienta. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing escolar: Violencia y acoso psicológico contra los niños. Ed CEAC. Barcelona, 2007.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing, el estado de la cuestión. Todo lo que usted siempre quiso saber sobre el acoso psicológico y nadie le explicó. Ed. Gestión 2000. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Punto de Lectura. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Sal Terrae. Santander, 2001.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: manual de autoayuda. Ed. Aguilar. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Neomanagement: jefes tóxicos y sus víctimas. Ed. Aguilar. Madrid, 2004.

- POMARES CINTAS E. El derecho penal ante el acoso en el trabajo: El proyecto de reforma penal de 2009.

- POMARES CINTAS E. El nuevo delito de acoso moral laboral como modalidad de trato degradante. Laboratorio Observatorio de Riesgos psicosociales de Andalucía.

- PRADOS DE REYES, F. J., «Representación unitaria y representación sindical en la empresa. Evolución de sistemas», Relaciones Laborales, tomo I-1991, pág. 181.

- QUINTERO OLIVARES GONZALO. Medidas de prevención de la reincidencia en la violencia de genero. Tirant lo Blanch. 2014.

- QUINTERO OLIVARES GONZALO. Reforma Penal 2010: Análisis y comentarios. 2010. Aranzadi.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. y CRUZ VILLALÓN, J., «El sindicato en la empresa en la Ley Orgánica de Libertad Sindical», Relaciones Laborales, tomo I-1987, pág. 81.

- ROMAGNOLI, U., «Del derecho "del" trabajo al derecho "para" el trabajo», Revista de Derecho Social, número. 2, 1998.

- ROMAGNOLI, U., «Del derecho "del" trabajo al derecho "para" el trabajo», Revista de Derecho Social, número 2, 1998.

- SÁNCHEZ CABACO ANTONIO. Variables individuales (cognitivo-emocionales) y grupales en las nuevas patologías: el caso del mobbing o acoso psicológico en las organizaciones.

<http://www.funcionadministrativa.com/infor/Mobbing%203.pdf>. 23,45 horas,
27/11/2013.

- SANCHEZ GARRIDO J. A. “La consideración penal del mobbing”, Diario La Ley, N° 7612, Sección Tribuna, 15 Abril. 2011, Año XXXII, Ref. D-168, Editorial La Ley.

- SILVA SANCHEZ JESUS MARÍA. Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial. 2011. Ateclier.

- SUAY CELIA. “El acoso moral. Algunas consideraciones criminológicas y penales”. Incluido en el libro colectivo coordinado por Hernán Hormazábal (Universidad de Gerona), en recuerdo del Profesor Juan Bustos Ramírez. Editorial Trotta, abril de 2010.

- TERRADILLOS BASOCO JUAN. “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”. Revista Pena y Estado, n.º1, 1991. Ediciones P.P.U. Páginas. 9-22. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. Anales de psicología. 1997, vol. 13, n° 1, Páginas.51-56.

- VALDES DAL-RÉ, F., «Representación y representatividad sindicales en España», Relaciones Laborales, tomo II-1988, pág. 145.

TALENTUM EST TANTUM PARS SUCCESSU RELIQUUM EST OPUS
ET SACRIFICIUM