

pertinente genera automáticamente la nulidad de las actuaciones, ya que la declaración de nulidad sólo resulta procedente cuando la indebida inadmisión de la prueba en cuestión haya provocado indefensión a la parte que la propone. Pero es que, a mayor abundamiento, la Sala de lo Social concluye en la escasa relevancia de la prueba fonográfica insistentemente propuesta por el actor para la resolución del fondo del asunto. En este orden de cosas, podría pensarse que habría bastado este último argumento para ahorrarse las anteriores disquisiciones, pero no podemos dejar de compartir la intención del órgano jurisdiccional de dar cumplida respuesta al motivo de suplicación invocado por el recurrente, tal y como exige el principio de tutela judicial efectiva y proscripción de indefensión previsto en el artículo 24.1 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836), so pena de incurrir en caso contrario en la denominada incongruencia omisiva. Y ello es así no sólo por pura congruencia con la legítima pretensión revocatoria del recurrente (independientemente de su prosperabilidad o no) y el correlativo derecho a obtener una respuesta expresa sobre los argumentos esgrimidos (licitud de la prueba y su adecuación a la Carta magna), sino también para contribuir al enriquecimiento de la doctrina jurisprudencial con vistas a la producción de supuestos análogos. Lógicamente, los distintos estamentos de los diferentes órdenes jurisdiccionales resuelven controversias concretas cuando dictan sus resoluciones, siendo ésta lo que podemos considerar como función directa o inmediata, pero, al mismo tiempo cumplen una función mediata más amplia o general, no por ello menos importante y necesaria, cual es la interpretación y aplicación de la norma, lo que posibilita a los ciudadanos ir más allá del simple tenor literal del derecho positivo, no siempre meridiano, adecuado o suficiente para la infinita y compleja casuística que genera el día a día de las relaciones sociales.

§ 23

Elección del fuero competencial aplicable en los procesos sobre reintegro de prestaciones por desempleo en casos de contratación temporal fraudulenta

por ANA MARÍA CHOCRÓN GIRÁLDEZ. *Universidad de Sevilla*

Sentencia comentada:

🚩 Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla de 10 de noviembre de 2005 (AS 2006, 926)

La Ley 45/2002, de 12 de diciembre (RCL 2002, 2901), de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, introdujo en la LPL (RCL 1995, 1144, 1563) el artículo 145 bis dentro del Capítulo VI «De la Seguridad Social», y que faculta a la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo a dirigirse de oficio a la autoridad judicial cuando constate el cobro indebido de prestaciones por el trabajador a la finalización de una sucesión de contratos temporales demandando que el empresario sea declarado responsable del abono de las prestaciones, salvo de la prestación correspondiente al último contrato temporal, si la reiterada contratación temporal fue abusiva o fraudulenta, así como la condena al empresario a la devolución a la Entidad Gestora de aquellas prestaciones junto con las cotizaciones correspondientes.

Se trata, en definitiva, de una nueva modalidad procesal que con carácter potestativo permite entablar al INEM una acción judicial sobre materia confiada a su gestión, exigiendo el reintegro de las prestaciones que ha recibido un trabajador con responsabilidad exclusiva del empresario. Sin embargo este precepto presenta algunos extremos ciertamente controvertidos y que no encuentran el tratamiento adecuado en una única norma procesal, por lo que era previsible que los tribunales laborales fueran los que, con ocasión de un caso concreto sometido a su consideración, realizaran una interpretación de las diversas cuestiones que plantea el precepto.

Precisamente el supuesto que nos ocupa aborda uno de esos extremos confusamente regulados en el artículo 145 bis que se proyecta sobre la normativa aplicable en materia de competencia territorial.

1. CUESTIÓN LITIGIOSA

Por parte de una trabajadora y la empresa «Guarderías Jerezanas SL» se conciertan una serie de contratos temporales de forma escalonada intercalados con períodos en los que se perciben prestaciones por desempleo, lo que se erige en desencadenante de la demanda sobre cantidad que formula el INEM contra las codemandadas ante el Juzgado de lo Social núm. 1 de Cádiz, por lo que debe entenderse que presentando la demanda ante los juzgados de la capital se opta por el fuero del lugar donde se dictó la resolución que se impugna, esto es, la que reconoció el derecho a las prestaciones cuyo reintegro se pide y que ha sido dictada por un órgano administrativo que ejerce sus funciones en todo el territorio provincial, incluido consiguientemente la localidad donde tiene su domicilio la empresa demandada.

No obstante hay que recordar dos extremos: por un lado que tal fuero se prevé expresamente en el artículo 10.2 a) de la LPL (RCL 1995, 1144, 1563) para los supuestos en los que la demanda plantea una reclamación en materia de Seguridad Social, y por otro que el demandante ejerce una acción al amparo del artículo 145 bis LPL solicitando el reintegro de prestaciones de desempleo indebidamente pagadas a la finalización de sucesivos contratos temporales que se detallan en la sentencia.

Estimada la excepción de incompetencia territorial por el juzgador de instancia, se interpone recurso de suplicación por parte del INEM ante la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía/Sevilla, alegando infracción de los artículos 2 b), 10.2 a) y 145 bis de la LPL. La Sala declara que en el supuesto planteado resultan de aplicación las reglas generales de competencia territorial conforme al artículo art. 10.1 LPL, en lugar de las especiales o específicas del artículo 10.2 a) postuladas por el recurrente, al entender que «la acción ejercitada no es de Seguridad Social pues no se cuestiona una prestación del sistema», lo que obliga a desestimar el recurso confirmando la sentencia de instancia.

Del relato de los hechos se evidencia que en la sentencia comentada se suscita un tema de competencia territorial y concretamente del fuero aplicable toda vez que la LPL contempla unos fueros generales que constituyen la norma común, y unos fueros especiales que fijan la competencia territorial en relación a las distintas modalidades procesales laborales. Bajo estas premisas, la cuestión central deviene, pues, en la determinación de la naturaleza de las normas que regulan la acción entablada por el INEM exigiendo el reintegro de prestaciones por desempleo en supuestos de contratación temporal abusiva (art. 145 bis). Esto es, si puede encuadrarse en la

modalidad procesal en materia de Seguridad Social, en cuyo caso sería de aplicación el fuero específico del artículo 10.2 a) LPL previsto para esos casos, o por el contrario sostener como hace la Sala de suplicación en su resolución, que esta cuestión litigiosa queda fuera del ámbito de dicha modalidad procesal y en consecuencia debe propugnarse la aplicación de la regla general prevista en el número 1 del reiterado artículo 10 LPL.

2. ANÁLISIS DE LAS NORMAS PROCESALES INVOCADAS POR EL RECURRENTE EN EL RECURSO DE DUPLICACIÓN

Para el esclarecimiento de cuál debe ser la norma aplicable en materia de competencia territorial cuando se ejercita una acción al amparo del art. 145 bis, se hace preciso con carácter previo analizar las infracciones denunciadas por el INEM en su recurso. En ese orden el Servicio recurrente alega la vulneración del artículo 10.2 a) en relación con el artículo 2 b) LPL (RCL 1995, 1144, 1563) así como del artículo 145 bis, siendo ello debido a que la sentencia impugnada estima la excepción de incompetencia territorial.

En primer lugar debe significarse que la competencia territorial presupone una pluralidad de órganos judiciales del mismo tipo entre los que se distribuye el conocimiento de un determinado asunto. En la LPL se regula conforme a lo previsto en los artículos 10 y 11 para los dos órganos involucrados que son los Juzgados de lo Social y los Tribunales Superiores de Justicia. A tenor del artículo 10.1 con carácter general será juzgado competente «el del lugar de prestación de los servicios o el del domicilio del demandado, a elección del demandante». Ahora bien, puesto que en el caso debatido la acción ha sido entendida por el recurrente como una acción en materia de Seguridad Social optó por uno de los dos fueros concurrentes y electivos para el actor que se señalan en el artículo 10.2 a) que confiere competencia en los procesos que versen sobre Seguridad Social al Juzgado de lo Social en cuya circunscripción «se haya producido la resolución, expresa o presunta, impugnada en el proceso, o el domicilio del demandante a elección de éste».

A ese respecto conviene recordar que el artículo 9.5 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) atribuye al orden social el conocimiento y resolución, entre otras, de las pretensiones que se promuevan en materia de Seguridad Social y que esta declaración genérica es concretada por la LPL cuyo artículo 2 determina en los apartados b), c) y d) qué asuntos de Seguridad Social son competencia de los órganos judiciales laborales, siendo el apartado b) (que incluye expresamente la protección por desempleo), la norma básica para fijar el marco contencioso de Seguridad Social atribuido a dichos órganos¹.

Finalmente el artículo 145 bis regula el procedimiento de reintegro por el empresario de las prestaciones percibidas por el trabajador para el caso de que se estime que la cadena contractual contravenga la normativa laboral reguladora de la contrata-

1. La integración de la protección por desempleo en el sistema de Seguridad Social encuentra incluso su fundamento constitucional en el artículo 41 de nuestra Carta Magna (RCL 1978, 2836). sin embargo ello no ha sido óbice para que la legalidad ordinaria introdujera cierta confusión en esa unión como explica MONEREO PÉREZ en *Comentario a la LPL*, tomo 1, Granada, 2001, pg. 26, quien pone como ejemplo la Ley Básica de Empleo, de 8 de octubre de 1980 (RCL 1980, 2296), que encomendó al INEM una gestión separada de la de Seguridad Social en materia de desempleo lo que sirvió de argumento para sostener la desvinculación del régimen protector del desempleo.

ción temporal así como que se condene al reintegro de las cantidades abonadas indebidamente junto a las cotizaciones correspondientes según se ha apuntado al principio de estas líneas². Por consiguiente, la relación contractual entre el empresario y el trabajador queda excluida del objeto litigioso suscitado por vía del citado precepto. Con todo se trata de un precepto que introduce un procedimiento que entraña cierta singularidad, o en otros términos, no se ajusta al patrón típico de los litigios en materia de Seguridad Social pese a su ubicación en el texto de la LPL. En efecto, atendido su objeto y atendiendo a la posición activa que asume el Servicio Público (por cuanto la puesta en marcha de esta modalidad procesal se deja a la libre decisión de aquél), se plantea el tema de la normativa aplicable en todo lo no previsto expresamente en el citado artículo 145 bis. Esta cuestión nos enfrenta a la naturaleza jurídica de este procedimiento sobre la que pueden mantenerse diferentes tesis:

1) Entenderlo como un *procedimiento de oficio* ya que el propio precepto utiliza la expresión «podrá dirigirse de oficio a la autoridad judicial» en referencia al ente gestor que además asume en exclusiva la potestad de iniciar el pleito³. Sin embargo, no puede vincularse a la modalidad procesal dedicada en la LPL a los procesos de oficio, y no sólo porque no se halla en su articulado sino, aún más importante, porque la finalidad perseguida es distinta. Así, si en los artículos 146 a 150 LPL se faculta a la Administración para recabar la tutela judicial en defensa de los derechos e intereses del trabajador, cuando se discute en juicio la licitud de la cadena contractual al amparo del artículo 145 bis LPL el ente público litiga en interés propio asumiendo la posición actora que postulará una resolución favorable respecto a una materia confiada a su gestión, aunque indirectamente la contratación laboral fraudulenta se haga en perjuicio del trabajador y redunde en beneficio de los intereses económicos del empresario contra quien se dirigirá la demanda.

2) Por otra parte, en la medida en que se pretende dejar sin efecto la resolución administrativa que reconoció el derecho a las prestaciones por desempleo, podría conectarse el artículo 145 bis con el *procedimiento de revisión* previsto en el artículo 145 LPL. Pero también esta tesis puede ser rebatida en la medida en que el último párrafo del citado artículo 145 bis 1 establece que en este proceso no se revisarán las resoluciones que hubieran reconocido las prestaciones por desempleo que se considerarán debidas al trabajador, ya que su objeto se ciñe exclusivamente a declarar responsable del abono de éstas al empresario para el caso de que se estime que la cadena contractual hubiere sido abusiva o fraudulenta.

3) Por último, considerar que el artículo 145 bis se encuadra en el *proceso especial de Seguridad Social* previsto en el Capítulo VI «De la Seguridad Social» y que ha introducido dentro de sus normas al propio artículo 145 bis. Con carácter general se trata de una modalidad establecida para el enjuiciamiento de las cuestiones litigiosas señaladas en el apartado b) del artículo 2 LPL, esto es, las que se promuevan sobre

2. Si bien conviene tener presente que la sucesión en el tiempo de contratos de trabajo puede ser perfectamente lícita «si cada uno de los contratos concertados respeta el ordenamiento en vigor y cumple su función legal respectiva», STSJ de Andalucía/Málaga de 7 de abril de 2000 (AS 2000, 917).

3. Por consiguiente se trata de un proceso basado en el principio de justicia rogada, si bien esta potestad debería ser ejercida siempre que concurra la sospecha de percepción reiterada e indebida de prestaciones por desempleo, lo que en el fondo no deja de ser sino un deber incardinado en el ámbito de competencias de un gestor público.

Seguridad Social incluida la protección por desempleo, cuya tramitación procesal se regula después en los artículos 139 a 144 LPL. Pues bien a tenor del artículo 139 LPL las demandas formuladas en materia de Seguridad Social se dirigirán contra las entidades gestoras o servicios comunes, incluidas aquellas en las que se invoque la lesión de un derecho fundamental, si bien las demandas que tengan por objeto la prestación por desempleo presentan la particularidad de que el demandado sea un organismo autónomo dependiente del Ministerio de Trabajo como es el Servicio Público de Empleo Estatal (INEM), en cuyo caso, se demanda a una Entidad Gestora pero con connotaciones propias⁴.

Ello no impide destacar que el artículo 145 bis representa un nuevo cauce procesal, un proceso especial en el que se confiere al INEM legitimación activa para instar la responsabilidad del empresario por la contratación laboral fraudulenta de ahí que no sea posible la aplicación del artículo 139 en sus propios términos.

3. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

Al hilo de lo que antecede puede entenderse la decisión de la Sala que en un único fundamento confirma la sentencia de instancia que había estimado la excepción de incompetencia territorial del Juzgado de lo Social ante el que el INEM presentó su demanda. La desestimación del recurso de suplicación se basa en dos razones que en realidad se reducen a una ya que el argumento utilizado en ambas resulta ser el mismo. En cualquier caso, el razonamiento del Tribunal se puede resumir en las siguientes premisas:

– La acción que se ejercita no es de Seguridad Social porque no se pretende revisar prestaciones reconocidas sino una contratación laboral que se estima fraudulenta.

– Centrado el objeto litigioso, los dos criterios especiales fijados en el artículo 10.2 a) en relación a los pleitos en materia de Seguridad Social (lugar de producción del acto administrativo y domicilio del demandante) no pueden ser aplicados.

– Por el contrario hay que estar a las reglas generales del artículo 10.1 que hacen competente al Juzgado de lo Social del lugar de prestación de los servicios o domicilio del demandado.

Todo lo razonado fuerza a concluir que la sentencia comentada, al resolver como lo hace, interpreta que el artículo 145 bis de la LPL (RCL 1995, 1144, 1563) excluye la utilización de las normas que reglamentan los pleitos de Seguridad Social. Ahora bien, no todas las cuestiones litigiosas sobre Seguridad Social atribuidas al orden social de la jurisdicción (artículo 2 – b, c y d) se canalizan por la vía de la modalidad procesal en materia de Seguridad Social. Antes bien, este proceso especial queda

4. El Instituto Nacional de Empleo se crea en virtud del Real Decreto-ley de 16 de noviembre de 1978 (RCL 1978, 2506, 2632) cuyo artículo 5 lo instituye como un organismo autónomo administrativo dotado de personalidad jurídica propia para el cumplimiento de sus fines y adscrito al Ministerio de Trabajo. El artículo 226.1 del Texto Refundido LGSS (RCL 1994, 1825) lo describe como una Entidad Gestora a la que se le encomienda «gestionar las funciones y servicios derivados de las prestaciones de protección por desempleo y declarar el reconocimiento, suspensión, extinción y reanudación de las prestaciones, sin perjuicio de las atribuciones reconocidas a los órganos competentes de la Administración laboral en materia de sanciones». Sin embargo tanto, desde la doctrina (MONTERO AROCA) como desde la jurisprudencia (STS de 18 de noviembre de 1985 [RJ 1985, 5796]) se ha discutido ese carácter de Entidad Gestora.

reservado para la resolución de las pretensiones que se promuevan frente a Entidades Gestoras o Servicios Comunes en los términos previstos en el artículo 139 LPL, esto es, cuando hayan de comparecer como demandados. Todo ello puede entenderse sin perjuicio de dotar de mayor alcance competencial al ámbito contencioso de la Seguridad Social extendiéndola a los supuestos en los que el ente gestor es el que formula demanda contra el empresario basándose en el reconocimiento legal claro y preciso de legitimación activa para iniciar el proceso. Así las cosas en la medida en que este proceso especial se halla regulado en un solo precepto (el reiterado artículo 145 bis), en todo lo no previsto en esta norma regirán las disposiciones establecidas para el proceso ordinario como expresamente prevé el artículo 102 LPL.

§ 24

La determinación del convenio colectivo aplicable

por ANA BELÉN NÚÑEZ FERNÁNDEZ. *Becaria de Investigación de la Universidad de Barcelona*

Sentencia comentada:

☞ Sentencia de la Audiencia Nacional (sala de lo social) de 24 de noviembre de 2005 (AS 2006, 929)

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La sentencia analizada resuelve un conflicto colectivo planteado por 200 trabajadores de la empresa RBA Revistas, SA, en el que solicitan la aplicación del Convenio Colectivo Nacional de Prensa No Diaria (RCL 2004, 2160), en lugar del Convenio Colectivo Estatal de Artes Gráficas, Manipulados de Papel, Manipulados de Cartón, Editoriales e Industrias Auxiliares (RCL 2004, 1941), y la aplicación retroactiva del primero.

2. HECHOS RELEVANTES

El supuesto de hecho que ha dado lugar a la sentencia en cuestión puede resumirse en los siguientes puntos:

– La mercantil RBA, Revistas SA está integrada en el Grupo empresarial formado por RBA HOLDING EDITORIAL, empresa matriz, y las filiales o sociedades dependientes, RBA Libros, SA, y RBA Coleccionables, SA, dividiéndose el proceso productivo por ramas de actividad y actuando de modo independiente y bajo una estructura directiva propia de cada una. Todas ellas tienen su domicilio en Barcelona, Calle Pérez Galdós núm. 36, se han acogido al Régimen de Tributación Consolidada, han suscrito un Contrato Marco de concentración de efectivo Saldo Cero para un sistema de cuentas centralizadas y una Póliza de Crédito conjunta con motivos de descuentos y otras operaciones mercantiles.

– El departamento de Recursos Humanos es común a las citadas, al igual que los servicios de administración y finanzas, compras, contratos globales, organización de sistemas, comunicaciones, software base, logística, proveedores y asesoría jurídica, existiendo en RBA Revistas un Director de RRHH y estructura empresarial propia.