revista

Justicia Laboral

revista de DERECHO del TRABAJO
y de la SEGURIDAD SOCIAL

DIRECTOR
Ignacio García-Perrote Escartín

editorial
LEX NOVA

REVISTA
Justicia Laboral

CONSEJO ASESOR

Jesús Cruz Villalón Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Sevilla. **Javier Gárate Castro** Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Santiago de Compostela. **Joaquín García Murcia** Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Oviedo. **José María Goerlich Peset** Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Valencia. **José Luis Goñi Sein** Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Pública de Navarra. **Julia López López** Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad Pompeu Fabra. **Lourdes Martín Flórez** Uría & Menéndez. Abogados. **José Luis Monereo Pérez** Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Granada. **Jesús R. Mercader Uguina** Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Carlos III de Madrid. **María del Carmen Ortiz Lallana** Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad de La Rioja. **Luis Enrique de la Villa Gil** Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Autónoma de Madrid. Abogado.

DIRECTOR

Ignacio García-Perrote Escartín
Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Castilla-La Mancha. Director del Departamento Laboral de Uría & Menéndez. *Abogados.*

SECRETARÍA TÉCNICA

Jesús R. Mercader Uguina
Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Carlos III de Madrid.

© LEX NOVA 2005

EDICIÓN	EDITORIAL LEX NOVA, S.A. General Solchaga, 3 47008 Valladolid
TELÉFONO	902 457 038
FAX	983 457 224
E-MAIL	clientes@lexnova.es
ISSN	1576-169X
DEPÓSITO LEGAL	VA. 157-2000

Esta publicación no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrostáticos, electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos, o cualquier otro medio, sin el permiso previo, por escrito, de Editorial Lex Nova. La Editorial no asume responsabilidad alguna consecuente a la utilización o no invocación de la información contenida en esta publicación. Editorial Lex Nova no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en las colaboraciones que se reproducen, dejando a la responsabilidad de sus autores los criterios emitidos.

Justicia Laboral
REVISTA de DERECHO del TRABAJO y de la SEGURIDAD SOCIAL **Nº 24** NOVIEMBRE 2005

Sumario:

EDITORIAL:

[5] **Reflexiones sobre la futura (pero próxima) prohibición total de fumar en el lugar de trabajo**
IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
JESÚS R. MERCADER UGUINA

DOCTRINA:

[11] **La convivencia de hecho y su incidencia en las prestaciones de la Seguridad Social: una deuda de cobertura social pendiente (Con ocasión de la promulgación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio)**
JOSÉ ANTONIO PANIZO ROBLES

[89] **El nuevo Reglamento sobre la extensión de convenios colectivos: un breve apunte**
JUAN GARCÍA BLASCO
ANA BELÉN MUÑOZ RUIZ

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

[109] I. FUENTES DEL DERECHO
JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

[123] II. TRABAJADOR
LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL

[147] III. EMPRESARIO
JESÚS CRUZ VILLALÓN

[161] IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN
JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

[171] V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL
JESÚS R. MERCADER UGUINA

[185] VI. DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO
MARÍA DEL CARMEN ORTIZ LALLANA

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

[223] VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA
JAVIER GÁRATE CASTRO

[229] IX. SEGURIDAD SOCIAL
JULIA LÓPEZ LÓPEZ

[239] X. PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

[257] XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL
JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

[261] XII. EL PROCESO LABORAL
LOURDES MARTÍN FLÓREZ

[277] XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO
JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

[283] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Editorial

REFLEXIONES SOBRE LA FUTURA (PERO PRÓXIMA) PROHIBICIÓN TOTAL DE FUMAR EN EL LUGAR DE TRABAJO

El tabaco se ha convertido en un importante problema de salud pública que preocupa a las instancias nacionales y supranacionales. Se estima, según los datos de la Organización Mundial de la Salud (OMS), que el consumo de tabaco es responsable del 90 por ciento de la mortalidad por cáncer de pulmón, del 95 por ciento de las muertes por enfermedad pulmonar obstructiva crónica, del 50 por ciento de la mortalidad cardiovascular y del 30 por ciento de las muertes que se producen por cualquier tipo de cáncer. En España fallece cada año como consecuencia del consumo de tabaco un número de personas que representa el 16 por ciento de todas las muertes ocurridas en la población mayor de 35 años. Asimismo, hay evidencias científicas de que el humo del tabaco en el ambiente (consumo pasivo o involuntario de tabaco) es causa de mortalidad, enfermedad y discapacidad. Igualmente, el tabaco representa altos costes para las empresas: los costes médicos, el absentismo –dado que la tasa de absentismo de los fumadores es mucho más alta que la de los no fumadores–, la productividad o los efectos en los no fumadores causándoles enfermedades.

El referido interés lo demuestra tanto la Estrategia Europea para el Control del Tabaquismo 2002, como la aprobación de la Directiva 2003/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco. Especialmente significativo resulta el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco (BOE de 10 de febrero de 2005), que establece en su artículo 8 relativo a la *Protección contra la exposición al humo de tabaco* que "las Partes reconocen que la ciencia ha demostrado de manera inequívoca que la exposición al humo de tabaco es causa de mortalidad, morbilidad y discapacidad". Por ello, "cada Parte adoptará y aplicará, en áreas de la jurisdicción nacional existente y conforme determine la legislación nacional, medidas legislativas, ejecutivas, administrativas y/u otras medidas eficaces de protección contra la exposición al humo de tabaco en lugares de trabajo interiores". Por su parte, el artículo 17 establece la obligación de las Partes "para cooperar entre sí y con las organizaciones intergubernamentales internacionales y regionales competentes, promoverán según proceda alternativas econó-

micamente viables para los trabajadores, los cultivadores y, eventualmente, los pequeños vendedores de tabaco".

La Constitución Española reconoce en su artículo 43 el derecho a la protección de la salud, y encomienda a los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública a través de medidas preventivas. Para contribuir a la efectividad de este derecho, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, estableció la obligación de las Administraciones públicas sanitarias de orientar sus actuaciones prioritariamente a la promoción de la salud y la prevención de las enfermedades, evitar las actividades y productos que, directa o indirectamente, puedan tener consecuencias negativas para la salud y regular su publicidad y propaganda comercial. También, en el ámbito interno, vienen apareciendo diversas normas desde hace tiempo que, con carácter disperso y asistemático, se ocupan de esta materia entre las que destaca el Real Decreto 192/1988, de 4 de marzo, por el que se limita la venta y el uso del tabaco para la protección de la salud de la población. En función de las competencias estatutarias en materia de salud pública, la práctica totalidad de las Comunidades Autónomas han legislado en esta materia, bien aprobando normas específicas sobre tabaco (Galicia, Navarra), bien en el marco de regulaciones más amplias, generalmente vinculadas a fenómenos de drogodependencias y otros trastornos adictivos (Andalucía, Aragón, Canarias, Madrid, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Cataluña, Extremadura, Región de Murcia, La Rioja, Comunidad Valenciana y País Vasco).

La Comisión de Sanidad y Consumo del Congreso de los Diputados ha aprobado por unanimidad el proyecto de ley reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco (BOCG de 17 de octubre de 2005). La misma establece en su artículo 7 la prohibición total de fumar en los: "a) Centros de trabajo públicos y privados, salvo en los espacios al aire libre". Por su parte, la Disposición Adicional 7.ª subraya que "lo establecido en esta Ley se entiende sin perjuicio de las demás limitaciones y prohibiciones al consumo de tabaco contenidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales". Por su parte, el artículo 3.2 establece que no se podrá vender ni entregar tabaco a los menores de 18 años. A este respecto, el Grupo IU ha propuesto que no se prohíba que personas menores de 18 años puedan vender tabaco, alegando que la actividad de venta de productos de tabaco en los estancos, que califica de "pequeños comercios en su mayor parte familiares", no es insalubre, penosa, nociva ni peligrosa, y puede ser desarrollada por jóvenes de acuerdo con el Estatuto de los Trabajadores, que prohíbe la admisión al trabajo a los menores de 16 años.

Como decimos, el artículo 7 establece la prohibición total de fumar en los centros de trabajo. El referido Proyecto parece optar por un concepto amplio de centro de trabajo, que entronca con el concepto de "lugar de trabajo" utilizado por el artículo 2.1 Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en lugares de trabajo, que considera como lugares de trabajo "las áreas del centro de trabajo, edificadas o no, en las que los trabajadores puedan acceder en razón de su tra-

bajo". El concepto centro de trabajo aparece, así, entendido en sentido integral, lo que evidentemente extiende la prohibición de fumar a los despachos privados. La referida disposición también incluye, es importante subrayarlo, "los servicios higiénicos y locales de descanso, los locales de primeros auxilios y los comedores", así como "las instalaciones de servicio o protección anejas".

Prohibición que resulta total y absoluta, sin admitir matices, como en otros supuestos contemplados por el propio Proyecto en los que se permite que se habiliten zonas para fumar. Por ello, y salvo que prospere alguna enmienda, en concreto la presentada por CiU contra el parecer del resto de los grupos parlamentarios, la futura ley no prevé la obligación empresarial de habilitar salas de fumadores en los centros de trabajo, con lo que la única posibilidad de fumar queda limitada a los espacios al aire libre. Parece evidente que dicha referencia, como queda claro en el trámite parlamentario hasta el momento producido, no impone que en los centros de trabajo existan espacios al aire libre donde se pueda fumar, sino que se está pensando en el caso de que los mismos centros posean terrazas, patios, balcones, etc, situados al aire libre en los que sí sería posible fumar.

Tampoco resulta posible, si atendemos al rotundo tenor legal, que, a través de la negociación colectiva, tal y como ocurre en otros países, se establezcan pactos que permitan el establecimiento de lugares en el interior de la empresa habilitados a tal efecto. La ausencia de dicha posibilidad ha sido cuestionada por el propio Consejo Económico y Social, quien ha señalado que este tipo de medidas no resultan eficaces al generar conflictividad en el ámbito laboral. En este sentido, el fomento de la cultura preventiva del tabaquismo y el deseo de preservar espacios libres de humos para los no fumadores debería vertebrarse, tal y como ha apuntado alguna enmienda al Proyecto de Ley, a través de mecanismos de diálogo y cooperación entre trabajadores y empresas atendiendo a las condiciones específicas de los distintos centros de trabajo.

La futura prohibición total y absoluta de fumar en todos los centros de trabajo a partir de la entrada en vigor de dicha Ley el 1 de enero de 2006, es un acontecimiento lo suficientemente significativo como para preguntarse sobre los efectos que la configuración del espacio empresarial como territorio libre de humo puede producir en el devenir diario de nuestras relaciones laborales.

Ya se empiezan a escuchar voces que apuntan a posibles casos de discriminación en el empleo para los fumadores. En los últimos días, un total de 65 ofertas de empleo de diferentes empresas aparecieron hace unos días publicadas en internet con una característica común: la exigencia de que el candidato fuese no fumador. Los anuncios, que han sido recopilados por la asociación "Fumadores por la Tolerancia", incluían ofertas para puestos tan variados como el de asesor fiscal, jefe de ventas, ingeniero o peón. Esta realidad es clara en los Estados Unidos. Las empresas adoptan el criterio de no contratar a trabajadores que fuman (en un estudio que se realizó en USA, entre 283 compañías, se demostró que el 6 por ciento de las mismas seguía esta política), en otros casos, las empresas aumentan la contribución del trabajador a la política social si saben que éste fuma, como ponen de relieve J.L. MILLER, D.B. BALKIN y R. ALLEN. No obstante, en nues-

tro país las empresas pueden imponer a un trabajador que no fume en el trabajo, pero no exigirle que no sea fumador.

La norma abre numerosos interrogantes. Una de las más significativas es la relativa al hecho de que, dado que no es posible la instalación de zonas de fumadores en las empresas, los trabajadores deberán salir al exterior de las mismas ("al aire libre"): de hecho, en buena parte de las ciudades americanas es normal ver a los fumadores en la calle, frente a las puertas de oficinas y fábricas. Sin entrar a valorar los efectos que ello puede producir en la imagen empresarial, tal actuación producirá, de no controlarse, evidentes desajustes en la actividad productiva si se producen abandonos permanentes e incontrolados de los trabajadores en su puesto de trabajo, a la vez que pondrá, inmediatamente, sobre la mesa por parte de los restantes trabajadores la utilización de tiempo de trabajo para atender una necesidad personal que ellos pudieran destinar a otros fines. Probablemente aquí sí podría tener intervención la negociación colectiva, estableciendo períodos de descanso a tales fines (variables en función de la empresa, pues no será lo mismo las empresas que se encuentren situadas a nivel de calle que aquellas que se encuentren en un edificio con varias plantas) siempre que no supusieran una interferencia a la actividad de producción, y pausas que, en todo caso, deberían generalizarse para el resto de los trabajadores no fumadores, adicionándose a los tiempos de descanso de que gozasen.

Finalmente, quedan por realizar unas breves reflexiones sobre la vigilancia y cumplimiento de la normativa antitabaco. La legislación de otros países permite a los trabajadores que consideren que se incumple dicha normativa la posibilidad de presentar quejas a los responsables de prevención de riesgos en la empresa (Delegados de Prevención, Comité de Seguridad y Salud). A título de ejemplo, en Francia se remite a los Inspectores de Trabajo la comprobación del cumplimiento de la prohibición de fumar en los lugares de trabajo. El Proyecto de Ley considera en su artículo 19 como infracción leve la de "fumar o dar autorización para fumar en los lugares en que exista prohibición total", sancionable, según el artículo 20, "con multa de hasta 30 euros si la conducta infractora se realizara de forma aislada, y con multa de 30 a 600 euros en los demás casos". El Grupo Parlamentario Socialista en el Senado ha presentado varias enmiendas al proyecto de Ley de Medidas Sanitarias frente al Tabaquismo, con el objeto de reforzar el régimen sancionador, de forma que la reiteración de faltas leves por el incumplimiento de la norma se convierta en falta grave. En este sentido, el PSOE propone que la infracción leve por la autorización de fumar en lugares prohibidos, sancionada con una multa de 30 euros, se imponga sólo si se trata de conductas aisladas, mientras que en el resto de infracciones leves se apliquen sanciones de hasta 600 euros. Asimismo, en otra enmienda aclara que los responsables de la infracción de permitir fumar en zonas o lugares prohibidos o de permitir la entrada de menores de edad en zonas de fumadores, son los titulares de esos locales o establecimientos o, en su defecto, los empleados que estuviesen a cargo en el momento de cometerse la infracción.

El Proyecto de Ley pasará el trámite en el Senado en las próximas semanas, de forma que a mediados de noviembre o primeros de diciembre sea definitivamente aprobada por el Congreso de los Diputados. La futura ley reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco está llamada a plantear, sin duda, importantes problemas..

Ignacio García-Perrote Escartín
Jesús R. Mercader Uguina

La convivencia de hecho y su incidencia en las prestaciones de la Seguridad Social: una deuda de cobertura social pendiente (Con ocasión de la promulgación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio)

JOSÉ ANTONIO PANIZO ROBLES

Administrador Civil del Estado
Miembro del Instituto Europeo de Seguridad Social

Sumario:

A modo de introducción. I. Las nuevas realidades familiares: las "uniones de hecho". II. Reacciones jurídicas frente a la presencia social de las parejas de hecho. III. Breve análisis de la regulación de las uniones de hecho en el Derecho comparado. IV. Las medidas legislativas de las Comunidades Autónomas. A) Ley de la Comunidad de Galicia. B) Ley de parejas de hecho de Cataluña. C) Ley aragonesa reguladora de las parejas estables no casadas. D) La Ley de la Comunidad de Navarra para la igualdad jurídica de las parejas estables. E) Ley valenciana de regulación de las uniones de hecho. F) La Ley de Baleares sobre parejas estables. G) Ley madrileña de uniones de hecho. H) Ley asturiana de parejas estables. I) Ley andaluza de parejas de hecho. J) Ley canaria de parejas de hecho. K) Ley extremeña de parejas de hecho. L) La ley vasca de parejas de hecho. M) La Ley cántabra de parejas de hecho. **V. Las uniones de hecho y el legislador estatal.** A) Normas de derecho público.

B) Normas de derecho privado. **VI. Las uniones de hecho y la Seguridad Social.** A) La familia desde la vertiente constitucional. B) Campo de aplicación y afiliación de trabajadores. C) Asistencia sanitaria y unión de hecho. D) Pensión de viudedad y convivencia extramatrimonial. a) Consideraciones generales. b) Breves apuntes cuantitativos de la pensión de la Seguridad Social por viudedad. c) Los supuestos de separación o divorcio. d) Las uniones de hecho y la pensión de viudedad. e) Las uniones de hecho por personas de la misma orientación sexual. f) Las uniones de hecho como causa de extinción de la pensión de viudedad. g) Conclusiones. E) Las uniones de hecho y las pensiones de orfandad y en favor de otros familiares. F) Las uniones de hecho y la indemnización especial en caso de muerte derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional. G) Las uniones de hecho y el auxilio por defunción. H) Los complementos por mínimos de las pensiones contributivas. I) Las parejas de hecho y las prestaciones por desempleo. J) Las pensiones de jubilación e invalidez no contributivas. K) Otras situaciones. **VII. Las iniciativas legislativas (en tramitación) sobre la equiparación de las uniones de hecho respecto de las parejas matrimoniales.** A) Delimitación de la pareja de hecho. B) Acreditación de la pareja de hecho. C) Regulación de la convivencia. D) Disolución de la unión de hecho y efectos de la misma. E) Otros efectos. F) Incidencia en el ámbito laboral. G) Modificaciones en el ámbito de la Seguridad Social.

A MODO DE INTRODUCCIÓN

El ordenamiento de la Seguridad Social regula, dentro de su ámbito protector, una serie de prestaciones en favor de determinados familiares del trabajador incluido en el correspondiente Régimen de Seguridad Social o del pensionista contributivo del mismo, como son las correspondientes a la contingencia de lo que se ha denominado "muerte y supervivencia". De igual modo, el hecho de la existencia de una convivencia formalizada, mediante la figura de matrimonio, condiciona el acceso a una determinada protección, o la exigencia de diferentes requisitos, los cuales pueden no ser aplicables, mediando una convivencia afectiva análoga a la matrimonial, por la inexistencia del propio matrimonio.

Dentro de estas prestaciones destacan por su importancia, las pensiones de viudedad[1], prestaciones que, además de otros requisitos (exigibles, básicamente, en los casos de que

(1) En mayo de 2005 las pensiones de viudedad suponían el 27,2% de la totalidad de las pensiones de la Seguridad Social.

el causante haya fallecido en la situación de activo, y consistentes en la exigencia de que el fallecido se encontrase en situación de alta o de asimilación al alta[2], así como la acreditación de un período de cotización previa –salvo en el supuesto de que el fallecimiento se hubiese originado por un accidente o fuese debido a una enfermedad profesional, en cuyo caso no se requiere período de carencia alguno–) vienen estando reservadas a quien –en el momento del fallecimiento– sea o haya sido cónyuge legítimo, exigencia que viene siendo cuestionada, tanto porque esta regulación limitada puede no responder a la finalidad originaria de esta pensión (cual era el reconocimiento de una prestación que viniese a compensar la pérdida de ingresos producida por la muerte del principal –cuando no único– sustentador de la unidad familiar) como sobre todo por la aparición de nuevas realidades familiares (entre las que se encuentran las "uniones de hecho" o "parejas de hecho") que vienen poniendo de relieve la necesidad de adecuar la protección social a estas situaciones.

LA LEY 13/2005 HA DADO SOLUCIÓN A UN COLECTIVO DE PERSONAS QUE, HASTA AHORA, SÓLO PODÍAN ESTABLECER SUS RELACIONES AFECTIVAS A TRAVÉS DE UNIONES DE HECHO

A pesar de las transformaciones llevadas a cabo en la última década respecto de las prestaciones por muerte y supervivencia[3], que han afectado tanto a las condiciones de acceso a las mismas[4],

(2) Puede accederse a la pensión de viudedad aunque el fallecido no se encontrase –en el momento del fallecimiento– en situación de alta o de asimilación al alta, si bien en este caso el requisito de período de carencia previa es más alto (frente a la exigencia general de 500 días, se precisa que el causante acreditase un período de cotización de 15 años).

(3) Reformas que son objeto de crítica por su incoherencia y dispersión. *Vid.* GETE CASTRILLO, P., "Situación normativa de la pensión de viudedad ¿para cuándo el paso de un continuo manoseo a una radical revisión institucional de la contingencia de muerte y supervivencia?" en AAVV. *Nuevas sociedades y Derecho del Trabajo.* La Ley. 2004.

(4) La Ley 66/1997, de 30 de diciembre –modificada posteriormente por la Ley 50/1998, de 29 de diciembre, de medidas fiscales administrativas y del orden social– posibilitaron el acceso a las prestaciones por muerte y supervivencia, aunque el causante –en el momento de su fallecimiento– no se encontrase en alta o situación asimilada al alta en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social. Un análisis de estas leyes, en el ámbito de la Seguridad Social, en MERCADER UGUINA, J., "Racionalidad del derecho, técnica legislativa y leyes de acompañamiento. Modificaciones en materia de procedimientos y acción protectora de la Seguridad Social en la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social". *Relaciones Laborales.* Núm. 5. Marzo 1998; PANIZO ROBLES, J.A. "Novedades en materia de Seguridad Social incluidas en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y de medidas fiscales, administrativas y del orden social de 1998" en *Revista de Trabajo y Seguridad Social.* Centro de Estudios Financieros. Núm. 180. Marzo/1998, o PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J. "Los 'retoques' en la parte general del Derecho de la Seguridad Social que introduce la Ley de Acompañamiento de 1998. Especial referencia a los administradores sociales y al reintegro de prestaciones indebídamente percibidas". *Relaciones Laborales.* Núm. 5. Marzo 1998.

Respecto a la exigencia del requisito de alta o de la situación de asimilación al alta en el ámbito de las prestaciones de muerte y supervivencia (requisito que ha venido siendo flexibilizado por la jurisprudencia) *vid.* ALCÁNTARA Y COLÓN, J. M. "El requisito de estar en alta o en situación de asimilación al alta a efectos de prestaciones, principalmente de viudedad y orfandad". *Relaciones Laborales.* Núm. 87. 2001.

a los beneficiarios de las pensiones[5] o su cuantía[6], sin embargo la regulación jurídica de las prestaciones de viudedad sigue anclada a su regulación primigenia, limitando su protección únicamente a los cónyuges en la fecha del fallecimiento, o a quienes en momentos anteriores estuvieron unidos por vínculo matrimonial. De este modo, los apartados 2 y 3 del artículo 174 LGSS, partiendo de la realidad de ruptura de los vínculos matrimoniales, establece una regulación de los beneficiarios de la pensión de viudedad, en orden a que, en los casos de separación o divorcio[7], dicho derecho se reconoce además de al cónyuge en el momento del fallecimiento, a quien haya sido cónyuge legítimo, si bien su cuantía está en proporción al tiempo de convivencia marital[8].

Esta situación casa mal con la realidad social actual y parece exigir la necesidad de introducir los oportunos cambios en las prestaciones de Seguridad Social[9], dado que el ordenamiento de la Seguridad Social no ha abierto su regulación a esas nuevas realidades familiares, si bien las propias transformaciones sociales y jurídicas han ampliado como

(5) Mediante la Ley 24/2001 se dio nueva redacción al artículo 174 LGSS, respecto de los beneficiarios de las pensiones de viudedad. Un análisis de esta Ley en PANIZO ROBLES, J.A. "Las últimas modificaciones en las prestaciones de la Seguridad Social". *Relaciones Laborales*. Núm. 2. Enero 2002 o "La Seguridad Social en el año 2002 (Comentario a las Leyes de Presupuestos y de Acompañamiento), así como al Real Decreto-Ley 16/2001, sobre jubilación flexible". *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. Centro de Estudios Financieros. Febrero 2002.

(6) Por ejemplo, los Reales Decretos 1465/2001, de 27 de diciembre, 1450/2002, de 26 de diciembre y 2/2004, de 9 de enero, que han alterado el porcentaje aplicable a la base reguladora para determinar la cuantía de la pensión de jubilación, así como –el último de ellos– la determinación de la base reguladora de la pensión. Un análisis de estas modificaciones reglamentarias en BLASCO LAHOZ, J. F. "El RD 1465/2001, de 27 de diciembre: una reforma incompleta del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia". *Temas Laborales*. Núm. 66/2002; GÁRATE CASTRO, J: "La reforma de las prestaciones por muerte y supervivencia a partir del acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social". *Tribuna Social*. Núm. 138. Mayo 2002; MARTÍNEZ LUCAS, J.A. "La modificación parcial de las prestaciones de muerte y supervivencia". *Actualidad Laboral*. Junio de 2002 y PANIZO ROBLES, J.A. "La Seguridad Social en el inicio del año 2004 (Comentario a las novedades en materia de Seguridad Social contenidas en las Leyes de Presupuestos y Acompañamiento para 2004, así como en la Ley de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social)". *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. Centro de Estudios Financieros. Madrid. Núm. 251. Enero 2004.

(7) También se reconoce la pensión en los casos de nulidad matrimonial, si bien condicionando el acceso al derecho a que no se aprecie mala fe en el beneficiario y que no haya contraído nuevas nupcias. Al igual que sucede en el caso de la separación o el divorcio, la cuantía de la pensión es proporcional al tiempo de convivencia con el fallecido.

(8) Para un análisis de la prestación de viudedad, en los casos de separación o divorcio, *vid*. CAVAS MARTÍNEZ, F. "La pensión de viudedad: estado de la cuestión y propuestas para su reforma". *Aranzadi Social*. Núm. 14. Noviembre 2001; CUENCA ALARCÓN, M. "La pensión de viudedad en casos de separación: cuantía proporcional al tiempo de convivencia". *Relaciones Laborales*. Núm. 4. Febrero 2001; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. "Muerte y supervivencia y protección familiar; situación actual y perspectivas de futuro". *Aranzadi Social*. Núm. 5. 2000; FLOR FERNÁNDEZ, M.L. *Régimen jurídico de la pensión de viudedad*. Sevilla. 2002; GALA DURÁN, C. "El derecho a la pensión de viudedad en los casos de nulidad, separación y divorcio: la nueva redacción del artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social". *Aranzadi Social*. Núm. 9. Septiembre 1998; GARCÍA VIÑAS, J. y RIVAS VALLEJO. M.P. *Las prestaciones de supervivencia en el Sistema de a Seguridad Social*. Cedecs. 1996; MARÍN CORREA, J.M. "Acerca de las prestaciones por muerte y supervivencia". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Núm. 14. 1999; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.P. "*Pensión de viudedad y divorcio*" (Comentario a la STS, Social, 21 marzo 1995. Ponente Sr. Martínez Emperador). *Actualidad Laboral*. Núm. 11. Marzo 1997; SESMA BASTIDA, B. "Extensión en la cobertura de la pensión de viudedad ante nuevas realidades sociales: uniones de hecho y matrimonio homosexual". *Actualidad Laboral*. Febrero 2005; TORTUERO PLAZA, J.L. "Reflexiones sobre la reforma de la pensión de viudedad y del nuevo derecho de pobres" en *Seguridad Social y Familia*. Núm. Monográfico. *Tribuna Social*. Núm. 154. Octubre 2003 y TORTUERO PLAZA, J.L. y PANIZO ROBLES, J.A. "La protección por muerte y supervivencia: una ordenación ajena a la realidad social y a los valores constitucionales". AAVV. (SEMPERE NAVARRO coord.) *El modelo social de la Constitución de 1978*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 2003.

(9) Tal vez sea el momento del proceso de debate y negociación que se ha abierto en España, a través de la Mesa de Seguridad Social, constituida en el marco del "Diálogo Social", que parte de la Declaración suscrita el pasado 8 de julio de 2004, entre el Presidente del Gobierno y los máximos responsables de las organizaciones sociales más representativas.

beneficiarios de estas prestaciones a colectivos que antes estaban al margen de la misma, no tanto por el reconocimiento de la realidad de las "parejas de hecho", cuanto por el acceso a las personas de la misma orientación sexual al matrimonio; de esta forma, al acreditar la condición de cónyuge podrán acceder a las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social, pero sin que las nuevas realidades familiares obtengan todavía la protección social correspondiente.

En tal dirección, la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, ha dado solución a un colectivo de personas –los homosexuales– que, hasta el momento, únicamente podían establecer sus relaciones interpersonales afectivas a través de uniones de hecho, en cuanto que el acceso al matrimonio les va a permitir tener los derechos (y obligaciones) de la Seguridad Social en igualdad de condiciones que las uniones matrimoniales constituidas por personas de diferentes sexo. Sin embargo, esta ampliación de la cobertura social de un colectivo no debe hacer olvidar que existen miles de personas que ven limitado su acceso a la protección social, por el mero hecho de no formalizar –mediante el instituto del matrimonio– sus relaciones afectivas y de convivencia. Se hace preciso por tanto proceder a la reordenación de los mecanismos de Seguridad Social, con especial incidencia en la protección por muerte y supervivencia, en orden, de una parte, a tener en cuenta las nuevas realidades familiares y, de otra, para dar respuesta a las verdaderas necesidades sociales, más que a dar cobertura social a una concreta realidad de convivencia.

I. LAS NUEVAS REALIDADES FAMILIARES: LAS "UNIONES DE HECHO"

Las uniones extramatrimoniales, conocidas desde la antigüedad, representan en la actualidad un modo de convivencia de especial auge y con un particular significado. El crecimiento de las uniones extramatrimoniales es un fenómeno que ha ocurrido en todos los países de nuestro entorno[10]. En la sociedad postindustrial, la expansión de la educación, en especial en sus escalones medios y superiores, tanto para hombres como para mujeres, así como la multiplicación de avances tecnológicos de todo orden y la existencia de sistemas de bienestar social han facilitado un nuevo protagonismo en la elección familiar, traduciéndose en una multiplicación de estilos de vida que, sin eliminar el lazo familiar, transforman su contenido y diversifican las formas de convivencia.

En los últimos 30 años, todos los países industrializados han experimentado, en mayor o menor grado, unas mismas evoluciones en la vida familiar. El modelo inicial de referencia de los sistemas de protección social –la pareja con dos o tres hijos y la mujer en el hogar– refleja cada vez menos la realidad familiar que se caracteriza por una mayor inestabilidad y la diversidad en las formas de la vida familiar. La inestabilidad familiar no deviene de esta época, sino de finales del siglo XIX, si bien su origen en aquel momento (el fallecimiento

(10) Hace más de un siglo ya los autores hablaban de l'*avènement du concubinat* o del *crepuscle du mariage legal*. Vid. JOSSERAND, J. *L'avènement du concubinat*. D.H. Cron. 45; o NAST,L.: *Vers l'union libre ou le crépuscule du mariage legal*. DH. 1938. Chron. 37. Obras citadas por GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*. Centro de Estudios Registrales. Madrid. 1995. Pág. 33.

de uno de los cónyuges) es distinto que la causa actual (el divorcio)[11]. Además, los modos de vida familiar se han hecho múltiples, con la baja nupcialidad y el incremento de los nacimientos fuera del matrimonio, el aumento de los divorcios y el aislamiento, así como la aparición de las familias "recompuestas"[12]. Esta evolución explica sobre todo el marcado crecimiento en el número de las familias monoparentales[13]. Tal situación se refleja, por ejemplo, en el hecho de que, en el período de 1990-1995 y según países, se ha pasado de un 15 a un 30 el porcentaje de las familias monoparentales, lo cual ha preocupado a gobiernos de algunos países (como los de Estados Unidos o Reino Unido), ya que las personas que forman parte de las familias monoparentales suelen estar asociadas con una fuerte dependencia de los sistemas de ayuda social[14]. El coste de las guarderías de niños, por ejemplo, hace muy difícil para una mujer sola con hijos cualquier armonización entre la vida familiar y profesional.

Como pone de relieve la doctrina[15], cuatro son las consecuencias que se derivan de estos cambios y que definen la nueva transición demográfica: la entronización de la cohabitación, cada vez más común, frente al predominio indiscutido del matrimonio; el desplazamiento del foco de atención hacia la pareja en detrimento de la descendencia; el avance del control voluntario de la concepción, condicionada por el coste de oportunidad de los hijos y orientada a la prosecución de la autorrealización personal, y la pluralidad de los modelos familiares y de la convivencia.

(11) A pesar de que en España la incidencia de los divorcios es inferior a las cifras que se dan en los demás países de la Unión Europea, como ponen de relieve los datos de EUROSTAT.

Evolución de la tasa de divorcio en Europa (por 1000 habitantes)

Estado	1992	2002	Estado	1992	2002
Bélgica	2,1	3,0	Luxemburgo	2,0	2,4
Dinamarca	2,5	2,8	Holanda	1,9	2,1
Alemania	1,7	2,4	Austria	2,1	2,4
Grecia	0,6	1,1	Portugal	1,1	1,8
España	**0,7**	**0,9**	Finlandia	2,6	2,6
Francia	1,9	1,9	Suecia	2,3	2,4
Irlanda	--	0,7	Reino Unido	3,0	2,6
Italia	0,5	0,7	**UE 15**	--	**1,9**

(12) Las familias recompuestas corresponden a las familias surgidas de uniones sucesivas.

(13) Sobre familias monoparentales, *vid.* BARRÓN LÓPEZ, S. "Familias monoparentales: una clarificación conceptual y sociológica". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.* Núm. 40. Madrid. 2002.

(14) Sobre familias monoparentales, *vid.* ALMEDA, A. y otros: "Las familias monoparentales en España: un enfoque crítico". *Revista Internacional de Sociología.* Núm. 11/1995. DURÁN, M. "Hogares y familia: dos conceptos en busca de definición" y HERNÁNDEZ IGLESIAS. F. "Familias monoparentales en España;: aspectos económicos" ambos en en AAVV. *Familias monoparentales.* Instituto de la Mujer. Ministerio de Asuntos Sociales. Madrid. 1998.

(15) BARAÑANO CID, M. y PAZ, J. de la "Pluralización y modernidad de los hogares y las formas familiares: hacia la familia postradicional" en GONZÁLEZ ORTEGA, S. (coord.): *Seguridad Social y familia*. La Ley. Madrid.1999.

Una manifestación de estas nuevas formas familiares se encuentra en las denominadas uniones de hecho o parejas de hecho, que no sólo crecen en número, sino que presentan de igual modo un nuevo perfil, producto de su creciente normalización social[16]. Las escasas informaciones disponibles[17] coinciden en señalar la menor incidencia de este tipo de convivencia en nuestro país, y que los españoles siguen optando por el matrimonio para vivir en pareja, aunque se trata de un fenómeno en alza, ya que, si en 1985, sólo el 1,1% de las mujeres entre 20 y 49 años convivían sin casarse, este porcentaje había aumentado al 5,2% en 1995 y al 9,1% en 2001, como lo ponen de relieve los siguientes datos:

LAS UNIONES DE HECHO PRESENTAN UN PERFIL NOVEDOSO CARACTERIZADO, ENTRE OTRAS COSAS, POR ESTAR CONSTITUIDAS POR PERSONAS MÁS JÓVENES QUE LA MEDIA

% de personas que conviven en parejas de hecho sobre el total de parejas		
Año	Mujeres	Hombres
1985	1,1	
1995	5,2	6,3
1999	6,9	
2001	9,9	9,6

Fuente: *Vid. El País* de 20 de septiembre de 2004, a partir de los datos de MEIL (2003).

"No sólo nos situamos en la banda más baja de la Unión Europea (...) sino que tampoco parece ser que aquí adopte de forma predominante la modalidad, que más frecuentemente reviste en los países nórdicos, donde constituye una suerte de etapa previa al matrimonio"[18]. Pero, a pesar de que la presencia de las uniones de hecho es reducida, las últimas aproximaciones cuantitativas realizadas apuntan, no obstante, una tendencia ascendente,

(16) De la diferente conceptuación social de las uniones extramatrimoniales valgan los ejemplos puestos de relieve en la obra de LÓPEZ BURNIOL. Al principio de siglo, las uniones extramatrimoniales se consideraban como inmorales; de esta forma, el juez inglés DARLING resolvió, en 1911, en el caso "Upfill vs. Wright", con una frase lapidaria "no creo que exista una gran diferencia entre que la demandada sea una prostituta o que sea meramente la amante de un hombre"; 60 años más tarde –en 1976– , otra sentencia inglesa "Dyson Holding vs.Fox", considera a una pareja no casada como "una unidad familiar" tenga o no hijos. *Vid.* LÓPEZ BURNIOL, J. "La ley catalana de uniones estables de pareja". *Revista jurídica de Catalunya*. Núm. 3. 1999.

(17) La imprecisa definición de este tipo de uniones, junto con una menor visibilidad estadística y su relativa novedad, se han traducido en una relativa escasez de información cuantitativa. *Vid.* BARAÑANO CID "Pluralización y modernidad...", *op. cit.*, pág. 28.

(18) BARAÑANO CID "Pluralización y modernidad...", *op. cit.*, pág. 28.

como se deduce de los datos aportados por el Instituto Nacional de Estadística[19], realizados en base al Censo de 2001:

– De un total de 9.510.817 parejas, el 5,9% (563.723) eran parejas de hecho[20].

– Las parejas de hecho tienen una importancia mayor en las zonas insulares (Baleares y Canarias, donde representaban el 12,1% y el 11,8%) y en las zonas industriales (Madrid o Cataluña, con un 9,3% y el 8,7%) mientras que en las zonas de interior no llegan al 4%.

– Las parejas de hecho, formadas por personas de la misma orientación sexual, tienen una menor importancia cuantitativa, ya que representaban 10.474 parejas, lo que equivale al 0,11% del total de parejas y el 1,86% de las parejas de hecho.

No obstante, tales datos infrarrepresentan la situación actual, señalándose por diferentes autores que la convivencia de hecho es en la realidad más importante a la que demuestran las cifras oficiales[21]. De ahí que, en los últimos 20 años, el cambio social respecto de las uniones extramatrimoniales se ha modificado, ya que las parejas de hecho han pasado de significar una alternativa al matrimonio, muchas veces con fuertes componentes ideológicos, a convertirse en una forma ordinaria de convivencia que se va generalizando.

Clasificación de las parejas en España

Según la forma de convivencia			Según la orientación sexual de sus miembros		
Clase	Número	%	Clase	Número	%
Casadas	8.947.094	94,1	Heterosexual	9,500.343	00,89
De hecho	563.723	5,9	Del mismo sexo	10.474	0,11
Total	9.510.817	100,0	Total	9.510.817	100,00

(19) Instituto Nacional de Estadística. 2004. Un resumen de este trabajo aparece recogido en el *El País*, de 5 de agosto de 2004.

(20) Estos datos contrastan con los observados 10 años antes, ya que según los datos del INE (recogidos en GALLEGO DOMÍNGUEZ "Las uniones de hecho frente a la Seguridad Social" en AAVV. *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*. Madrid. 1995) existían 11.858.750 matrimonios y 199.978 uniones de hecho, que suponen el 1,7% de las parejas.

(21) MEIL LANDWERLIN, G. *Las uniones de hecho en España*. CISS. 2003. Según los datos de este autor, el 14,2% de los varones y el 11,2% de las mujeres, con edades comprendidas entre los 18 y los 49 años convivían en el marco de una pareja de hecho. Este dato ha de ponerse en relación con el facilitado por el INE, sobre que el 19,5% de los nacidos eran extramatrimoniales, porcentaje que, en 1990, se situaba en el 9,6%.

Distribución por Comunidades Autónomas de las parejas de hecho

C. Autónoma	Parejas casadas	Parejas de hecho			
		Solteros (*)	Casadas (**)	Total	%
Andalucía	1.609.085	35.215	37.818	73.033	4,54
Aragón	275.841	6.454	5.883	12.337	4,48
Asturias	243.805	4,877	7,099	11.076	4,91
Baleares	167.342	10,905	9.390	20.295	12,23
Canarias	308.047	18.136	18.197	36.338	11,79
Cantabria	115.495	2.628	3.118	5.746	4,98
Castilla y León	544.341	9.944	9.083	10.017	3,50
Castilla-La Mancha	410.252	5.855	6.704	12.559	3,07
Cataluña	1.412.522	70.577	61.279	131.856	9,33
Extremadura	23.266	3.172	3.673	6.845	2,81
Galicia	600.220	9.453	13.645	23.090	3,85
Madrid	1.145.631	58.784	40.680	99.464	8,71
Murcia	263.496	5.044	6.321	11,365	4,32
Navarra	116.238	4.108	2.715	6.823	5,90
La Rioja	61.983	1.688	1.350	3.038	4,89
Valencia	944.845	27.895	29.245	57.140	6,05
País Vasco	460.187	20.213	10.995	31.158	6,81
Ceuta	12.866	343	472	815	6,32
Melilla	11.641	379	384	763	6,59

(*) Los dos componentes de la pareja son solteros; (**) Al menos uno está o ha sido casado.

Además, las uniones de hecho presentan un perfil novedoso y caracterizado por estar constituidas por personas más jóvenes que la media; con unos niveles educativos medios o altos; sus componentes disponen de unos niveles de rentas medios o altos, y suelen vivir en zonas metropolitanas; por ello, algunos autores indican que las uniones de hecho constituyen una especie de "laboratorios", donde se ensayarían nuevos valores y prácticas sociales, como antes hicieron las familias nucleares modernas[22], circunstancia que habrá de ser tenida muy en cuenta, a la hora de la programación de políticas sociales en el futuro.

(22) *Vid.* ALABART, A., CABRE, A. *et al. La cohabitación en España. Un estudio en Madrid y Barcelona*. Centro de Investigaciones Sociológicas. Madrid. 1988.

% de mujeres u hombres en convivencia de hecho sobre el total de parejas, según edad							
	Total	20-24	25-29	30-34	35-39	40-44	45-49
MUJERES							
1985	1,1	2,1	1,2	0,8	0,8	0,6	0,8
1995	5,2	19,1	8,5	4.1	4,3	1,7	1,3
1999	6,9	34,0	15,3	7,2	5,1	3,4	3,0
2001	9,1	39,4	18,9	10,2	6,9	5,0	3,7
HOMBRES							
1995	6,3	12,5	11,6	9,8	4,5	4,1	2,2
2001	9,6	48,9	24.3	12,5	7,9	5,7	4,6

Fuente: MEIL (2003).

Pero, a pesar de estas cifras, sin embargo, en nuestro sistema legal no se contemplan –al menos, desde la vertiente estatal– las uniones de hecho sino de forma esporádica[23], aunque desde hace más de una década existe cierta tendencia a tener en cuenta dicha realidad, desde diferentes ámbitos gubernamentales, parlamentarios[24] o sociales[25].

Esta realidad, por el contrario, sí está presente en las instituciones internacionales. Así, por ejemplo, el Consejo de Europa organizó en 1981 el IX Coloquio de Derecho europeo dedicado a "Les problèmes juridiques posés pour les couples non mariés", así como una serie de estudios por el Comité de expertos de Derecho de familia. Fruto de todas estas iniciativas resultó la aprobación de la Recomendación R(88), del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre la validez de los contratos entre las personas que viven juntas como pareja no casada y sus disposiciones testamentarias (adoptada por el Comité de Ministros de 7 de marzo de 1988, durante la 415ª reunión de los Delegados de los Ministros). En igual sentido, el Parlamento Europeo aprobó su Resolución de 8 de febrero de 1984, sobre la supresión de las discriminaciones contra los homosexuales.

(23) No obstante, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció que, en el caso de existir, la regulación diferente entre una pareja de hecho y una matrimonial debería ser proporcionada a la finalidad de la norma. Este criterio es recogido por el TC desde la STC 22/1981.

(24) Con fecha 6 de septiembre de 1994 se admitió a trámite ante el Congreso de los Diputados una Proposición de Ley (la núm. 122/00064), del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, sobre protección social, económica y jurídica de la pareja (BOCG. Serie B. de 12 de septiembre de 1994). De igual modo, el 29 de noviembre de 1994 se aprueba en el Pleno del Congreso de los Diputados la Proposición no de Ley, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, mediante la cual "se insta al Gobierno a remitir a la Cámara un Proyecto de Ley sobre la regulación de las uniones de hecho con independencia de su sexo" (BOC. Serie D. de 5 de diciembre de 1994).

(25) Como ha señalado la doctrina en la asimilación que se viene produciendo entre las parejas de hecho y la institución matrimonial, hay que diferenciar si esta asimilación tiene un origen legislativo o no. En el primer caso, la asimilación tiene unas finalidades concretas, en cuanto que el legislador, por lo general, pretende reconocer ciertos efectos del matrimonio a la unión de hecho, limitándose el reconocimiento a tales efectos; sin embargo, cuando la asimilación procede de otras vías, como puede ser la jurisprudencial, aquélla despliega otros efectos, ya que, además de los correspondientes a ciertos efectos del matrimonio, dicho reconocimiento suele tener su base en el derecho común. *Vid.* LÁZARO GONZÁLEZ *Las uniones de hecho en el Derecho internacional privado español*. Tecnos. Madrid.1999. Pág. 91.

En el ámbito comunitario, en virtud del Tratado de Amsterdam se introdujo un nuevo artículo 13 en los Tratados fundacionales, mediante los que se faculta a las instituciones comunitarias a desarrollar medidas normativas que combatan la discriminación, incluida la de la orientación sexual. Con base en el mismo, se aprueba la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, una de cuyas finalidades es la de luchar contra las discriminaciones basadas en la religión o convicciones de discapacidad, la edad y la orientación sexual[26]. La transposición de la Directiva al ordenamiento jurídico español se ha producido a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social[27].

II. REACCIONES JURÍDICAS FRENTE A LA PRESENCIA SOCIAL DE LAS PAREJAS DE HECHO

La convivencia *more uxorio* ha constituido en la última década un tema de actualidad, reclamándose que se le diera los mismos efectos que la institución característica del ordenamiento jurídico en relación con la vida en pareja, como es el matrimonio. No hay que olvidar que el Derecho es una realidad histórica que, si bien, hunde sus raíces en el pasado, se proyecta en el futuro, por lo que no puede dejar de contemplar las realidades sociales que van surgiendo.

LO QUE CARACTERIZA A ESTA FIGURA ES LA CARENCIA DE CUALQUIER TIPO DE FORMALIDAD O ACTO DE CONSTITUCIÓN QUE ACREDITE LA VINCULACIÓN DE LA PAREJA

Lo que, en principio, caracteriza a esta figura jurídica –pero que, a su vez, produce efectos jurídicos– es la carencia de cualquier tipo de formalidad, acto de constitución o solemnidad que acredite la vinculación de la pareja y la haga manifiesta para terceras personas. En consecuencia, "uno de los requisitos indispensables para los convivientes *more uxorio* es el de que su actuación y comportamiento, tanto entre ellos como en relación con los demás y con el entorno en el que viven, sea similar a la de cualquier pareja que se encuentre ligada por una relación estrictamente jurídica y que, por tanto, goza de

(26) Un análisis de la misma en GUERRERO PADRÓN, T. "Directivas comunitarias sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y Seguridad Social". *Temas Laborales.* Núm. 68. 2003 y PÉREZ DEL RÍO, T. "La protección frente a la discriminación en el derecho comunitario: las D/2000/43/CEE, D/2000/78/CEE y D/2002/73/CEE. Modificación de la D/76/207/CEE". *Revista de Derecho Social.* Núm. 19. 2002.

(27) Un análisis de esta transposición en BALLESTER PASTOR, M.A. "El desarrollo del principio de igualdad en la Ley 62/2003 de medidas fiscales, administrativas y del orden social: el arte de la propaganda". *Justicia Laboral.* Núm. extr. 2003 y SEMPERE NAVARRO, A.V. "Contenido sociolaboral de la Leyes 61 y 62/2003, de presupuestos y acompañamiento para 2004". *Aranzadi Social.* Núm. 18. Febrero 2004.

una aureola institucional, de la que en principio carecen los convivientes de hecho"[28]. Por ello, uno de los elementos necesarios es la propia identificación de las uniones de hecho, ya que "no se trata de una relación jurídica, sino de una simple relación de hecho que puede producir efectos jurídicos, que es una cosa distinta"[29]. Si la convivencia de hecho aparece como otra forma de convivencia, resulta necesario conocer en qué situaciones nos encontramos con una unión de hecho, o simplemente en la situación de dos personas que están unidas, pero sin la intención de formar una pareja en sentido estricto.

Siguiendo a la doctrina[30] para que pueda hablarse de una unión de hecho, es necesario la concurrencia de una serie de elementos, como son:

– La comunidad de vida y la cohabitación, que resulta necesario también frente a terceros "no sólo con el fin de realizar una especie de publicidad sustitutiva del acto, sino también para dar una base sólida a la confianza recíproca que permite fundar una cierta relevancia externa de la convivencia"[31].

– La estabilidad y la duración en el tiempo[32] de las relaciones interpersonales[33].

– La exclusividad. La convivencia ha de ser exclusiva, pues de otro modo no sería estable, ni constitutiva de una verdadera comunidad de vida. Así, la doctrina ha entendido que no puede calificarse como unión libre la situación de quien convive con su cónyuge legítimo y, al mismo tiempo, con otro "conviviente"[34].

(28) ESCOBAR JIMÉNEZ, J. "Convivencia de hecho y pensión de viudedad: una visión de la jurisprudencia". *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*. Núm. 15. 1992. Pág. 116.

(29) VIDAL GIL y MARTÍNEZ MORÓN: "Jurisprudencia y cambios legislativos: la equiparación del cónyuge y el conviviente *more uxorio* en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional". *Revista General de Derecho*. Núm. 3. Pág. 16.

(30) BLANCO PÉREZ-RUBIO, L. *Parejas no casadas y pensión de viudedad*. Trivium. Madrid. 1992.

(31) Como señala el civilista GAZZONI, en su *Dal concubinato alla famiglia di fatto*. Edit. Giufrré. Milán. 1983. Citado por BLANCO PÉREZ-RUBIO, L. *Parejas no casadas* ... Pág. 104.

(32) La doctrina viene reclamando la exigencia de un determinado plazo para que pueda hablarse de una pareja de hecho y que la misma produzca efectos jurídicos. En el artículo 16.b) de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, se exige un mínimo de dos años de convivencia anteriores al fallecimiento, salvo que hubiesen tenido descendencia común, en cuyo caso no se exige ningún período concreto. El período mínimo de convivencia suele estar también presente en las leyes autonómicas sobre las parejas de hecho, así como en diferentes disposiciones estatales, en las que está presente también la convivencia de hecho (por ejemplo, la Ley 32/1999, de 10 de octubre, de solidaridad con las víctimas de terrorismo).

(33) Para el Código Civil francés –artículo 340– la convivencia de hecho implica "en defecto de comunidad de vida, relaciones estables y continuas".

(34) Esta tesis la acogió, en la aplicación de la regla 2ª de la Adicional Décima de la Ley 13/1981, la STCT de 16 de octubre de 1986, para quien la Ley del Divorcio protege solamente a quienes hubieran convivido como tal, incluyendo a las convivientes no esposas, pero que en el orden social y afectivo eran reputadas como tales, pero sin comprender a "(...) grados inferiores (...) en los que se mantienen relaciones pero sin perder la convivencia con el esposo o esposa legítimos".

– La notoriedad. La convivencia entre las personas que forman la pareja ha de ser notoria, puesto que una convivencia secreta hace imposible encuadrarla en una convivencia de hecho y no puede producir efectos jurídicos[35].

En función de estas notas, se puede conceptualizar la unión de hecho o la pareja de hecho como la "unión duradera, exclusiva y estable de dos personas con capacidad suficiente, que con ausencia de toda formalidad y desarrollando un modelo de vida en comunidad como cónyuges, se cumplen espontánea y voluntariamente los deberes de profesionalidad recíprocos"[36].

III. BREVE ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO EN EL DERECHO COMPARADO

La situación de las uniones estables de pareja se contempla en el Derecho comparado, en el que existe una regulación uniforme de las mismas. En el ámbito europeo, la legislación

(35) Sobre la necesidad de publicidad de las uniones de hecho, *vid*. SAURA MARTÍNEZ, L.F. *Uniones libres y la configuración del nuevo Derecho de Familia*. Tirant lo blanch. Valencia. 1995. Págs. 91 y ss. En la jurisprudencia, una descripción de los requisitos que ha de revestir la convivencia *more uxorio* en STS, 1ª, de 18 de mayo de 1992.

Precisamente, en orden a dotar a la parejas de hecho de notoriedad y publicidad, a partir de 1994 se han establecido los Registros de parejas, constituidos incluso, en algunos casos, con carácter previo a la promulgación de la correspondiente legislación autonómica (por ejemplo, en el Pacto-Convenio de Condiciones Laborales, suscrito entre el Ayuntamiento de LLeida y la representación de personal, aprobado el 25 de octubre de 1996; el de Vitoria, el de Sant Joan Despí, Leganés, Getafe, Elche, Córdoba, Gáldar, Berriozar, Pamplona, etc.) A su vez, el Decreto de 20 de abril de 1995, del Gobierno de la Comunidad de Madrid –Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 4 de mayo– estableció el Registro de Uniones de hecho, para la inscripción voluntaria de las uniones no matrimoniales de convivencia estable entre parejas, incluso del mismo sexo, residentes en la Comunidad de Madrid. Posteriormente, el Decreto de 18 de marzo de 1997, de la Junta de Extremadura, estableció en dicha Comunidad Autónoma el Registro de Uniones de hecho –el Decreto indicado se complementa y desarrolla con la Orden de la Consejería de Bienestar Social, de 14 de mayo de 1997– o también "Registro Municipal de uniones de hecho" (así, por ejemplo, los Registros de Uniones de hecho del Principado de Asturias (regulado por Decreto de 29 de septiembre de 1994 –BOPA de 28 de octubre de 1994–, y desarrollado por la Resolución de 14 de noviembre de 1994, de la Consejería de Interior y de Administraciones Públicas –BOPA de 17 de noviembre de 1994) o el Registro Autonómico de Uniones de Hecho de la Comunidad Valenciana (aprobado por Decreto de 7 de diciembre, del Gobierno de Valencia –DOGV de 16 de diciembre–).

(36) ESTRADA ALONSO, C. *Las uniones extramatrimoniales en el derecho civil español*. 1986. Pág. 76. Este autor reserva este término a las parejas del mismo sexo. En el mismo sentido, civilistas como LACRUZ BERDEJO definen a las uniones de hecho como aquellas que forman dos personas de distinto sexo, que viven como marido y mujer sin estar casadas, excluyendo de esta forma a las parejas homosexuales. *Vid*. LACRUZ BERDEJO, J.I. "Convivencia *more uxorio*: estipulaciones y presunciones" en AAVV. *Centenario del Código Civil*. (I). Madrid. Asociación de Profesores de Derecho Civil. Págs. 1990. Págs. 1061 y ss. En el mismo sentido, el Auto del TC. de 11 de julio de 1994 denegó la admisión a trámite de un recurso de amparo, interpuesto contra la decisión de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, por la que se denegaba al conviviente homosexual supérstite el derecho a la pensión de viudedad. Para el Alto Tribunal, "la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento (...) En suma, se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, tal como prevé nuestro Código Civil, de tal manera que los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio a una unión familiar constituida por un hombre y una mujer, frente a la unión homosexual. Lo cual no excluye que por el legislador se pueda establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes puedan llegar a beneficiarse de plenos derechos y beneficios del matrimonio, tal como propugna el Parlamento Europeo".

En la misma línea se sitúa MARÍN CORREA para quien "el artículo 32 CE patentiza el mantenimiento, en todas las sucesivas redacciones, de la atención a la diferencia sexual de los contrayentes. Frente al 'todos', a 'los españoles' o 'los ciudadanos', empleados para identificar los respectivos sujetos a quienes se reconoce la titularidad de los derechos fundamentales, este precepto siempre admitió, en sus sucesivas redacciones (proyecto, informe de la Ponencia, dictamen de la Comisión, pleno del Congreso, dictamen de la Comisión constitucional del Senado, texto del Senado y redacción definitiva) la alusión al 'hombre y la mujer', como sujetos del derecho. Así aparece en el artículo 44 del Código Civil, con la expresión 'el hombre y la mujer' y no 'el todos', desconocedor de la heterosexualidad humana". *Vid*. MARÍN CORREA, J.M. "Acerca de las prestaciones...", *op. cit.*, págs. 43-54.

de parejas de hecho es una realidad, estando extendida las denominadas "leyes de parejas de hecho" como los instrumentos legislativos que regulan la situación jurídica de las uniones estables no casadas[37]. Es posible diferenciar entre las legislaciones reguladoras de las parejas de hecho tres tipos diferentes: a) leyes que regulan los efectos derivados de la convivencia continuada, con independencia de la existencia o no de vínculos de afecto entre los convivientes (o leyes de cohabitación), b) leyes que establecen un marco regulador para las situaciones en las que concurre una unión de afectividad no matrimonial, aunque no se cuestiona la supremacía del matrimonio sobre cualquier otra organización familiar y c), por último, las leyes que pretenden eliminar las diferencias entre las uniones matrimoniales y no matrimoniales.

Leyes de uniones de hecho (incluyendo a las uniones homosexuales) en Europa	
Clase de Ley	País de la Unión Europea
Parejas de hecho	– Portugal (2001) – Francia (1999) – Leyes autonómicas españolas – Hungría (1996)
Uniones civiles	– Reino Unido (1991) – Finlandia (2001) – Alemania (2001) – Suecia (1994) – Noruega (1993) – Dinamarca (1989) – Suiza (2005)
Matrimonio civil	– Holanda (2000) – Bélgica (2003) – España (2005)

En una breve síntesis, la situación de la constitución de las parejas de hecho en el derecho comparado es la siguiente[38]:

– El ***ordenamiento jurídico francés***[39] ha pasado desde una situación de ignorancia primero y de hostilidad después, a un reconocimiento paulatino de los efectos jurídicos positivos de

(37) O como señala la STS de 18 de marzo de 1992, una convivencia desarrollada en régimen vivencial de coexistencia diaria, con estabilidad y permanencia consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública, con acreditaciones conjuntas de los interesados.

(38) Un análisis de las parejas de hecho en el ordenamiento comparado en GONZÁLEZ BELLFUSS. *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*. Marcial Pons. Madrid. 2004.

(39) LÁZARO GONZÁLEZ: *Las uniones de hecho...*, *op. cit.*, pág. 93.

las uniones de hecho, tanto para proteger los intereses de los terceros, como de los propios convivientes.

Con fecha de 15 de noviembre de 1999, se aprobó la ley relativa al pacto civil de solidaridad, delimitado como un contrato concluido entre dos personas, de distinto o del mismo sexo, para organizar su vida en común. No obstante, no pueden suscribir el pacto de solidaridad quienes estén unidos por lazos de parentesco en línea recta, o en línea colateral hasta el 3er grado, quienes estén casados o estén ya unidos por otro pacto de solidaridad. La declaración del pacto y su posterior inscripción en el Registro especial es requisito indispensable para que el mismo pueda oponerse frente a terceros Por ello, se ha calificado al pacto civil de solidaridad como "una institución a caballo entre el Derecho de familia y el Derecho de contratos"[40]. Los efectos del pacto civil dependen del contrato formalizado entre las partes, aunque existen unas prescripciones mínimas en la Ley, como es la obligación de alimentos y asistencia mutuas, que las partes responden solidariamente de las deudas contraídas por uno de ellos, siempre que correspondan a cubrir necesidades de la vida en común o del domicilio compartido.

LAS LEGISLACIONES EUROPEAS HAN DENOMINADO A LAS LEYES DICTADAS EN LA MATERIA DE TRES MANERAS DIFERENTES: DE PAREJAS DE HECHO, DE UNIONES CIVILES Y DEL MATRIMONIO CIVIL

Las personas que hayan suscrito un pacto de solidaridad y que no dispongan de cobertura social pueden beneficiarse de la asistencia médica y de los subsidios mínimos que asisten a su compañero. De igual modo, en estos supuestos se altera el orden de los beneficiarios del subsidio de viudedad, que queda modificado de la forma siguiente: a) el cónyuge superviviente no separado; b) en su defecto, la pareja del difunto, unido a él por un pacto de solidaridad; c) en su defecto, los descendientes y d) en su defecto, los ascendientes. Cuando el beneficiario de uno de estos subsidios, que recibía justamente los mismos por encontrarse solo y por tener que asumir cargas familiares, firma un nuevo pacto, el derecho a los mismos desaparece.

– En lo que se refiere a la ***legislación austríaca,*** la misma no contempla una regulación específica de las parejas de hecho, si bien el ordenamiento de la Seguridad Social (artículo 123.8) considera beneficiarios del titular a las personas del sexo contrario, no emparentadas con el asegurado.

– En el ámbito de los ***países escandinavos,*** Dinamarca se configura como el primer país europeo que dictó una legislación espe-

(40) GONZÁLEZ BEILFUSS *Parejas de hecho..., op. cit.*, pág. 43.

cífica en materia de parejas registradas, a través de la Ley de 7 de junio de 1989, la cual equiparó a las parejas hetero u homosexuales con las unidas por vínculos matrimoniales, con excepción de la adopción de menores.

La ley danesa remite a la legislación matrimonial, estableciendo ligeras excepciones, de modo que las prescripciones aplicables al matrimonio se extienden a las parejas de hecho. Conforme a la Ley, se permite a las parejas del mismo o diferente sexo registrar su unión a través de un acto civil semejante al matrimonio, si bien existen limitaciones ya que únicamente pueden registrar esa unión los mayores de 18 años, siempre que no tengan entre sí vínculos de parentesco en línea recta o colateral hasta el segundo grado. El modelo danés ha sido adoptado por otros países escandinavos, como Noruega (1993), Suecia (1994), Islandia (1996) o Finlandia (2001). Las restricciones impuestas a la adopción de menores por parte de parejas de hecho homosexuales han sido eliminadas, como es el caso de Suecia en el año 2002.

Por lo que se refiere a ***Suecia,*** existen tres modelos de parejas: las matrimoniales, las parejas registradas y las parejas que cohabitan. Con carácter general, el registro sólo está previsto para dos personas del mismo sexo[41] y se precisa que uno de los miembros de la pareja sea de nacionalidad sueca y viva en Suecia; el registro produce para la pareja los mismos efectos que la pareja matrimonial, salvo algunas excepciones. Por su parte, la cohabitación se regula por los pactos a que hayan llegado los convivientes y, aunque no existe una obligación recíproca de sostenimiento económico –como sucede con las parejas matrimoniales y registradas– en bastantes aspectos –por ejemplo, fiscales o de Seguridad Social– la cohabitación se asimila a la pareja registrada.

– En el caso de ***Bélgica,*** aparte de la legislación que permite el matrimonio entre personas de la misma orientación sexual[42], la Ley de 23 de noviembre de 1998 ha instaurado la cohabitación legal, entendiendo como tal la situación de vida común de dos personas que hayan realizado una declaración oficial, siempre que no estén casadas, ni vinculadas a otra cohabitación legal. La institución está abierta a todas las personas, con independencia de su orientación sexual, requiriéndose que ambas partes manifiesten su voluntad ante el encargado del Registro civil. A efectos de la Seguridad Social, en determinados ámbitos existe una equiparación de la unión de hecho con la pareja matrimonial, como es el caso de los subsidios familiares, los seguros por enfermedad o el desempleo; no obstante, esta equiparación no es total, en los casos de pensiones, subsidios para la tercera edad, prestaciones de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

(41) Como señala FARGAS FERNÁNDEZ, J. *Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas.* Aranzadi. Pamplona. 2002. Pág. 182, como en el Registro no se suele preguntar por el sexo de las personas que se registran su uso es flexible.

(42) En estos momentos, en el Parlamento federal belga se está tramitando una reforma de la ley sobre acceso al matrimonio por las personas de la misma orientación sexual, en orden a eliminar la restricción sobre adopción de menores por parte de tales personas.

– En el ***Reino Unido,*** la Ley de 1991 sobre cohabitación establece una regulación muy semejante a la ley belga. No obstante, hay que tener en cuenta que en el caso inglés y antes de la aprobación de la ley, se había producido una evolución de la jurisprudencia, aplicando reglas del matrimonio, contenidas en las instituciones del derecho común, a las uniones estables de pareja.

– En lo que respecta a ***Alemania,*** con fecha 16 de febrero de 2001 y entrada en vigor el 1 de agosto del mismo año, se aprobó la ley sobre parejas de hecho registradas[43], cuya aplicación queda limitada a las parejas de hecho registradas del mismo sexo. La constitución de una pareja registrada se funda en la voluntad de dos personas de la misma orientación sexual[44] ante el encargado del Registro Civil, que registra la unión en un registro especial de parejas.

El registro de la pareja implica, entre otros efectos, una obligación de alimentos *ex lege* entre los miembros de la pareja, que puede continuar incluso tras la disolución de la pareja, en los casos en que se haya producido un quebranto económico para una de las partes; éstas responden solidariamente de las obligaciones, aunque hayan sido realizadas por una de ellas, siempre que sea para cubrir las necesidades de la vida en común.

– Desde 1998, ***la ley holandesa*** reguló las parejas de hecho bajo tres modalidades: el matrimonio, la pareja registrada (que tiene los mismos efectos que la pareja matrimonial y, entre ellos, los derechos de la Seguridad Social) y el contrato de vida en común (en el que los derechos de los convivientes entre sí no nacen de la ley, como en el caso de las parejas registradas y/o matrimoniales, sino del contrato suscrito entre ellos, por lo que, con carácter general, sus cláusulas no surten efectos frente a terceros). Al igual que sucede en el caso de Bélgica y España, la legislación posibilita el acceso al matrimonio por parte de las personas del mismo sexo[45].

– En ***Portugal***, la regulación de las parejas de hecho se contiene en la Ley 7/2001, de 31 de mayo, a través de la cual se efectúa una regulación escasa de los efectos de la constitución de una unión de tales caracteres, con mayor amplitud para los supuestos de ruptura de la convivencia. Se delimita la unión estable como la convivencia de dos personas, mayores de 16 años y que no estén incursos en otras limitaciones[46]. Los derechos de la pareja se establecen en función de los pactos articulados entre los convivientes, aunque existen unos mínimos establecidos en la ley, como son el de permanecer al menos 5 años en la

(43) La Ley fue objeto de recurso ante el Tribunal de Garantías constitucionales por los Länders de Baviera y Sajonia, y declarada conforme con las exigencias constitucionales.

(44) Aunque existen ciertas limitaciones, ya que no pueden constituir una pareja de hecho registrada los menores de edad, quienes estén casados o vinculados por otra pareja registrada no disuelta, así como quienes tengan vínculos de parentesco en línea recta o colateral hasta el segundo grado.

(45) Recientemente, se ha modificado la ley holandesa sobre acceso al matrimonio por parte de las personas de la misma orientación sexual, en orden a eliminar la restricción sobre adopción de menores por parte de dichas personas.

(46) Como es el caso de los incapaces, personas casadas, o relacionadas mediante vínculos de parentesco en línea recta o colateral, en este caso hasta el 2º grado, o personas condenadas como autores o cómplices del homicidio doloso del cónyuge del otro miembro de la pareja.

vivienda, por parte del sobreviviente, si el fallecido era propietario de la vivienda; de igual modo, se equipara la pareja de hecho al matrimonio, en lo que se refiere a la subrogación en el contrato de arrendamiento, así como el derecho a la adopción, si bien limitado a las parejas de orientación heterosexual.

– Recientemente, **en Suiza** se ha ratificado mediante referendum la Ley del Pacto Civil de Solidaridad, que reconoce a las parejas homosexuales y les otorga los mismos derechos y deberes que las parejas matrimoniales, salvo la adopción.

IV. LAS MEDIDAS LEGISLATIVAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

El Tribunal Constitucional (en adelante, TC) ha afirmado en diferentes sentencias que la "Constitución no protege a la familia que se constituye mediante el matrimonio –aunque a ésta la proteja especialmente (STC 45/1989)– sino también a la familia como realidad social, entendida por tal la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, efectiva y estable de una pareja". Con respaldo en esa interpretación y frente a la resistencia del Gobierno estatal de proceder a legislar en esta materia, la mayor parte de las Comunidades Autónomas han ido regulando, dentro del ámbito de sus competencias[47], el fenómeno social de las uniones de hecho[48].

(47) Sobre las competencias de las Comunidades Autónomas para legislar en el ámbito de las parejas de hecho, *vid*. GAVIDIA SÁNCHEZ, J.R. *Uniones libres y competencia legislativa de ciertas Comunidades Autónomas para desarrollar su propio Derecho civil.* La Ley. Vol. V. 1999 y VERDA Y BEAMONTE, J.R. "Las uniones de hecho a la luz de la Constitución Española de 1978: estado de la cuestión en la legislación estatal y autonómica". *Actualidad Civil.* 2001.

(48) Hasta el momento se han dictados las siguientes leyes autonómicas:

– La Ley 3/1997, de la Comunidad Autónoma de Galicia, de la familia, la infancia y la adolescencia (BOG de 11 de julio).

– La Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja (BOGC de 23 de julio), complementada por la Ley 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda.

– La Ley 6/1999, de 26 de marzo, de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa a parejas estables no casadas (BOA de 26 de marzo), modificada por la Ley 2/2004, de 3 de mayo (para incluir, dentro de los derechos de los convivientes el de adopción).

– La Ley 6/2000, de 3 de julio, de la Comunidad Foral de Navarra, para la igualdad jurídica de las parejas estables (BON de 7 de julio).

– La Ley 1/2001, de 6 de abril, del Parlamento de Valencia, por la que se regulan las uniones de hecho (DOCV de 11 de abril).

– La Ley 28/2001, de 19 de diciembre, de Baleares, de parejas estables (BOIB de 19 de diciembre; BOE de 16 de enero de 2002).

– La Ley 11/2001, de 18 de diciembre, de uniones de hecho, de la Comunidad de Madrid (BOCM de 3 de enero).

– La Ley 4/2002, de 23 de mayo, del Principado de Asturias, de Parejas Estables (BOPA de 31 de mayo).

– La Ley de Andalucía 5/2002, de 26 de diciembre, de Parejas de Hecho (BOJA de 28 de diciembre).

– Ley de Canarias 5/2002, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias (BOC de 19 de marzo de 2003).

A continuación se hace una breve síntesis del contenido de las disposiciones citadas.

A) Ley de la Comunidad de Galicia

Aunque la Ley 3/1997, del Parlamento de Galicia, adoptada sobre la base de las competencias reconocidas a dicha Comunidad Autónoma en el ámbito de la protección a la familia, no se refiere de forma explícita a las parejas de hecho, define como familia, a los efectos de dicha Ley "los conjuntos de personas unidas por vínculo de matrimonio o de parentesco o las unidades de convivencia, cuando constituyan núcleos estables de vida en común". Lo más relevante de la disposición gallega es la pretensión –aunque muy limitada– de efectuar una equiparación entre el matrimonio y las uniones de hecho, con una amplísima e imprecisa delimitación de la familia. Dentro de la misma se incluye a todas las uniones estables, hetero o homosexuales, aunque se omite cualquier referencia a un tiempo de convivencia necesario, o la forma en que se puede acreditar el carácter estable de esa unión; aun más, se incluye cualquier núcleo de convivencia, aunque ni existan vínculos afectivos.

LA CONSTITUCIÓN NO PROTEGE A LA FAMILIA QUE NACE MEDIANTE EL MATRIMONIO SINO TAMBIÉN A LA FAMILIA COMO REALIDAD SOCIAL, ES DECIR, LA UNIÓN DE HECHO EFECTIVA Y ESTABLE DE UNA PAREJA

De igual modo, la Ley 42/2000, de 7 de enero [49], del Parlamento de Galicia, sobre mediación familiar, considera familia, a los efectos de esa ley, a las unidades de convivencia, cuando sus componentes formen núcleos estables de vida en común[50].

B) Ley de parejas de hecho de Cataluña

Mucho más precisa que la anterior es la Ley de Cataluña 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja (LUEP)[51],

– Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura (DOE de 8 de abril).

– La Ley 2/2003, de 7 de mayo, de la Comunidad Vasca, de parejas de hecho (BOPV de 23 de mayo).

– O la Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria (Boletín Oficial de Cantabria, de 24 de mayo).

(49) BOG de 6 de marzo de 2000.

(50) En la misma línea, el artículo 3.2 de la Ley de 12 de mayo de 2005 (Boletín Oficial de Castilla-La Mancha de 3 de junio) extiende las funciones de dicho servicio no sólo a las parejas matrimoniales, sino también a las parejas de hecho.

(51) Un análisis de la ley catalana sobre uniones estables de pareja en GARRIDO MELERO, M. "Derecho de familia. Un análisis del Código de familia y de la Ley de uniones estables de pareja de Cataluña y su correlación con el Código Civil"; HERNÁNDEZ IBAÑEZ, C. *Problemática jurídica en torno a las uniones de hecho*. Asociación de profesores jubilados de Escuelas Universitarias. Madrid. Ministerio de Asuntos Sociales. Marcial Pons. 1999 (2000) o LÓPEZ BURNIOL, J.J. "La ley catalana de uniones estables de pareja". *Revista jurídica de Catalunya*. Núm. 3. 1999.

que pretende regular la realidad social de las parejas estables, aunque sin efectuar la equiparación de la unión de hecho con la familia matrimonial; por ello, teniendo en cuenta que la familia matrimonial se contiene en el Código de Familia, la Ley 10/1998 intenta regular las demás relaciones de convivencia diferentes del matrimonio[52]. La Ley citada ha sido objeto de modificación por medio de la Ley 3/2005, de 8 de abril, en orden a posibilitar la adopción por las parejas de hecho, cualquiera que sea la orientación sexual de sus miembros. La Ley catalana regula la pareja de hecho, si bien la excluye del Código de Familia para regular de forma aislada, de ahí que "el legislador catalán no reconoce claramente que las relaciones jurídicas generadas por las uniones estables de pareja –ni siquiera las generadas por uniones heterosexuales– sean auténticas relaciones familiares; una prueba clara de este aserto se halla en el hecho de que la LUEP no utiliza jamás, en su texto, la palabra "familia"[53]. Para la Ley catalana constituye una unión estable de pareja, la formada por dos personas, mayores de edad, que sin impedimento para contraer matrimonio entre sí, hayan convivido maritalmente, como mínimo un período ininterrumpido de dos años[54] o hayan otorgado escritura pública, manifestando la voluntad de acogerse a lo que en ella se establece; no es necesario el período mínimo de convivencia, cuando se tenga descendencia común, aunque sí la propia convivencia.

Como regla general, existe una libertad de pacto para la regulación de la pareja, ya que "los miembros de la pareja estable pueden regular válidamente, en forma verbal, por escrito privado o en documento público, las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia, así como los respectivos derechos y deberes; también pueden regular las compensaciones económicas que convengan para el cese de la convivencia con el mínimo de derechos regulados en la Ley"[55]. No obstante, existen determinados límites a dicha libertad de pactos, en cuanto que los derechos que concede la Ley son irrenunciables, como también lo son el derecho de alimento (artículo 8) o los derechos sucesorios mínimos (otorgados por el artículo 18).

(52) Además de la regulación de la Ley de uniones estables de pareja, el Parlamento de Cataluña aprobó la Ley 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda, delimitando esta situación como la relación de convivencia de dos o más personas –sin sobrepasar el número de cuatro y sin que los convivientes estén unidos por vínculos matrimoniales o que formen parte de una unión estable de pareja– en una misma vivienda habitual que, sin constituir una familia nuclear, comparte, con voluntad de permanencia y ayuda mutua, los gastos comunes o el trabajo doméstico. La situación convivencial de ayuda debe acreditarse mediante escritura pública o documento público notarial, o por el transcurso de un período de dos años de convivencia, acreditada mediante acta de notoriedad.

Existe una amplia regulación de los pactos a que puedan llegar los convivientes, así como la forma, que pueden ser verbales o escritos, en documento público o privado. En caso de extinción de la unidad convivencial, la persona que haya trabajado para la otra u otras, sin la debida contraprestación, si la convivencia ha producido una desigualdad económica que implique un enriquecimiento injusto, tiene derecho a una compensación económica a cargo del beneficiario o beneficiarios. De igual modo, en caso de cese de la convivencia por defunción de uno de los convivientes, el o los que sobrevivan que fueran mantenidos, total o parcialmente, por el premuerto en el último año de la convivencia, y que no tengan medios económicos suficientes, tienen derecho a una pensión alimenticia, a cargo de los herederos de aquél, por un período máximo de tres años, que se fijará por acuerdo de los afectados y, en caso de desacuerdo, mediante arbitraje o por acto judicial.

(53) LÓPEZ BURNIOL, J.J."La ley catalana ...". Pág. 11.

(54) A efectos del cómputo del período de dos años, el tiempo de convivencia anterior a la Ley 10/1998, se tenía en cuenta en los casos en que los dos miembros de la pareja o, en su caso, los herederos del difunto estuviesen de acuerdo.

(55) Artículo 3.1 de la Ley 10/1998, de Parlamento de Cataluña, de uniones estables de pareja.

La constitución de la unión estable de pareja produce una serie de efectos: personales (como son la posibilidad de adopción; la preferencia en la delación dativa, en el caso de que uno de los miembros de la pareja sea declarado incapaz, o la obligación recíproca de darse alimentos); patrimoniales (en cuanto a los gastos comunes de la pareja –si no hay pacto, ambos deben contribuir a los gastos y a las deudas– así como determinadas disposiciones sobre la vivienda común –el conviviente titular de la vivienda común no puede llevar a cabo ningún acto de enajenación, de gravamen o, en general, de disposición del derecho que comprometa su uso, sin el consentimiento del otro; de realizarse, el acto de disposición es anulable, a instancia del otro conviviente, en el plazo de cuatro años desde que se tenga conocimiento del mismo o de su inscripción en el Registro de la Propiedad–) o administrativos (especialmente en relación con la función pública de la Administración de la Generalidad, teniendo los convivientes derecho a los beneficios de excedencia voluntaria, permisos y reducción de jornada, en los mismos términos que las uniones matrimoniales).

De igual modo, la extinción de la unión estable (que lleva consigo la obligación de dejar sin efectos los documentos públicos que se hubiesen otorgado, así como la revocación de poderes) produce también unos efectos patrimoniales (centrados en la existencia de compensaciones económicas[56] o el derecho a una pensión periódica, que uno de los convivientes puede reclamar del otro en supuestos tasados[57] y por un período de tres años) o sucesorios (derechos de perpetración[58], derecho a residir en la vivienda común durante el año siguiente al fallecimiento y a ser alimentado con cargo al patrimonio hereditario) o el derecho a la subrogación arrendatario.

Dado el valor constitutivo otorgado a la escritura pública, estas uniones producen los efectos sólo a partir de la fecha de la autorización del documento público. De igual modo, en caso de ruptura de la convivencia, los convivientes únicamente pueden formalizar otra unión estable desde que hayan transcurrido seis meses desde que dejaron sin efecto la escritura pública correspondiente a la convivencia anterior.

C) Ley aragonesa reguladora de las parejas estables no casadas

Conforme a la Ley 6/1999, de 26 de marzo, de la Comunidad Autónoma de Aragón[59], para formar una unión estable se requiere una convivencia y una relación de afectividad análoga a la conyugal, estableciéndose una serie de limitaciones personales, para poder

(56) Para los supuestos en que uno de los convivientes haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente.

(57) Como son los supuestos en que la convivencia hubiese disminuido la capacidad del solicitante de obtener ingresos o si tiene a su cargo hijos comunes.

(58) El conviviente supérstite tiene derecho a la propiedad de las prendas, del mobiliario y de los utensilios que constituyan el ajuar, sin computarse por tanto en el haber hereditario.

(59) Un análisis de la ley aragonesa en HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C "Problemática jurídica en torno..." *op. cit.* y OLIVÁN DEL CACHO "Problemas de constitucionalidad de la Ley aragonesa de parejas estables no casadas". *RJCLM*. Núm. 29. Diciembre 2000.

constituir una pareja estable[60]. No obstante, existe una amplia libertad para la delimitación del régimen de convivencia, si bien no puede pactarse el carácter temporal de aquélla, ni someter la misma a condición. En el caso de que el régimen de convivencia y los correspondientes derechos y obligaciones se hubiesen elevado a escritura pública, los mismos adquieren el valor de capitulaciones matrimoniales, en el supuesto de que la pareja contrajese matrimonio. La Ley prevé una serie de efectos, de derechos y obligaciones para los convivientes, si bien, en el caso de las parejas estables, de orientación homosexual, quedaba vedada la adopción (en la regulación contenida en la Ley de 1999) restricción que ha sido eliminada conforme a la Ley 2/2004, de 3 de mayo.

Una de las especialidades de la Ley aragonesa consiste en la obligatoridad de que las parejas estables se inscriban en un Registro de la Diputación de Aragón, así como que quede anotada o mencionada en el Registro Civil (si la legislación estatal lo estableciese) a fin de que les sean de aplicación los beneficios previstos en aquélla. El Registro administrativo fue creado por Decreto de 15 de noviembre de 1999[61].

D) La Ley de la Comunidad de Navarra para la igualdad jurídica de las parejas estables

La Ley 6/2000, de 3 de julio, de Navarra, parte de una declaración programática, consistente en que "(...) nadie puede ser discriminado por razón del grupo familiar del que forme parte, tenga éste su origen en la filiación, en el matrimonio o en la unión de dos personas, que convivan en análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual"[62]; de ahí que su finalidad sea la de establecer ciertos preceptos que tienden a propiciar la igualdad jurídica de las parejas estables[63].

La delimitación de la pareja estable es muy semejante a la ley aragonesa, al calificarla como la unión libre y pública, en relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de la orientación sexual de los convivientes, de dos o más personas mayores de edad, o menores emancipados, sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona. Se precisa que la convivencia tenga una duración mínima de un año, salvo que se tenga descendencia común o la constitución de la pareja se haya formalizado en documento público.

Siguiendo el modelo aragonés, existe una fuerte libertad de pactos para la regulación de la convivencia, si bien la misma no puede constituirse con carácter temporal, ni ser

(60) Como son: no estar ligados los convivientes por vínculo matrimonial o formar parte de una pareja estable con otras personas; no ser parientes por línea recta por consanguinidad o adopción o, en caso de colaterales, por consanguinidad o adopción, hasta el segundo grado.

(61) Boletín Oficial de Aragón de 15 de noviembre de 1999.

(62) Artículo 1º de la Ley Navarra 6/2000.

(63) Un análisis de la ley navarra en GAVIDIA SÁNCHEZ, J.R. "Las uniones libres en la Ley Foral de Navarra de Parejas Estables". *Actualidad* Civil. 2001- 2.

sometida a condición; pero, frente a las trabas establecidas en su momento con las leyes catalana o aragonesa (trabas ya derogadas) no existe impedimento para que cualquier pareja estable, con independencia de su orientación sexual, puedan adoptar de forma conjunta, con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio[64]. A efectos de la sucesión, el conviviente de hecho se equipara al cónyuge; de igual modo, se produce la equiparación indicada a los efectos previstos en la legislación fiscal de Navarra, a la hora de cómputo de rendimientos y para la aplicación de las correspondientes deducciones o exenciones; por último, se da esa misma equiparación en el ámbito del régimen de la función pública de la Comunidad Autónoma de Navarra[65].

EN LAS LEYES ARAGONESA, NAVARRA Y VALENCIANA NO PUEDE PACTARSE LA CONSTITUCIÓN DE UNA UNIÓN DE HECHO CON CARÁCTER TEMPORAL

E) Ley valenciana de regulación de las uniones de hecho

En una posición similar a la navarra (salvo el caso de la adopción) se encuentra la Ley 2/2001, de 6 de abril, de Valencia, reguladora de las uniones de hecho[66]. A efectos de la Ley, se entiende por unión de hecho la convivencia, de forma libre, pública y notoria, de dos personas, vinculadas de forma estable, existiendo una relación de afectividad. La ley valenciana se asemeja a la navarra, en cuanto al período mínimo de convivencia (12 meses) y a la aragonesa, en cuanto que exige la inscripción de la unión de hecho en el Registro administrativo de uniones de hecho de la Comunidad Valenciana, teniendo la inscripción efectos constitutivos.

Los requisitos personales son semejantes a las leyes navarra y aragonesa, si bien se extiende hasta el tercer grado de parentesco (en vez del segundo) para que determinados familiares colaterales puedan formar parte de una unión de hecho. Como

(64) El hecho de que la Ley navarra hubiese posibilitado la adopción de menores por parejas homosexuales llevó en su momento al Gobierno a presentar un recurso de inconstitucionalidad, al entender invadidas competencias estatales, recurso del que ha desistido el Gobierno al aprobar y presentar en el Parlamento el proyecto de Ley de 2005, de reforma del Código Civil (que ha cristalizado en la Ley 13/2005, de 1 de julio) que permite el acceso al matrimonio por parte de personas de la misma orientación sexual, así como la posibilidad de adoptar por los mismos.

(65) Aunque, conforme a la Ley navarra, la existencia de la pareja estable y el transcurso de la convivencia pueden acreditarse a través de cualquier medio de prueba admitido en Derecho, en dicha Comunidad existen diferentes Registros municipales. Tal es el caso, entre otros, del Registro municipal de Uniones civiles del Ayuntamiento de Berriozar, aprobado por el Pleno del citado Ayuntamiento, de 30 de marzo de 1996 (Boletín Oficial de Navarra de 24 de junio) o del Registro municipal de parejas estables no casadas del Ayuntamiento de Pamplona, creado por la Ordenanza del mismo de 3 de agosto de 2000 (Boletín Oficial de Navarra de 6 de octubre).

(66) Previamente, el Gobierno de Valencia, mediante Decreto 250/1994, de 7 de diciembre, creó el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad Valenciana, desarrollado por Orden de 15 de febrero de 1995. Un análisis de la ley valenciana en VERDA Y BEAMONTE, J.R. "Estudio de la reciente Ley autonómica valenciana 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho". *Revista Valencia d'Estudis Autonòmics*. Núm. 34.

sucede en las dos leyes últimas, no puede pactarse la constitución de una unión de hecho con carácter temporal, no someterse a condición.

F) La Ley de Baleares sobre parejas estables

Parte de los antecedentes de las leyes autonómicas anteriores, regulando la pareja estable de la siguiente forma:

– Pueden formar una pareja estable dos personas mayores de edad (o menores emancipados) unidas por una relación de afectividad análoga a la conyugal, que no estén afectados por las limitaciones que prevé la propia Ley –artículo 2º–[67]. A diferencia de lo que sucede en otras leyes, no se precisa período previo de convivencia, aunque sí la inscripción en el Registro administrativo (Registro de Parejas de Hecho) teniendo la inscripción efectos constitutivos.

– Existe una amplia libertad de pacto, en orden a que los convivientes regulen, de mutuo acuerdo, la convivencia, tanto en las relaciones personales como patrimoniales, si bien cada miembro de la pareja responde con sus bienes del cumplimiento de las obligaciones que haya contraído. A pesar de esta libertad, no puede pactarse la constitución de una pareja con carácter temporal, ni someter la misma a condición[68].

– La extinción de la pareja estable se produce por una serie de causas, como son el mutuo acuerdo; la voluntad de una de las partes; cese efectivo de la convivencia durante un período mínimo de 1 año; matrimonio de uno de los integrantes o la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los integrantes. En caso de extinción de la pareja, los miembros de la pareja están obligados a dejar sin efecto la declaración formal que se haya otorgado.

En caso de extinción de la pareja estable, cualquiera de los miembros de la misma puede reclamar del otro una pensión periódica, si se precisa para atender adecuadamente a su sustento, siempre que la convivencia haya disminuido la capacidad del solicitante para obtener los ingresos o que el cuidado de los hijos comunes impida o dificulte la realización de actividades. De igual modo, se puede reclamar una compensación económica, cuando la convivencia haya originado una situación de desigualdad patrimonial entre los convivientes, y se haya producido el hecho de que el solicitante haya contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de los bienes comunes o privativos del otro conviviente, o el solicitante se haya dedicado, de forma exclusiva o principal, a la realización del trabajo para la familia.

(67) Estas limitaciones son: no estar unidos los convivientes por matrimonio o por otra pareja estable; no ser parientes en línea recta por consanguinidad o adopción o, en caso de parentesco colateral, que ese parentesco no alcance el 3er grado.

(68) De igual, se declaran nulos los acuerdos contrarios a derecho y aquellos que limiten la igualdad de derechos que correspondan a cada miembro de la pareja.

– En los supuestos de extinción de la pareja por muerte o declaración de fallecimiento de uno de los convivientes, el superviviente tiene derecho a la propiedad del mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda, sin que se computen dentro del haber hereditario, así como, en su caso, a subrogarse en el arrendamiento de la vivienda. Además, tanto en los casos de sucesión testada como intestada, el conviviente supérstite tiene los derechos que la Compilación de Derecho civil balear prevé en favor del cónyuge viudo.

– Por último, los derechos y obligaciones establecidos para los cónyuges en el marco de las competencias de la Comunidad Autónoma de Baleares se entienden de igual aplicación a los miembros de las parejas estables.

G) Ley madrileña de uniones de hecho

La Ley 11/2001, de 12 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, pretende una regulación de las que denomina "uniones de hecho" con una regulación muy similar a la ley valenciana. Hay que tener en cuenta que, frente a lo que sucede en otras Comunidades Autónomas (por ejemplo, Cataluña, País Vasco, Navarra, Baleares, etc.) la Comunidad de Madrid no tiene competencias específicas sobre derecho civil, al ser de aplicación el "derecho civil común" por lo que la Ley 11/2001 obvia toda una serie de prescripciones que, por el contrario, sí se abordan en otras leyes autonómicas (por ejemplo, la adopción, la sucesión, etc.)

Los rasgos característicos de la ley madrileña sobre uniones de hecho son los siguientes:

– Pueden formar una pareja estable dos personas mayores de edad (o menores emancipados) unidas por una relación de afectividad análoga a la conyugal, que no estén afectados por las limitaciones que prevé la propia Ley, limitaciones que coinciden con las contenidas en la Ley de Baleares. No obstante, se prevé un período previo de convivencia de 12 meses, así como la inscripción en el Registro administrativo correspondiente, teniendo la inscripción efectos constitutivos. No puede pactarse la constitución de una unión de hecho de carácter temporal, ni sometida a condición.

– Los convivientes pueden pactar, en escritura pública, los acuerdos que consideren convenientes para regir las relaciones económicas durante la convivencia. Entre tales acuerdos, pueden establecerse pactos de compensación económica, en caso de que la convivencia haya producido un desequilibrio económico de uno de los convivientes.

– La extinción de la pareja estable se produce por el mutuo acuerdo; la voluntad de una de las partes; separación de hecho de más de 6 meses; matrimonio de uno de los integrantes o la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los integrantes. En caso de extinción, los miembros de la pareja están obligados a dejar sin efecto la declaración formal que se haya otorgado.

– Los derechos y obligaciones establecidos para los cónyuges en el marco de las competencias de la Comunidad Autónoma de Baleares se entienden de igual aplicación a los miembros de las parejas estables.

H) Ley asturiana de parejas estables

Siguiendo el modelo de Comunidades anteriores, el Principado de Asturias ha regulado –a través de la Ley 4/2002, de 23 de mayo– la situación de parejas estables, con una finalidad antidiscriminatoria, de modo que nadie pueda ser objeto de discriminación por razón del grupo familiar del que forme parte, tenga su origen en la filiación, el matrimonio o en la unión estable de convivencia de afectividad análoga a la conyugal, con independencia del sexo de los convivientes.

Puede formar parte de una unión estable cualquier persona, siempre que no sea menor de edad o esté vinculada con otra por razones de parentesco por consanguinidad o adopción, en línea recta o colateral hasta el segundo grado, y siempre que cualquiera de ellas no esté vinculada con otra en razón de matrimonio o forme otra pareja estable. No obstante, para la aplicación de los beneficios de la Ley se precisa convivencia mínima de 12 meses, salvo que exista descendencia común, o la voluntad de constituir la pareja estable se hubiese formalizado en escritura pública o por su inscripción en el Registro de Uniones de Hecho de Asturias.

La Ley reconoce una serie de medidas a las uniones estables, a través de su equiparación al matrimonio, pudiendo acoger a menores, siempre que el acogimiento sea simple o permanente.

I) Ley andaluza de parejas de hecho

La Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Andalucía sigue, en buena parte, el modelo de la ley asturiana, sin que se exija ningún período previo de convivencia, ampliándose de forma importante las formas de manifestación de la declaración de convivencia común (comparecencia ante el Registro de parejas de hecho, ante las autoridades municipales). Además, en sintonía con otras leyes autonómicas, la ley andaluza prevé una serie de efectos personales (entre los que se encuentra el derecho de los miembros de la pareja de establecer acogimientos simples o permanentes, precisándose que la identidad sexual de los componentes de la pareja no puede ser utilizado como factor discriminatorio, en la valoración de los criterios de idoneidad, en orden a la constitución del acogimiento) o patrimoniales (en los que se reconoce una amplia libertad a favor de los componentes de la pareja, para el establecimiento de tales relaciones, tanto en el inicio de la convivencia, como en la disolución de las mismas).

Por último, se establece un principio de equiparación de la pareja estable al matrimonio en todas las actuaciones ante la Administración de Andalucía, con las limitaciones que puedan derivarse de la legislación estatal.

J) Ley canaria de parejas de hecho

La Ley canaria (Ley 5/2003, de 6 de marzo) sigue los precedentes anteriores, si bien la limitación de parentesco o adopción, para la constitución de una unión estable se extiende al tercer grado, exigiéndose, además, una convivencia previa de 12 meses (sin que este período se vea suprimido en caso de la existencia de descendencia común).

Como suele suceder en otras legislaciones autonómicas, la inscripción en el registro de parejas de hecho tiene efectos declarativos sobre la constitución, modificación o extinción de aquéllas. Sin embargo, los efectos y beneficios de las parejas de hecho en Canarias son más reducidos que en otras legislaciones: no existe una declaración genérica de equiparación con el matrimonio; no pueden beneficiarse de la tributación conjunta respecto del tramo autonómico del IRPF, ni tampoco existe la posibilidad de que puedan constituir acogimientos de menores.

EN MUCHAS DE LAS LEGISLACIONES AUTONÓMICAS LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE PAREJAS DE HECHO TIENE EFECTOS DECLARATIVOS SOBRE LA CONSTITUCIÓN, MODIFICACIÓN O EXTINCIÓN DE AQUÉLLAS

K) Ley extremeña de parejas de hecho

Dentro de la filosofía de no discriminación ha de insertarse la Ley extremeña 5/2003, que efectúa una regulación de la unión de hecho en términos muy similares a las leyes andaluza o asturiana. Se requiere una convivencia previa de 12 meses, y las limitaciones para la constitución de la unión estable son similares a leyes anteriores, aunque el parentesco se amplía hasta el tercer grado.

Se establece un amplio margen de libertad para los miembros de la pareja para la constitución de sus relaciones. Asimismo, se prevé que los miembros de la unión estable pueden constituir acogimiento de menores. Frente a lo que sucede en la Ley canaria, en la ley extremeña existe una declaración de equiparación de la unión estable con el matrimonio.

L) La ley vasca de parejas de hecho

La Ley vasca 2/2003, de parejas de hecho, se inserta también en el principio de no discriminación de las personas por el hecho de la formación familiar que haya creado o de la orientación sexual de las mismas[69]. La delimitación de pareja de he-

(69) El artículo 8º de la Ley vasca fue recurrido por el Gobierno, en especial por el tema de la adopción por parte de las parejas de hecho de orientación homosexual; sin embargo, el recurso de inconstitucionalidad fue retirado, tras la aprobación del proyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (que ha culminado

cho está en línea con otras disposiciones previas, requiriéndose para la aplicación de los beneficios de la Ley la inscripción de la unión de hecho en el correspondiente Registro de Hecho.

La normativa vasca parte de un amplio espectro de libertad para constituir las relaciones de convivencia y el régimen económico, estableciéndose una serie de beneficios, bajo el principio de equiparación entre el matrimonio y la pareja de hecho, llegando incluso al régimen sucesorio, el acogimiento de menores y la adopción. Además, existe una declaración programática (artículo 17) referida al régimen laboral y de Seguridad Social, en el sentido de que la Administración vasca, si bien en el ámbito de sus competencias, velará por la plena equiparación de los derechos de las parejas de hecho y las casadas, en la aplicación de las normas laborales y de Seguridad Social, tanto en el sector público, como en el sector privado.

M) La Ley cántabra de parejas de hecho

La última de las iniciativas legislativas autonómicas, en materia de parejas de hecho, está constituida por la Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Cantabria, la cual tiene una regulación muy similar a la dictada previamente desde otras Administraciones territoriales.

Se trata de una ley en que la regulación de las unidades convivenciales se basa en la publicidad de esa convivencia, a través de su registro mediante la inscripción en un registro público (el Registro de Parejas de Hecho de Cantabria), inscripción de naturaleza administrativa y voluntaria, aunque con carácter constitutivo. La Ley cántabra considera pareja de hecho a la que resulte de la unión de dos personas de forma estable, libre, pública y notoria, en una relación afectiva análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, siempre que hubiese convivido al menos un año en forma ininterrumpida, salvo que tuviesen descendencia común –lo sea natural o adoptiva–. No obstante, no pueden inscribirse en el Registro personas menores de edad no emancipadas, personas ligadas por vínculo matrimonial, quienes formen parte de una pareja de hecho, así como los parientes en línea recta o colateral, por consanguinidad o adopción, hasta el segundo grado.

Teniendo en cuenta las competencias que residen en la Comunidad Autónoma de Cantabria, el contenido de la Ley se aproxima bastante a la ley asturiana, de modo que los derechos y deberes de los convivientes serán los que se hayan establecido en los correspondientes pactos, que deberán estar formalizados en escritura pública.

en la Ley 13/2005, de 1 de julio). En tal sentido, en el BOE del día 5 de enero de 2004, se publicó la providencia del Tribunal Constitucional, de 14 de diciembre, por la que se levanta la suspensión que pesaba sobre el artículo 8 de Ley del Parlamento Vasco 2/2003, de 7 de mayo, como consecuencia del recurso de inconstitucionalidad 5174, 2003, presentado por el Gobierno y del que desistió con fecha 1 de octubre de 2004.

V. LAS UNIONES DE HECHO[70] Y EL LEGISLADOR ESTATAL[71]

La Constitución de 1978, a través de su artículo 39, se ocupa de la familia, ordenando a los poderes públicos la protección de la misma, si bien no delimita lo que puede entenderse por tal, utilizando una cierta imprecisión y dejando la puerta abierta a desarrollos legislativos posteriores e, incluso, a interpretaciones jurisprudenciales sobre qué realidades han de ser consideradas como familia. Esa imprecisión ha sido llenada, en parte, por la jurisprudencia, para entender incluidas, al menos en algunos aspectos, a las uniones de hecho, como así sucedió en la resolución de la cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 58.1 de la anterior Ley de Arrendamientos Urbanos. En esta sentencia, el TC entiende –por primera vez– que a la familia que al artículo 39 manda proteger no sólo es la matrimonial, sino también la extramatrimonial[72].

Frente a lo que sucede en las legislaciones autonómicas, la legislación estatal contempla de forma muy fragmentada a las uniones de hecho, mencionándolas en algunas ocasiones y equiparándolas en determinados aspectos al matrimonio, a veces con efectos favorables y desfavorables en otros[73]. Entre estas normas destacan:

A) Normas de derecho público

– La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, establece en su artículo 52.2 que "se informará al interno del fallecimiento o enfermedad de un pariente próximo o de una persona íntimamente vinculada con aquél" o, en su artículo 53.1, prevé que se dispondrán en los establecimientos penitenciarios de locales adecuados "para las visitas de familiares o de allegados íntimos".

– La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil de derecho al honor[74] no diferencia la modalidad de familia, en orden a la exigencia de la protección de los derechos recogidos en el texto constitucional.

(70) El término de identificación de la convivencia entre dos personas, con ciertos caracteres de permanencia y estabilidad, no es pacífica y se utilizan varias acepciones (uniones libres, parejas no casadas, uniones de hecho, uniones maritales de hecho, convivencia *more uxorio*, etc.)

(71) Un análisis de las parejas de hecho en MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. "Las uniones de hecho": Derecho aplicable". *Actualidad Civil*. 1999-4 1999; MERINO HERNÁNDEZ, J.L. *Manual de parejas estables no casadas*. Librería General. Zaragoza. 1999; PANTALEÓN PRIETO, F. "Régimen jurídico civil de las uniones de hecho" en AAVV. *Uniones de hecho*. Universidad de Lérida. 1998; TALAVERA FERNÁNDEZ, P. A. *La unión de hecho y el derecho a no casarse*. Granada. Comares.

(72) STC 222/1992, de 11 de diciembre. Esta tesis fue seguida por otras, como las SSTC 6/1993, de 18 de enero o la 47/1993, de 8 de febrero.

Antes de la sentencia del TC, el TS había entendido incluidas en el artículo 39 CE las uniones de hecho –por ejemplo en las SSTS de 18 de mayo o de 21 de octubre de 1992–).

(73) Ha de traerse a colación la STC 209/1988,de 10 de noviembre, que modificó la regulación y el tratamiento del IRPF, en la que, tras considerar el incremento de la capacidad económica que se produce por la vida en común, señala que tal situación se puede predicar a todos los que viven en común, y no sólo a los que forman una pareja matrimonial, de lo que deducía que, al dar un tratamiento fiscal diferente a las personas que formaban parte de una unión convivencial, según que esa unión fuese o no de carácter matrimonial, sin que dicha diferencia estuviese justificada en aras de otro valor constitucionalmente protegido.

(74) TORRENT, A. "Uniones de hecho y separación de hecho". *Revista de Derecho Notarial*. Abril/junio. 1988.

– El Código Penal contempla las uniones de hecho en diferentes ocasiones, como son el artículo 23 –circunstancias mixtas de parentesco–, 18 –exención de penas a determinados encubridores–, 173 –respecto a las penas aplicables a quienes ejerzan violencia física sobre su cónyuge o la persona con la que esté unida por una relación de afectividad similar[75]–, 443 y 444 –los cuales contemplan la unión de hecho en relación con el delito de lesiones– o 617 –en relación a las faltas contra las personas–.

– La Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de asilo y de la condición de refugiado, en su artículo 10.1, asimila a efectos de extensión de asilo al cónyuge o "la persona con la que se halle ligado por análoga relación de afectividad y convivencia".

– La Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, de procedimiento del *habeas corpus* atribuye legitimación activa para ejercitar tal procedimiento al cónyuge del privado de libertad y a la "persona unida por análoga relación de afectividad" (artículo 3).

– La Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, equipara la unión de hecho al matrimonio a efectos de las incompatibilidades y prohibiciones de jueces y magistrados (artículos 218 y 219).

– La Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, modificó el artículo 955 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de modo que quien convivió con otra persona, que hubiese sido condenada penalmente, tiene acción para que se rehabilite la memoria del fallecido y se castigue al verdadero culpable.

– La Ley Orgánica 5/1995, de 23 de mayo, del Tribunal del Jurado, en cuyo artículo 11, al establecer las prohibiciones para ser jurado, se incluye la de mantener con quien se comparte vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable.

– La Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo, califica como beneficiarias de las correspondientes indemnizaciones, cumpliendo los demás requisitos establecidos, a las personas que hubiesen estado unidos con la víctima por una relación de afectividad análoga a la conyugal[76].

– Por último, el Real Decreto-Ley 8/2004, de 5 de noviembre, sobre indemnizaciones a los participantes en operaciones internacionales de paz y seguridad. En su Disposición Adicional Primera se reconoce pensión extraordinaria, por acto de servicio, a favor de las personas que convivían de forma estable, y en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con los fallecidos en el accidente del "Yakolev".

(75) El artículo 173 del Código Penal ha sido objeto de nueva redacción a través de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

(76) La Orden TAS/475/2005, de 28 de febrero, por la que se crea la Unidad Administradora para la gestión del fondo de ayudas a las víctimas y afectados del atentado terrorista de 11 de marzo de 2004 y la Comisión del seguimiento de la misma, entiende por afectadas del atentado mencionado a las personas que tengan una vinculación directa con las víctimas del atentado por parentesco o convivencia, teniendo, a estos efectos, la misma consideración las parejas de hecho.

B) Normas de derecho privado

También en las normas de derecho privado existen disposiciones legales que, de alguna forma, tienen presente la convivencia de hecho en orden a la atribución de determinados derechos o acciones, como son, entre otras:

– El artículo 101 del Código Civil contempla la convivencia marital como causa de extinción de la pensión compensatoria.

– La Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos, contempla en diversas ocasiones las parejas de hecho "cualquiera que sea la orientación sexual", en orden a la consideración de determinados efectos jurídicos similares a las parejas matrimoniales (norma legal que no es sino la culminación de un proceso que se inicia en la STC 222/1992, que declaró inconstitucional al artículo 58 de la Ley de arrendamientos de 1964 –regulador del derecho de subrogación *mortis causa*–, al no incluir entre sus beneficiarios al conviviente de hecho).

LAS NORMAS DE DERECHO PRIVADO TAMBIÉN TIENEN PRESENTE LA CONVIVENCIA DE HECHO EN ORDEN A LA ATRIBUCIÓN DE DETERMINADOS DERECHOS O ACCIONES

– La convivencia *more uxorio* es contemplada por los Derechos forales en diversas ocasiones como causa de extinción de ciertos derechos sucesorios o de derecho familiar adquiridos por el cónyuge supérstite.

– En materia de filiación, en los supuestos en que la pareja tenga hijos, les serán aplicables las normas que el Código Civil establece para la filiación, es decir, que se produce una total equiparación entre la filiación matrimonial y extramatrimonial (artículos 108, 110, 154, 156 y 160).

– La Ley 11/1981, de 3 de mayo, de modificación del Código Civil, contempla como causa de emancipación la circunstancia de que quien ejerza la patria potestad contrajera nuevas nupcias o conviviese maritalmente con persona distinta del otro progenitor (artículo 320 CC).

– La Ley 21/1987, de 11 de noviembre (de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil), contempla la posibilidad de que los sujetos integrantes de una unión de hecho heterosexual puedan adoptar conjuntamente[77].

(77) Esta reforma sigue sin estar en línea con la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de febrero de 1984, por la que se recomienda a la Comisión a que inste a los Estados a terminar con la discriminación de las parejas homosexuales, permitiéndoles el acceso al matrimonio y a la adopción de los hijos.

– La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, contempla el fenómeno de las parejas no casadas (artículos 6.1 y 4; 4.8; 8.2 y 9.3).

– O la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, equipara al conviviente de hecho con el cónyuge a efectos de la información clínica con respecto del otro conviviente.

VI. LAS UNIONES DE HECHO Y LA SEGURIDAD SOCIAL

A) La familia desde la vertiente constitucional

Antes de entrar en uno de los problemas básicos de la cobertura de la protección social (especialmente en el caso de las prestaciones de muerte y supervivencia) como en el caso de las uniones de hecho, parece conveniente partir de a qué clase de familia se refiere el artículo 39 CE y, por tanto, si, desde un punto de vista constitucional, las uniones de hecho tienen derecho a la protección. Si se compara ambas uniones –la matrimonial y la de hecho– las notas configuradoras son idénticas, salvo el supuesto formal, por lo que, *a priori*, podría establecer que, a igualdad de situaciones, igualdad de trato. En tal sentido, el propio TC (STC 222/1992) ha determinado que "(…) ningún problema de constitucionalidad existiría si el concepto de familia presente en el artículo 39.1 CE hubiera de entenderse referido en términos exclusivos y excluyentes a la familia fundada en el matrimonio. No es así, sin embargo. Nuestra Constitución no ha identificado a la familia a la que se manda proteger, con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (artículos 32 y 39), sino también, junto a ella, por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido artículo 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter 'social' de nuestro Estado (artículos 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen".

Es decir que, desde un punto de vista conceptual, la familia no puede identificarse con el matrimonio, puesto que existe un concepto cultural, plural y abierto, adaptable a las necesidades sociales que puedan existir en cada momento determinado, ya que "(...) el sentido de estas normas constitucionales no se concilia, por lo tanto, con la constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en encuentra en esta modalidad de vida familiar".

Para el TC y en relación con el principio constitucional de igualdad, el libre desarrollo de la personalidad no resulta coartado, porque al superviviente de una unión de hecho no se le reconozca una pensión de viudedad, circunstancia que sí se vería producida "(...) si los poderes públicos trataran de impedir o reprimir la convivencia *more uxorio* o de imponer el

establecimiento del vínculo matrimonial"[78]. De ahí que para el intérprete constitucional unión matrimonial y convivencia de hecho se trata de situaciones diferentes y la respuesta del ordenamiento jurídico no tiene por qué ser equivalente, pues si el derecho a contraer matrimonio es un derecho constitucional "el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica (...) y la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes convivan de hecho, sin que nada les impida contraer matrimonio, no es arbitraria, ni carece de fundamento"[79].

Según el TC, la diferencia de trato entre la institución familiar matrimonial y la convivencia de hecho no vulnera el artículo 39 CE, ya que no dificulta ni coarta de forma no razonable al hombre y a la mujer para la convivencia de hecho, sino que únicamente se produce un trato más favorable a la institución matrimonial, institución que es reconocida y garantizada por el artículo 32 CE, sin que del texto constitucional se "derive un pretendido derecho a la formación de una unión de hecho que, por imperativo del artículo 14, sea acreedora del mismo tratamiento que el dispensado por el legislador a quienes, ejercitando el derecho constitucional del artículo 32.1, contraigan matrimonio y formalicen así la relación que, en cuanto institución social, la Constitución garantiza"[80].

Pero de esta doctrina no resulta que la unión de hecho no deba ser objeto de protección, ya que el TC[81] llama la atención sobre la conveniencia de distinguir entre la institución matrimonial de la familia, en cuanto que la CE no identifica familia –a la que manda proteger– con una clase de ella –la que tiene su origen en el matrimonio–, teniendo en cuenta tanto la regulación diferenciada de una y otra, como por el mismo sentido tuitivo con el que la norma fundamental considera siempre a la familia, justificación a la que habría que añadir la obligación de los poderes públicos de atender a los ciudadanos en situación de necesidad, pero sin que tal protección haya de devenir, de forma necesaria, de las prestaciones de viudedad, puesto que respecto a esta protección "cuestión distinta es que el supérstite de una unión de hecho que soporte una situación de necesidad (...) no debe quedar desprotegido por el régimen público de Seguridad Social (...) pero tal protección no tiene necesariamente que presentarse a través de la actual pensión de viudedad".

A pesar de ello, en el ordenamiento de la Seguridad Social se recogen determinados preceptos en los cuales del hecho de mediar o no matrimonio, en una relación de convivencia, se deriva una respuesta muy diferente en el acceso a la correspondiente prestación o a la aplicación de la respectiva regulación.

B) Campo de aplicación y afiliación de trabajadores

Conforme al artículo 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) –en relación con el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores (ET)– no tiene la consideración de tra-

(78) STC 184/1990, de 15 de noviembre.

(79) STC 27/1991, de 11 de abril.

(80) *Vid.* STC anterior.

(81) STC 222/1992, de 11 de diciembre.

bajador por cuenta ajena, a efectos de la inclusión en la Seguridad Social, salvo prueba en contrario, el cónyuge del empresario que esté ocupado en los centros de trabajo de éste, cuando conviva con éste y esté a su cargo. Sin embargo, esta exclusión únicamente afecta al cónyuge y a los parientes hasta el segundo grado, no incidiendo en las parejas de hecho la carga de la prueba[82]. Por ello, en los casos de convivencia de hecho de una persona con el empresario, tal circunstancia no es obstáculo para que pueda configurarse entre ambas una relación laboral, sin que esté afectado por las limitaciones establecidas en el artículo 1.3.e) ET, sin que quepa extender a la convivencia de hecho una interpretación analógica de la regulación prevista para la relación matrimonial. En consecuencia y como ha señalado la jurisprudencia[83], si a la relación convivencial entre el empresario con otra persona no le es de aplicación las limitaciones señaladas, habrá que estar al contenido del artículo 1.1 ET pudiendo existir entre ambos una relación laboral, cuando se dan las notas de ajeneidad y dependencia características de la misma[84].

De igual modo, en el Régimen Especial de Autónomos[85], la presunción de que es trabajador autónomo el cónyuge y demás familiares, hasta el 2º grado, del titular de un establecimiento mercantil o industrial, no es extensible a las parejas y demás familiares extramatrimoniales.

A su vez, la exclusión del Régimen de Empleados de Hogar[86] únicamente afecta al cónyuge y otros familiares, pero no al conviviente de hecho[87].

C) Asistencia sanitaria y unión de hecho

Frente a la imposibilidad anterior de que el conviviente de hecho pudiese ser beneficiario del titular del derecho, a efectos de la cobertura de asistencia sanitaria, la Resolución de

(82) De acuerdo con la STS de 24 de febrero de 2000, u.d., en la que se discutía si tenía derecho a la prestación por desempleo contributiva una mujer que convivía con el empresario, persona física en el mismo domicilio, teniendo hijos comunes.

(83) STS de 24 de febrero de 2000, u.d. En la misma la pretensión consistía en la solicitud de una prestación contributiva de desempleo por una trabajadora por parte de su antigua pareja de hecho.

(84) Una crítica a las consecuencias que se deducen de la STS de 24 de febrero de 2000 en MARTÍNEZ GIRÓN, J. "Nuevas formas de familia y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social" en AAVV (BORRAJO DACRUZ, E. *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*. La Ley. 2004.

(85) Artículo 3.b) del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto.

(86) Artículo 3.a) del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre.

(87) También en la regulación de los Regímenes Especiales Agrario y de Trabajadores del Mar, la convivencia del trabajador con el empresario, según sea matrimonial o de hecho, condiciona el régimen de incorporación a la Seguridad Social (*Vid.* artículo 3º del texto refundido de las Leyes 38/1966, de 31 de mayo, y 41/1970, de 22 de diciembre, por las que se establece y regula el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 2123/1971, de 23 de julio y artículo 3º y la letra a) del apartado 1 del artículo 31 del Texto Refundido de las Leyes 116/1969, de 30 de diciembre, y 24/1972, de 21 de junio, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, aprobado por Decreto 2864/1974, de 30 de agosto.

29 de diciembre de 1984[88] previó el reconocimiento de la asistencia sanitaria a la persona que, sin ser cónyuge, conviva maritalmente con el titular del derecho a la asistencia sanitaria, así como a los hijos de esta última, siempre que se acredite un año de convivencia ininterrumpida con el titular del derecho. A tales efectos, y para la acreditación de la convivencia, el solicitante de la prestación ha de presentar, de forma preferente, un certificado de empadronamiento expedido por el Ayuntamiento; caso de no poder aportarse este certificado, se admitirá cualquier otro medio de prueba "que se estime suficiente".

LA RESOLUCIÓN DE 29 DE DICIEMBRE DE 1984 PREVIÓ EL RECONOCIMIENTO DE LA ASISTENCIA SANITARIA A LA PERSONA QUE, SIN SER CÓNYUGE, CONVIVA MARITALMENTE CON EL TITULAR DE TAL DERECHO

No obstante, en la aplicación de esta Resolución únicamente se venía admitiendo la convivencia en las parejas heterosexuales, negando, por el contrario, el derecho a la convivencia homosexual[89], al entender que la expresión "convivencia marital" (a que alude el apartado 1 de la Resolución de 29 de diciembre de 1984) no incluía la convivencia entre personas del mismo sexo, al estar vedado el derecho a contraer matrimonio a las parejas de la misma orientación sexual. Sin embargo, esta aplicación había sido puesta en cuestión por la jurisprudencia[90] que, frente al criterio administrativo, entendía que la interpretación jurídica de las norma ha de efectuarse en relación con la realidad social imperante en cada momento, para concluir que, en el marco de aplicación de la Resolución de 1984, cabía encuadrar la convivencia homosexual.

De todas formas, la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, de modificación del Código Civil en matera de derecho a contraer matrimonio, hace perder sentido al criterio administrativo, en cuanto que si cabe el matrimonio entre personas del mismo sexo, la convivencia *more uxorio* entre personas homosexuales quede incluida en el ámbito de aplicación de la Resolución de 1984.

(88) Completada por Resolución de la Secretaría General para la Seguridad Social de 7 de julio de 1986 y desarrollada, en su aplicación, por la Circular del Instituto Nacional de la Seguridad Social 5/1985, de 18 de febrero, así como el Oficio-Circular de la misma Entidad 36/1986, de 31 de julio, derogados, al haberse refundido ambos, en la Circular 20/1994, de 19 de julio.

(89) Véase INSS. Criterio Jurídico de la Gestión 2/1997.

(90) Sentencia del TSJ de Navarra de 30 de noviembre de 2000. El Tribunal juzgador ampara el derecho de una persona a ser beneficiaria de otra, del mismo sexo con la que convive, titular de asistencia sanitaria, en la propia literalidad de la Resolución de la Secretaría General para la Seguridad Social, de diciembre de 1984, interpretada, bajo los principios de no discriminación, de la aplicación de las normas internacionales e, incluso, de las propias normas autonómicas, que consagran la equiparación de las uniones de hecho a las matrimoniales.

D) Pensión de viudedad y convivencia extramatrimonial

a) Consideraciones generales[91]

La pensión de viudedad, desde su establecimiento, ha tenido un carácter híbrido[92], pues si bien se trata de una prestación contributiva y, en consecuencia, supeditada a la afiliación y cotización de la persona causante, no obstante también tiene una finalidad asistencial, en cuanto su objetivo era el remedio de las situaciones de necesidad del cónyuge sobreviviente (sociológicamente, la mujer). Estos dos aspectos han ido conviviendo en el tiempo, pero sus notas básicas han permanecido estables, a pesar de los fuertes cambios que se han producido en las estructuras sociales y familiares.

En los últimos tiempos, las pensiones de viudedad han sido objeto de reformas al amparo de la legislación que se pone en práctica en el marco del desarrollo del denominado "Pacto de Toledo", es decir, del acuerdo político suscrito en la pasada legislatura, en abril de 1995, sobre el diagnóstico, análisis y reformas que debían acometerse en el sistema de Seguridad Social, en orden a su mantenimiento, perfeccionamiento y consolidación. Aunque el Pacto de Toledo[93] establece todo un análisis de la situación en que se encontraba el sistema de pensiones de la Seguridad Social, así como de los problemas que le aquejaban, sin embargo es bastante parco en lo que se refiere a las recomendaciones que se dirigen a las prestaciones de muerte y supervivencia y ello, resulta más paradójico, en cuanto que el propio Pacto de Toledo (Parte VII.4.) es consciente de las modificaciones sociales habidas en los últimos tiempos, puesto que "en la sociedad actual y aun más en el futuro, se da toda una serie de cambios que requieren efectuar las adaptaciones precisas en los modelos protectores vigentes para dar respuesta a las necesidades que pueden

(91) Un análisis detallado de la situación de las parejas de hecho, en relación con la pensión de viudedad en MESA MARRERO *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*. Aranzadi. 2000. Págs. 269 y ss. En otro sentido, LÓPEZ LÓPEZ, J. ["Pensión de viudedad y dependencia económica: un análisis de las reformas desde el punto de vista del género" en VVAA. *Las últimas reformas* (2004) *y el futuro de la Seguridad Social*. Bomarzo. 2005)] señala que la reforma de las pensiones de jubilación únicamente tendrá virtualidad protectora, cuando aquélla se lleve a cabo dentro de un programa amplio de eliminación de la desigualdad por género.

(92) Como tal lo califica GUTIÉRREZ PÉREZ, M. "Pensión de viudedad y matrimonio entre personas del mismo sexo" en AAVV. *Los problemas del derecho a prestaciones. Jubilación flexible, colocación adecuada, maternidad, valoración de incapacidades* Ed. Laborum. AESS. Murcia. 2005.

(93) Se conoce como Pacto de Toledo el "Informe elaborado por la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del Sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deben acometerse", aprobado por el Congreso de los Diputados el 6 de abril de 1995. El contenido del Pacto de Toledo se recoge en la publicación del MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, del mismo título. Madrid. 1995. Un análisis del Pacto de Toledo en BLASCO LAHOZ, F.J. *La reforma de la Seguridad Social: El Pacto de Toledo. Su desarrollo*. Tirant lo blanch. Valencia. 1997; BARRADA RODRÍGUEZ, A. y GONZALO GONZÁLEZ, B. *La financiación de la protección social. A propósito del Pacto de Toledo*. CES. Madrid. 1997; CABANILLA BERMÚDEZ, J.M. *El Pacto de Toledo*. Madrid. 1997; OCHANDO CLARAMUNT, C. y LÓPEZ GANDÍA, J. "Crisis del Estado de Bienestar y reforma de las pensiones". *RDS* 1/1998.

Durante la pasada legislatura, la Comisión no permanente del Congreso de los Diputados efectuó un análisis sobre los resultados de la aplicación de las recomendaciones del Pacto de Toledo, análisis que concluyó en un nuevo Informe aprobado el día 2 de febrero de 2003. El contenido del nuevo Informe del Congreso de los Diputados (aprobado el 6 de octubre de 2003) sobre los resultados de la aplicación de las recomendaciones del Pacto de Toledo se recoge en Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: "Renovación del Pacto de Toledo". Madrid. 2003. Un análisis de la incidencia de este Informe en PANIZO ROBLES, J.A. "La nueva formulación del Pacto de Toledo: ¿la adaptación de la Seguridad Social a las nuevas realidades y demandas sociales?". *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. Centro de Estudios Financieros. Diciembre 2003.

plantearse" cambios entre los que se citan "la ruptura de los ámbitos familiares tradicionales, la aparición de núcleos familiares de nuevo cuño, como las familias monoparentales, las uniones de hecho, las familias recompuestas a partir de procesos de divorcio", todo lo cual implica "la aparición de necesidades sociales diferentes que requerirán soluciones también diferentes en el ámbito de la protección social", soluciones que habrán de tener en cuenta, entre otras circunstancias, "la modificación del *status* que tradicionalmente ocupaba la mujer como sustento del hogar familiar". En consecuencia, "si la sociedad es dinámica, resulta arriesgado e irresponsable mantenerse a la defensiva o afirmar la pervivencia para siempre de las mismas soluciones técnicas"[94].

Pero, a pesar de este diagnóstico, las soluciones apuntadas son escasas, ya que, salvo el incremento de las pensiones mínimas de viudedad y el aumento del límite de edad para poder seguir siendo beneficiario de las pensiones de orfandad, no existen mayores preocupaciones a las mismas, salvo aquellas recomendaciones que inciden en el conjunto de las pensiones, como pueden ser las relacionadas con la revalorización de las pensiones[95]. Por ello, la doctrina[96] entiende que las reformas de la Seguridad Social llevadas a cabo no han solucionado ninguno de los problemas de la pensión de viudedad, puesto que lejos de operar la auténtica modernización que la nueva realidad sociológica económica, familiar y de valores podría requerir, la reforma se limita a una tímida y progresiva extensión de la cuantía que no aborda problemas de más calado como el régimen de compatibilidad de la prestación o el cálculo de su cuantía[97].

Las últimas reformas de la Seguridad Social parecen seguir partiendo de la base de una familia estable, basada en un único sostenedor masculino, que garantizaba además una asistencia social dentro del hogar. Sin embargo, las características señaladas ya no se corresponden con la situación social actual, por lo que en las últimas iniciativas de reforma se viene planteando la regulación actual, como es el caso de la nueva reformulación del Pacto de Toledo, en cuyas recomendaciones se señala la necesidad de modificar la regulación de la pensión de viudedad, pasando de una protección de un estado matrimonial presente o pasado, por otra en la que se ponga el acento en la cobertura de reales situaciones de necesidad, producidas o agravadas por la muerte de una persona, con respecto a otras con las que convivía. Se trataría, en síntesis, de modificar la regulación actual, de protección a un estado matrimonial[98].

(94) Parte VII.5 del Pacto de Toledo.

(95) *Vid.*, CABEZA PEREIRO, J. "La pensión de viudedad". *BOE*. 2004.

(96) TORTUERO PLAZA, J.L. "La protección por muerte y supervivencia: una ordenación...", *op. cit.*

(97) GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. "Pensión de viudedad y convivencia extramatrimonial: un motivo más para una necesaria reforma del artículo 174 LGSS (Comentario a la STS 4ª de 26 de mayo de 2004)". *Relaciones Laborales*. Marzo 2004.

(98) Se precisa matrimonio celebrado legalmente, lo cual ha dado lugar a ciertos problemas en el caso de los denominados "matrimonios aparentes", como es el caso del matrimonio islámico poligámico y la forma de distribuir la pensión de viudedad, entre las dos viudas, según la ley personal del fallecido, lo cual entraba en colisión con la poligamia establecida en nuestra legislación civil (pasando del establecimiento del criterio de prorrata al 50% entre las dos sobrevivientes –STSJ de Galicia de 2 de abril de 2002 o STSJ de Madrid de 29 de julio de 2002– al del otorgamiento de la pensión de viudedad a la primera persona que había contraído matrimonio con el fallecido, dado que el segundo matrimonio es contrario al orden público y ha de reputarse nulo, identificando a ese segundo matrimonio, como una pareja de hecho –STSJ de Cataluña de 30 de julio de 2003), al matrimonio putativo (el causado de buena fe con una persona ya casada que fallece) en el que la doctrina judicial ha reconocido el derecho a prorrata de la pensión de viudedad (STSJ de 15 de marzo de 2001 o STSJ de

Por ello, es preciso analizar determinadas cuestiones que, en razón de las nuevas estructuras familiares– inciden en la protección de las pensiones de muerte y supervivencia –particularmente, en la pensión de viudedad[99]– y en la cobertura de las mismas sobre la mujer que, sociológicamente, es la perceptora mayoritaria de esta clase de prestación social. De igual modo, esta necesaria reforma de la pensión seguramente quedará condicionada según cual sea la finalidad de la prestación que prime[100], es decir, si tiene prevalencia la del daño –real o presunto– sufrido por el sujeto protegido, como consecuencia de la muerte de su cónyuge (aspecto que parece primar en la regulación actual y el que, en síntesis, mantiene la jurisprudencia) o, por el contrario, la necesidad que puede manifestarse en ese sujeto protegido, dependiente del fallecido (aspecto con el que se implanta la pensión de viudedad, la cual queda condicionada de la existencia de hijos a cargo o de una determinada edad por parte del pensionista). En el primero de los supuestos, el derecho del pensionista beneficiario parecería situarse dentro de los derechos hereditarios, mientras que en el segundo la protección debería decantarse como una derecho propio[101].

b) Breves apuntes cuantitativos de la pensión de la Seguridad Social por viudedad

En la actualidad, las pensiones de viudedad suponen algo más de 2,1 millones, lo que representan el 27,2% del total de las pensiones, con una cuantía de pensiones media de, aproximadamente, las ¾ partes del total de pensiones.

Núm. pensiones de viudedad y pensión media	
Núm. pensiones en vigor	7.937.876
Núm. pensiones de viudedad	2.162.275
% pensiones viudedad s/total	27,2
Pensión media total pensiones (euros)	609,81
Pensión media viudedad (euros)	455,92
% pensión media viudedad/total pensiones	74,8

Fuente: Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Asturias, de 30 de noviembre de 2001) el matrimonio gitano (respecto del cual se ha negado el derecho a la pensión de viudedad, en cuanto que el celebrado siguiendo esa tradicional forma no tiene efectos jurídicos (STSJ de Cataluña de 7 de octubre de 1999 y STSJ de Madrid de 7 de noviembre de 2002).

(99) Señala doctrina que las "relaciones entre la pensión de viudedad y la convivencia *more uxorio* constituye uno de los puntos de fricción más relevantes en el ámbito de la Seguridad Social". GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y MERCADER UGUINA "Pensión de viudedad y convivencia *more uxorio*, perfiles de una polémica (Notas a la STC 125/2003, de 9 de junio y al ATC 188/2003, de 3 de junio)". Justicia Laboral. Núm. 15. 2003.

(100) Respecto a las distintas posiciones adoptadas, en su momento, por la doctrina respecto de la pensión de viudedad, *vid.* MARTÍNEZ CALCERRADA, L "Problemática jurídica de la nueva pensión de viudedad" en AA VV. *La nueva pensión de viudedad*. Colex. Madrid. 1986.

(101) *Vid.* LABACA ZABALA, M.L. "La desprotección de la familia no matrimonial por muerte y supervivencia en el sistema español de Seguridad Social: la pensión de viudedad". *La Ley*. Núm. 6103. 2004.

Los beneficiarios de las pensiones de viudedad son, en su gran mayoría, mujeres (el 93,3% de los mismos) y más del 71% de los pensionistas tienes 70 o más años.

Distribución de las pensiones de viudedad por sexo y edad						
	Mujeres		Hombres		Total	
Edad	Núm.	% total	Núm.	% total	Núm.	% total
De 0 a 29 años	1.431	0,07	209	0,14	1.640	0,072
De 30 a 39	17.363	0,87	1.960	1,35	19.323	0,89
De 40 a 49	63.095	3,12	10.590	7,28	73.685	3,41
De 50 a 59	153.822	7,62	19.555	13,45	173.357	8,02
De 60 a 69	338.868	16,80	23.674	16,29	362.542	16,77
De 70 a 79	707.599	35,07	41.459	28,52	749.058	34,64
De 80 a 84	372.403	28,46	23.666	16,28	396.069	18,32
85 y más	362.339	17,96	24.262	16,69	386.691	17,88
TOTAL	2.016.920	100,00	145.355	100,00	2.162.275	100,00

Fuente: Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Por último, existe una distribución de las pensiones de viudedad, según la situación (activa o pasiva) del causante, que implica que, aproximadamente, de cada 10 pensiones de viudedad, en 6 de ellos se trataba de un causante pensionista, mientras que en los 4 restantes, el causante era un trabajador/trabajadora activo.

Distribución de las pensiones de viudedad por Regímenes y situación del causante					
	Causante activo		Causante pensionista		
Régimen	Núm.	%	Núm.	%	TOTAL
General	511.466	38,72	809.427	61,28	1.320.895
Autónomos	101.041	38,72	159,902	61,28	260,943
Agrario	106.431	25,21	314.633	74,79	422.064
Mar	25.674	57,09	19.295	42,91	44,969
Carbón	7.085	29,03	17.317	70,97	24.402
Hogar	2.765	30,38	6.337	69,62	9.102
Acc. Trabajo	56.620	89,94	6,330	10,06	62.950
Enf. Profesionales	6.036	35,60	10.915	64,40	16.950
TOTAL	818.11	37,84	1.344,156	62,16	2.162.275

Fuente: Instituto Nacional de la Seguridad Social.

c) Los supuestos de separación o divorcio

Desde su implantación, aparte de los demás requisitos exigidos, es *conditio sine qua non* la acreditación, por parte del beneficiario de la pensión de viudedad, de haber contraído matrimonio con el causante de la prestación, siendo ésta la única prestación de la Seguridad Social en la que la existencia de un vínculo matrimonial[102] se constituye como requisito constitutivo, de ahí, por ejemplo, que la inexistencia de dicho vínculo origine la denegación de la pensión de viudedad ante el fallecimiento de uno de los convivientes[103].

La modificación en el año 1981 del Código Civil, en orden a la instauración en nuestro país de la figura del divorcio, reguló que, en caso de separación o divorcio, no se perdiesen los posibles derechos a pensión, ya que, al fallecimiento de la causante, quien fuera o hubiese sido cónyuge de aquél tendría derecho a pensión de viudedad, si bien en proporción al tiempo de convivencia con el mencionado causante, de modo que, como se ha indicado, de hecho el bien jurídico protegido por la mencionada pensión pasa a ser la posesión de estado de cónyuge legítimo que en esa convivencia se refleja[104]. Las modificaciones legales respecto de la regulación de la pensión de la Seguridad Social por viudedad, llevadas a cabo en los ejercicios 1998, 1999 y 2002 (a través de las Leyes 66/1997, de 30 de diciembre, 50/1998, de 29 de diciembre y 24/2001, de 27 de diciembre, todas ellas de medidas fiscales, administrativas y del orden social) no han alterado los supuestos de distribución de la pensión de viudedad, cuando haya mediado separación o divorcio, en cuyo caso, y en virtud de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 174 LGSS, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no se hubiesen contraído nuevas nupcias, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o divorcio.

A pesar de los cambios introducidos, la legislación de la Seguridad Social sigue supeditando el reconocimiento de la pensión de viudedad a la existencia, en el momento del fallecimiento o en una fecha anterior, de matrimonio[105], sin que las uniones de hecho permitan el acceso a la pensión, aunque se permitiera ese acceso para las uniones de hecho previas a la Ley del Divorcio, que no pudieran ser formalizadas[106]. No obstante y a

(102) Celebrado en cualquiera de las formas que admite el artículo 49 del CC.

(103) *Vid.* GUTIÉRREZ PÉREZ, M. "Pensión de viudedad y matrimonio...", *op. cit.*

(104) En la STS de 26 de mayo de 2004, el Tribunal diferencia entre la pensión de viudedad y la pensión asimilada a la de viudedad, puesto que en puridad la condición de viudo ha de reservarse a una situación muy concreta: la de la persona en el momento del fallecimiento de aquel con quien se encontraba casado.

(105) Aunque el mismo no esté inscrito, de acuerdo a la STC 199/2004, de 15 de noviembre. Un análisis de la misma en BORRAJO DACRUZ, E. "Pensión de viudedad y matrimonio canónico no inscrito: igualdad en la aplicación a la Ley (Comentario a la STC 199/2004, de 15 de noviembre de 2004)". *Actualidad Laboral*. Núm. 8. Abril 2005.

(106) Un análisis del alcance de la regla 2ª de la Adicional Décima de la Ley 30/1981, así como su flexibilidad por la jurisprudencia en GOERLICH PESET, J. "La protección por viudedad en los supuestos de separación y divorcio" (Análisis jurisprudencial de la DA Décima de la Ley del Divorcio). *Relaciones Laborales*. 1988. Págs. 492 y ss. Asimismo, ejemplos de la

pesar del posicionamiento del Tribunal Constitucional –al que luego se hará referencia–, el tratamiento de las uniones de hecho, frente a la pensión de viudedad, quedaba diferido a la legislación ordinaria, teniendo también en cuenta "la admonición contenida en las SS (del Tribunal Constitucional) 35/1991 y 184/1990, de que el supérstite no debe quedar desprotegido por el régimen público de Seguridad Social, aunque tal protección no tenga que prestarse necesariamente a través de la actual pensión de viudedad"[107].

Ahora bien, el hecho de que se reconozca una pensión de viudedad, habiendo mediando divorcio, separación o nulidad del matrimonio, plantea el problema del reparto de la pensión que, a tenor de la legislación vigente, debe llevarse a cabo en función del tiempo de convivencia[108]. En Europa, existen dos modos tradicionales de dar protección a los divorciados o separados[109]: a) el reconocimiento de una pensión, en proporción al tiempo de convivencia, siempre que el divorcio o la separación haya generado pensión alimenticia y b) el reconocimiento de las cuotas sociales como bienes gananciales. En el primer caso, se encuentran países como Italia; en el segundo, Alemania (donde existe reparto de cuotas por partes iguales entre los cónyuges)[110], Bélgica (donde las cotizaciones realizadas durante la vigencia del matrimonio sirven para lucrar pensión de jubilación en favor de ambos cónyuges (teniendo como cotizado todo el tiempo de matrimonio, por lo que a la esposa se refiere) y el Reino Unido (donde funciona una fórmula similar, por la que se entiende cotizado el tiempo que duró el matrimonio a efectos de acceder a las prestaciones de Seguridad Social, cuando sea menor de 60 años, o a la pensión de viudedad).

flexibilidad en el reconocimiento de las pensiones de viudedad a uniones de hecho, en los que el fallecimiento se produce con posterioridad al cambio legislativo en TAPIA HERMIDA, A. (1991). Págs. 181 y ss.

Dado que, de acuerdo con la Adicional Décima de la Ley 10/1981 –y en la interpretación flexibilizadora adoptada por los Tribunales– se admitió el acceso a la pensión de viudedad por quienes no acreditaban la existencia de matrimonio con el causante, por la imposibilidad de haberlo podido celebrar –dada la legislación civil imperante– se ha mantenido la tesis de que, en los casos de las uniones homosexuales, se debería haber facilitado el acceso a la pensión de viudedad, por parte del conviviente supérstitte, aplicando de forma analógica las reglas contenidas en la Disposición Adicional Décima.2 de la Ley 30/1981, tesis no acogida por los tribunales, al considerar que dicho precepto legal no incluye a cualquier supuesto de convivencia de hecho, sino únicamente a las que encontraban limitado su acceso al matrimonio, en razón de la legalidad anterior a la Ley 30/1981,

(107) RODRÍGUEZ PIÑERO, M. "Pensión de viudedad y divorcio". *Relaciones Laborales*. Núm. 11. 1995. Pág. 95.

(108) Un análisis de esta materia en GALA DURÁN, C. "El derecho a la pensión de viudedad en los casos de nulidad, separación y divorcio. La nueva regulación del artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social". *Aranzadi Social*. 1998; GOERLICH PESET, J. "La protección por viudedad ..." *op. cit.*; MARTÍNEZ GIRÓN, J. "Divorcio vincular y derecho a pensión de viudedad. (Comentario a la STCT de 17 de septiembre de 1980)". *JSSS*. 1981. T. II; PANIZO ROBLES, J. A. "Las pensiones de la Seguridad Social por viudedad y orfandad: últimas modificaciones legales" en GONZÁLEZ ORTEGA, S. *Seguridad Social y Familia*, La Ley, Madrid, diciembre, 1999; RODRÍGUEZ PIÑERO, M. "Pensión de viudedad y divorcio", *op. cit.* y RODRÍGUEZ SANTOS, B. "La pensión de viudedad tras la legalización del divorcio", *Actualidad Laboral*, 1985, T. II

La convivencia debe ser, constante matrimonio, sin que pueda asimilarse a la misma la producida de hecho por dos excónyuges, tras la sentencia de divorcio y producida al margen del juez. *Vid.* STS 12/2005.

(109) Téngase en cuenta la Resolución del Parlamento Europeo de enero de 1984, en la que se insta a la Comisión y a los Estados miembros al reconocimiento a divorciados y separados de la opción a mantener el derecho a pensión, entre otros motivos, con objeto de no dejar desprotegidas a aquellas mujeres que, en su día, abandonaron su actividad profesional para dedicarse al cuidado del hogar y de la familia.

(110) En Alemania, en el ejercicio 2001 se procedió a una reforma del sistema de pensiones que también afectó a la pensión de viudedad. Un análisis de esta reforma en FERRERAS ALONSO, F. "Adaptar la Seguridad Social a las nuevas situaciones sociales: el ejemplo de Alemania". *Tribuna Social*. Núms. 128 y 129. 2001.

La forma en que, en la legislación española, se efectuaba la distribución de la pensión de viudedad, es decir, el reparto entre los cónyuges supervivientes ha sido objeto de variación, tanto por los criterios administrativos, como, sobre todo, en función de los criterios jurisprudenciales.

– En un primer momento, el "prorrateo" del importe de la pensión se efectuaba teniendo en cuenta la proporción de los tiempos de convivencia efectiva con el causante, haciendo abstracción de los períodos en blanco, es decir, de los períodos en que no existiese matrimonio.

– Posteriormente, el TS (SSTS de 21 de marzo y 3, 10 y 26 de abril, todas ellas de 1995) varió el criterio anterior, delimitando el alcance de la distribución proporcional de la pensión de viudedad, en los supuestos indicados, atribuyendo la totalidad de la pensión a quien, en la fecha de fallecimiento, fuese el cónyuge del fallecido; de esta cuantía se minoraba, en favor de la persona o personas que hubiesen sido anteriormente cónyuges del fallecido, la parte proporcional de la pensión, en función del tiempo de convivencia matrimonial, proporción que se determina en razón de la relación existente entre tales períodos con el que va desde la fecha del primer matrimonio hasta la del óbito. Con la fórmula anterior, los "períodos en blanco" benefician a quien era cónyuge en el momento del fallecimiento. De otra parte, en caso de que exista una sola persona beneficiaria, divorciada o separada del causante, se le reconoce la pensión, pero no por su importe íntegro –como se realizaba hasta el año 1997–, sino únicamente en proporción al tiempo de convivencia[111], por lo que puede resultar una pensión de importe reducido (en función de la duración del matrimonio), con independencia de cual sea la situación económica de dicha beneficiaria[112].

(111) Conforme a la STS de 15 de diciembre de 2004, en caso de separación matrimonial por sentencia, la pensión de viudedad se ha de conceder en proporción al tiempo de convivencia legal, sin que surta efecto la reanudación de hecho de la convivencia entre los cónyuges, al margen de la decisión del juzgado.

(112) Un asunto de complejidad reside en el reparto de la pensión de viudedad en los supuestos de poligamia, teniendo en cuenta la diversidad social y la sociedad multicultural que ya opera en España. A pesar de la prohibición de la poligamia en el ordenamiento jurídico español, la ausencia de normas expresas en este ámbito respecto de la Seguridad Social, la aplicación del principio de los derechos adquiridos por terceros de buena fe y la interpretación de los Convenios bilaterales en materia de Seguridad Social ha dado lugar a pronunciamientos diferentes de los Tribunales.

Así, por ejemplo, la STSJ de Cataluña de 30 de julio de 2003, en un caso de poligamia del trabajador fallecido. teniendo en cuenta la prohibición de la poligamia en España se atribuyó la totalidad de la pensión a la primera cónyuge; por el contrario, en otros casos, la pensión se distribuye en función del tiempo de convivencia con cada uno de los cónyuges sobrevivientes (STSJ de Madrid de 29 de julio de 2002) o, incluso, existen pronunciamientos de reparto de la pensión al 50% a favor de cada una de las cónyuges (STSJ de Galicia de 2 de abril de 2002).

Pero, en el reparto de la pensión de viudedad existe un problema importante, cual es el de la distribución de los complementos a mínimos[113]. Es éste un asunto tratado incluso por la jurisprudencia (STS de 30 de marzo de 1994), que ha supuesto que el determinado suplemento no corresponde a todos y a cada uno de los beneficiarios por separado, sino que debe prorratearse en los mismos términos que la pensión mínima. Ello produce una especie de *contradictio in terminis*, es decir, una negación de la finalidad y del concepto de la propia pensión mínima. Esta situación ha llevado a la doctrina a señalar que el reparto de la prestación entre cónyuge y excónyuges representa "demasiadas explicaciones, controversias y razonamientos, para identificar una fórmula protectora consistente en el reparto de la miseria. Miseria, para el cónyuge supérstite, que será o no el más necesitado, según los casos; miseria para el beneficiario, procedente de situaciones de separación, nulidad o divorcio, que también será o no el más necesitado, según los casos, La suma de ambas situaciones es clara: miseria para todos"[114].

ES EN LA PRESTACIÓN DE VIUDEDAD DONDE SE PONE DE RELIEVE LA MAYOR SEPARACIÓN ENTRE LAS PAREJAS MATRIMONIALES Y LAS UNIONES DE HECHO

d) Las uniones de hecho y la pensión de viudedad[115]

Es en la prestación de viudedad donde se pone de relieve la mayor separación en la protección entre las parejas matrimo-

(113) El porcentaje de las pensiones de viudedad que perciben complementos a mínimos, según los diferentes Regímenes, es el siguiente:

Porcentaje de las pensiones de viudedad con mínimos por Regímenes. Abril 2005	
Regímenes	%
Régimen General	30,1
Régimen de Autónomos	40,9
Régimen Agrario –trabajadores por cuenta ajena–	67,6
Régimen Agrario –trabajadores por cuenta propia–	45,3
Régimen de Trabajadores del Mar	43,1
Régimen de la Minería del Carbón	22,6
Régimen Especial de Empleados de Hogar	9,9
Régimen Accidentes de Trabajo	30,3
Régimen Enfermedades Profesionales	35,6
TOTAL	36,0

Fuente: Instituto Nacional de la Seguridad Social.

(114) TORTUERO PLAZA, J.L. "Reflexiones sobre la reforma de la pensión de viudedad y el nuevo derecho de pobres". *Tribuna Social*. Núm. 154. 2003.

(115) Un análisis de la incidencia de la convivencia *more uxorio* en las pensiones de viudedad en CARRIL VÁZQUEZ, X. M. "El matrimonio como 'presupuesto' del derecho a la pensión de viudedad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", GETE CASTRILLO, P. "Situación normativa de la pensión de viudedad ¿para cuándo el paso de un continuo manoseo a una radical revisión institucional de la contingencia de muerte y supervivencia" y MARTÍNEZ GIRÓN, J. "Nuevas formas de familia y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", en AAVV. *Nuevas sociedades y Derecho del Trabajo*. La Ley. 2004.

niales y las uniones de hecho, puesto que, aun habiéndose extendido la equiparación a determinados efectos entre ambas clases de parejas –incluso dentro de las propias prestaciones de Seguridad Social– sin embargo en el acceso a la pensión de viudedad (como se ha indicado previamente) sigue exigiéndose, como requisito absolutamente necesario, la existencia previa de matrimonio. Es éste uno de los supuestos en los que con mayor intensidad la doctrina señala la existencia de un desfase entre la regulación de la pensión de viudedad y la realidad social sobre la que esta regulación opera[116].

Consecuentemente, siguen sin ser beneficiarios de la pensión de viudedad quienes no están (o han estado) unidos legalmente con el causante, sin que tengan relevancia las circunstancias personales que concurran en la pareja deshecha por el fallecimiento de uno de los convivientes, puesto que el único elemento determinante de la pensión de viudedad es la existencia de un matrimonio, bien en el momento del fallecimiento del causante, bien en un momento anterior, que luego se extinguió como consecuencia de una anulación o un divorcio. La exigencia del vínculo matrimonial ha sido constante en la jurisprudencia y la legislación, con la única excepción de las previsiones que, en su momento, se contemplaron en la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, a través de la que se reconoció la pensión en favor de quienes no pudieron contraer matrimonio con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, por impedírselo la legislación vigente[117], regulación que ha sido calificada como coyuntural y que buscó poner remedio a situaciones pasadas, pero sin el propósito de regular las parejas de hecho[118]. Y ello, a pesar de que la familia –como ha señalado el TC[119]– tiene una caracterización más amplia que la propia matrimonial, en cuanto que la Constitución hace posible diversas modalidades de familia y no impone ninguna de ellas, admite la disolubilidad del matrimonio, equipara los hijos matrimoniales y no matrimoniales y da relevancia a relaciones no basadas en el matrimonio, al tiempo que equipara socialmente a las madres con independencia de su estado matrimonial, establece la igualdad entre los cónyuges y comparte la patria potestad[120].

Incluso pudiera ser que la regulación de nuestro sistema, en relación con el acceso de los convivientes de hecho a las prestaciones de viudedad, no fuese conforme a los criterios que se deducen de los fallos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, teniendo en cuenta –entre otras– su sentencia de 7 de enero de 2004[121], en la cual se declara contraria al

(116) Un análisis, cuando no una crítica velada a esta regulación, en la STS de 26 de mayo de 2004.

(117) Respecto a la reforma de 1981, *vid.* los análisis de FERRERAS ALONSO, F. "Los derechos de Seguridad Social en los casos de nulidad, separación y divorcio" . *Revista de Seguridad Social*, Núm. 15. 1982; MARTÍNEZ CALCERRADA, L. "La separación conyugal en la nueva pensión de viudedad". *Actualidad Laboral*, 1986 o MARTÍNEZ CALCERRADA, L. y ZORRILLA RUIZ, M.M. "La pensión de viudedad en la reciente legislación sobre el divorcio. Aspectos de un esfuerzo transformador en pro de la igualdad material". *Documentación Laboral*. Núm. 16. 1985.

(118) SESMA BASTIDA, B. "Extensión en la cobertura de la pensión de viudedad..." *op. cit.* Pág. 623.

(119) SSTC 222/1992 y 47/1993.

(120) *Vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. "Pensión de viudedad...", *op. cit.*

(121) Dictada en el asunto C 117/01. Un análisis de la misma en CARRIL VÁZQUEZ, X. M. "El matrimonio como 'presupuesto' del derecho..." *op. cit.*, Págs. 39 y ss.

derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea la legislación inglesa, en la medida en que se impide a un transexual y a su pareja de hecho causar derecho a pensión de viudedad.

No es de extrañar, por tanto, que la pensión de viudedad haya sido la primera cuestión objeto de pronunciamientos constitucionales, en los que el TC se ha tenido que pronunciar (STC 184/1990[122], seguida por otras muchas) respecto al ejercicio de esa pensión por los convivientes de hecho. Sobre esta cuestión el TC[123] tiene una doctrina clara: la pensión de viudedad requiere la existencia de un matrimonio[124], sin que la existencia de una unión extramatrimonial, aun prolongada en el tiempo, pueda servir de base a dicho reconocimiento, lo cual, a su vez, contrasta con los propios pronunciamientos del mismo Tribunal sobre el concepto de familia, contenido en la Constitución, así como a la extensión que se efectuó a las parejas de hecho, en relación con los beneficios concedidos a las familias matrimoniales, en el ámbito de los arrendamientos urbanos, puesto que entiende que si bien la Constitución "no toma partido" por un modelo específico de familia, sin embargo "(...) las diferencias constitucionales entre matrimonio y unión de hecho pueden ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia (...)"[125].

A veces, se ha justificado la no protección de las uniones extramatrimoniales por la falta de certeza en la constatación de la propia unión y de su estabilidad. Ahora bien, ello no puede ser un motivo de la denegación de un derecho, pues como señala el TC (STC 222/1992) es "de inexcusable consideración que la mera procuración de una mayor certeza jurídica no puede llevar a contrariar los imperativos de la igualdad (artículo 14.1 CE), cuando de conseguir un objetivo constitucional se trata (artículo 391. CE) y ya se ha dicho que la familia es, para la Constitución, objeto de protección en sí misma y que la norma que así lo quiera no puede ser, por ello, reducida a un mero expediente para la indirecta protección del matrimonio"[126]. Por ello, se viene defendiendo la extensión de la aplicación

(122) Un análisis crítico del contenido de esta Sentencia en ALONSO OLEA, M. "Familia, matrimonio y pensión de viudedad (Comentario a la STC 184/1990, de 15 de noviembre)". *REDT*. Núm. 46. Marzo/Abril 1991. Págs. 311 y ss. De igual modo, en MARTÍNEZ GIRÓN, J. "Nuevas formas de familia…". Pág. 7.

(123) Entre otras, AATC 156/1987, de 11 de febrero; 788/1987, de 24 de junio, 1021 y 1022/1988, de 26 de septiembre; SSTC 177/1985, de 14 de diciembre; 27/1986, de 19 de febrero; 260/1988, de 22 de diciembre; 184/1990, de 15 de noviembre; 29, 30, 31, 35 y 38/1991, de 14 de febrero; 77/1991, de 11 de abril; 29/1992, de 9 de marzo; 44/1993, de 8 de febrero o 66/1994, de 28 de febrero. Siguiendo esta doctrina, la jurisprudencia ordinaria ha reiterado la subordinación de la pensión de viudedad a la existencia de un vínculo matrimonial entre el causante y el causahabiente.

(124) TAPIA HERMIDA ("La pensión de viudedad en el marco de la protección a la familia son matrimonio o de hecho en el sistema español de Seguridad Social". *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (CEF). Núm. 105. Págs. 86 y ss.) clasifica los diferentes fallos jurisprudenciales en cuatro bloques: 1º) aquellos que deniegan el derecho a la pensión de viudedad, por no existir vínculo matrimonial; 2º) los que deniegan ese derecho por dicha inexistencia, pero no habiendo impedimento legal parta ello; 3º) los que reconocen el derecho a la pensión, por distintas circunstancias, una vez establecido en el ordenamiento jurídico el cambio legislativo a favor del divorcio, y 4º) los que excusan la necesidad de vínculo matrimonial y de actuaciones tendentes a destruir el anterior vínculo matrimonial por razones culturales.

(125) Un análisis del posicionamiento del TC ante el acceso a la pensión de viudedad, por parte de los miembros sobrevivientes de las parejas de hecho en MESA MARRERO *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*. Aranzadi. 2000. Respecto de los últimos pronunciamientos judiciales, en relación con esta materia. *Vid*. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. "Pensión de viudedad y convivencia *more uxorio*, perfiles de una polémica (Notas a la STC 125/2003, de 9 de junio y al ATC 188/2003, de 3 de junio)". *Justicia Laboral*. Núm. 15. 2003.

(126) Antes del TC, ya el extinguido TCT denegó sistemáticamente la pensión de viudedad al conviviente de hecho supérstite, fuera de los casos previstos en la Disposición Adicional Décima.2 de la Ley 30/1981 (lo cual no obstaba a la existencia de pronunciamientos aislados de otras instancias judiciales, reconociendo la pensión señalada, como es la Sentencia de 25 de

del artículo 174 LGSS[127], en base a la propia finalidad de la pensión de viudedad[128]. No obstante, la negativa de la Seguridad Social española ha dado lugar a pronunciamientos de instancias internacionales[129], en los que se considera que el hecho de que la legislación española condicione el reconocimiento de la pensión de viudedad a la existencia de matrimonio no supone una injerencia en la vida familiar de las personas, prohibida por los artículos 8 y 14 del Convenio de salvaguarda de los derechos del hombre[130].

Pero, no cabe duda que el TC, a través de sus fallos, no ha dado una respuesta protectora adecuada, limitándose a trasladar la problemática de las uniones de hecho al legislador, ya que "(...) una cosa es que tal decisión de ampliar el ámbito subjetivo de cobertura de la pensión de viudedad sea constitucionalmente posible, en el marco de una nueva ordenación de dichas prestaciones, y que desde algunas posiciones se vea socialmente deseable, y otra, bien distinta, que por el hecho de no hacerlo así, la vigente exigencia del vínculo matrimonial para tener derecho a la misma sea discriminatoria desde la perspectiva del artículo 14 CE (...)" [131] y ello, a pesar de que, en otros supuestos, como en el caso de la prórroga del derecho de arrendamiento, se ha producido la equiparación entre la convivencia matrimonial y la de hecho[132].

Esta situación contrasta con la situación del Derecho comparado, en particular en las de los países de la Unión Europea, donde ha ido progresando la extensión de los derechos derivados a las uniones de hecho, si bien se suele supeditar a un período de convivencia (5 años, en Dinamarca o Luxemburgo; 2 años, en Suecia o Portugal) o que la mujer

mayo de 1981, de la entonces Magistratura de Trabajo, núm. 15, de Barcelona). Los actuales Juzgados de lo Social, así como los TTSSJ en general niegan ese mismo derecho, si bien no faltan casos aislados que reconocieron la pensión de viudedad –por ejemplo STSJ de Canarias de 19 de junio de 1990 o la Sentencia del Juzgado de lo Social, núm. 29, de Madrid, de 7 de septiembre de 1994 (al considerar modificado el criterio anterior del Tribunal Constitucional, a la vista de la Sentencia 222/1992, que declaró inconstitucional el artículo 58.1. de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, en la medida que excluía del beneficio de la subrogación *mortis causa* a quien hubiese convivido maritalmente con el arrendatario; no obstante, el juez de instancia olvidaba en su sentencia el fundamento jurídico 5º de la STC 222/1992, en el que de forma expresa se salvaba la doctrina fijada por el TC en materia de la prestación de viudedad; de hecho, el propio TC, en Sentencia de 26 de febrero de 1994, confirmó la inalterabilidad de su criterio respecto a la denegación de la pensión de viudedad en caso de mera convivencia marital, no formalizada a través de matrimonio)–.

(127) Artículo 160 LGSS del anterior texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1974.

(128) Tal es el sentido de los votos particulares a la STC 184/1990, en los que se parte de la conveniencia de extender las pensiones de viudedad a las uniones de hecho, ya que si como se afirma en la propia sentencia la finalidad de dicha pensión es compensar frente a un daño, como es la minoración de unos ingresos de los que participaba el cónyuge superviviente, dicho daño lo sufre por igual la viuda de una familia matrimonial, como la de una familia natural.

(129) Como el de la Comisión Europea de Derechos Humanos del 4 de marzo de 1998.

(130) La doctrina reiterada del TC se ha visto corroborada por el Auto del mismo 188/20003, de 3 de junio, por el que se inadmite la cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juez de lo Social núm. 33 de Barcelona, sobre el contenido del artículo 174.1 LGSS, en cuanto exige matrimonio para lucrar la pensión de viudedad.

(131) Fundamento Jurídico 4º STC 184/1990.

(132) Esta disparidad ha sido puesta de relieve por la doctrina para la que no deja de ser significativa la disparidad de criterios y conclusiones a las que llega el TC cuando se trata de tutelar a las uniones de hecho según se trate de materias que afectan a las arcas del Estado, como las pensiones de viudedad, o de aquellas otras, como el derecho a la subrogación de la vivienda arrendada, cuya carga no asume el Estado, sino el particular propietario de la vivienda, derecho este que el TC extiende al miembro supérstite de la mera unión de hecho. *Vid.* REI, V. *Las uniones matrimoniales de hecho.* Barcelona. 1995. Pág. 114.

mantenga a los hijos del asegurado o dependa de los recursos de aquél (Noruega, Reino Unido). No se requiere requisito adicional alguno en los Países Bajos.

Además, la regulación española se sitúa al margen de determinadas recomendaciones que se formulan desde instancias internacionales, como la OIT (Recomendación núm. 67, de 1944[133] y, sobre todo, la 131, de 1967[134]), el Consejo de Europa (Resolución de 7 de mayo de 1988), el Parlamento de Europa[135] (Resolución a 3-002984, de 8 de febrero de 1984[136]) o la Carta Social Europea[137]. De igual modo, la Carta de Derechos Fundamentales, aprobada por el Consejo Europeo, celebrado en Niza –diciembre de 2000– contiene en su artículo 21 el principio de no discriminación de ningún ciudadano europeo, fundada en circunstancia personal, incluida la orientación sexual[138].

LAS DISPOSICIONES QUE EN EL ÁMBITO LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL SE VIENEN APLICANDO A LOS CÓNYUGES SE EXTIENDEN A LOS MATRIMONIOS FORMADOS POR PERSONAS DEL MISMO SEXO

e) Las uniones de hecho por personas de la misma orientación sexual

Respecto a la pensión de viudedad, las uniones de hecho formadas por personas de la misma orientación sexual ha tenido incluso una menor respuesta protectora, en cuanto que no se pudieron beneficiar, en su momento, de las normas transitorias de la Ley 30/1981, ni tampoco –como se ha indicado– se les aplicó *a sensu contrario* la doctrina derivada de los fallos del TC, en el sentido de que la elección a contraer matrimonio (pudiendo hacerlo) justificaba el distinto tratamiento del legislador, respecto de las parejas matrimoniales[139].

(133) En ella se insta a la contemplación como beneficiaria de la pensión de viudedad a la mujer que, no estando casada con el *de cuius,* haya cohabitado con él (artículo 13.1 C). Un análisis de la misma en REINA BERNÁLDEZ, V. "Las parejas de hecho en nuestro ordenamiento jurídico: un planteamiento de conjunto sobre la situación de las parejas no casadas ante las normas vigentes" en AAVV. (VILLAGRASA ALCAIDE, C., coord.) *El derecho europeo ante la pareja de hecho.* Madrid. 1997.

(134) En su apartado II.3 se recomienda la concesión de pensión, no sólo a los cónyuges y a los hijos sino también a otras personas a cargo del fallecido. Si bien, los Convenios 102 y 128 siguen refiriéndose al vínculo matrimonial.

(135) El TJCE, en Sentencia de 17 de abril de 1986, entiende que el artículo 10 del Reglamento 1612/1968, de 15 de octubre (sobre libre circulación comunitaria de los trabajadores) admite su aplicación al conviviente de hecho, procediendo su asimilación en ciertos aspectos (asimilación, por tanto, parcial y condicionada, como argumenta el TC en su Sentencia 29/1990, de 15 de noviembre).

(136) Sobre igualdad de trato entre personal de orientación homosexual.

(137) En el voto particular a la STC 184/1990, se hace referencia al caso Marckx, en la Sentencia de 13 de junio de 1979, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al declarar que el artículo 8 del Convenio de Roma no diferencia entre familia legítima e ilegítima o el caso Johnston, en la Sentencia del mismo Tribunal, de 18 de diciembre de 1986, en la que se trataba de una unión conyugal de hecho, de más de 15 años de convivencia efectiva, siendo de aplicabilidad tanto a la familia natural como a la legítima.

(138) El texto de la Carta puede encontrarse en la web de la Unión Europea (europa.eu.in).

(139) En este ámbito, es de destacar el ATC 222/1994, de 11 de julio, significativo por ser dictado en fechas muy recientes a la STC 222/1992, de 11 de diciembre, sobre parejas de hecho heterosexuales y derecho a la subrogación en los

No obstante, la diferenciación ha quedado suprimida (si bien únicamente respecto de las parejas matrimoniales) con la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, que posibilita el matrimonio entre personas del mismo sexo, ya que, al adquirir el estatuto de parejas matrimoniales, les serán de aplicación a quienes forman parte de las mismas, los derechos y las obligaciones que el ordenamiento jurídico aplica a los cónyuges. Por ello, las disposiciones que en el ámbito laboral y de Seguridad Social se vienen aplicando a los cónyuges se extienden a los matrimonios formados por personas del mismo sexo[140], ya que si bien el artículo 44 del CC (en la redacción dada por la Ley 13/2005) únicamente se refiere a que el matrimonio tiene los mismos requisitos y efectos, cuando ambos contrayentes sean del mismo o distinto sexo, esta regulación ha de completarse con la Disposición Adicional Única de dicha ley, en virtud de la cual las disposiciones legales que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de los contrayentes. Dentro de esas referencias legales hay que considerar comprendidas las referentes a la Seguridad Social y, entre ellas, el artículo 174 LGSS, en lo que respecta al acceso a la pensión de viudedad

f) Las uniones de hecho como causa de extinción de la pensión de viudedad

Contraer nuevo matrimonio es causa de extinción de la pensión de viudedad, a tenor de lo previsto en la Orden de 13 de febrero de 1967, sobre prestaciones por muerte y supervivencia (OMS) y, a partir de 1 de enero de 1998, por imperio de la propia LGSS, salvo excepciones muy tasadas[141]. Pero, así como no existe equiparación entre unión de

arrendamientos urbanos. En dicho Auto, se desestima la pretensión aduciendo –frente a la justificación del demandante de no poder contraer matrimonio entre homosexuales– que la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución que estuviese regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento.

De igual modo, en el ámbito de la Unión Europea (STJCE de 31 de marzo de 2010 –asunto D contra el Consejo de la Unión Europea–) se ha denegado la asignación familiar a un funcionario de la Unión Europea que convivía en pareja con otra persona del mismo sexo, indicando que, en el ámbito de la Unión, no existía una equiparación entre el matrimonio y otras formas de relación en pareja. No obstante, las previsiones de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como la Parte Segunda del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa harán modificar seguramente estos criterios, teniendo en cuenta los principios de igualdad y no discriminación recogidos en los mismos.

Vid. CHACARTEGUI JAVEGA, C. "La pensión de viudedad ante la diversidad social y la sociedad multicultural; la poligamia y las parejas del mismo sexo como supuestos paradigmáticos" en AAVV. *La últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*. Ed. Bomarzo. 2005.

(140) La propia Exposición de Motivos de la Ley se refiere a que con la misma se posibilita que el matrimonio pueda ser celebrado por personas del mismo o diferente sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones, cualquiera que sea su composición.

(141) Establecidas en el artículo 11 OMS –en la redacción dada por el artículo 2º del RD 1465/2001–. Conforme a dicha regulación, se puede permanecer en la pensión de viudedad, aunque se contraiga matrimonio, siempre que se den los siguientes requisitos: a) tener una edad mínima de 61 años de edad o, siendo menor de esa edad, tener reconocida también una pensión de incapacidad permanente, en el grado de incapacidad absoluta o de gran invalidez, o acreditar una minusvalía en un grado igual o superior al 65%; b) la pensión de viudedad ha de constituir la principal fuente de ingresos del pensionista, entendiendo cumplido este requisito cuando la pensión o pensiones de viudedad percibidas representen, como mínimo, el 75% del total de ingresos de aquél, en cómputo anual; c) por último, los rendimientos anuales del nuevo matrimonio de cualquier naturaleza, incluida la pensión o pensiones de viudedad, no pueden superar el doble de la cuantía, también en cómputo anual, del SMI vigente en cada momento.

La cifras disponibles en la Seguridad Social muestran que la serie de requisitos establecidos hace casi inoperante la aplicación de las reglas de compatibilidad entre la percepción de la pensión de viudedad y el nuevo matrimonio, ya que, en el mes de mayo de 2005, únicamente 39 personas simultaneaban pensión y matrimonio.

hecho y unión conyugal, a efectos de la atribución de la pensión de viudedad, en principio tampoco la debería haber en el momento de la extinción de la misma. Y sin embargo, las normas reglamentarias, reguladoras de la pensión de viudedad[142], venían estableciendo como causa de extinción de la pensión de viudedad el hecho de contraer matrimonio el pensionista o de vivir maritalmente con otra persona[143], al tiempo que las disposiciones legales[144] establecían la extinción de la pensión de viudedad, atribuida en los supuestos de divorcio, separación o nulidad, cuando se producía la situación de convivencia *more uxorio* del pensionista con otra persona.

Conforme a lo establecido en la Disposición Adicional Décima de la Ley 31/1981[145], las pensiones de viudedad, reconocidas al amparo de la misma, se extinguirían en los casos del artículo 101 del Código Civil, es decir, por contraer nuevo matrimonio o vivir maritalmente con otra persona. Por lo tanto, la unión de hecho de un pensionista de viudedad con otra persona origina la extinción de la pensión, reconocida al amparo de la adicional

Un análisis de esta disposición reglamentaria en BLASCO LAHOZ, J. F. "El RD 1465/2001, de 27 de diciembre: una reforma incompleta del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia". *Temas Laborales.* Núm. 66/2002; GÁRATE CASTRO, J. "La reforma de las prestaciones por muerte y supervivencia a partir del acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social". *Tribuna Social.* Núm. 138. Mayo 2002; PANIZO ROBLES, J.A. "Las últimas modificaciones en las prestaciones de la Seguridad Social". *Relaciones Laborales.* Núm. 2. Enero 2002 y "La Seguridad Social en el año 2002 (Comentario a las Leyes de Presupuestos y de Acompañamiento, así como al Real Decreto-Ley 16/2001, sobre jubilación flexible". *Revista de Trabajo y Seguridad Social.* Centro de Estudios Financieros. Febrero 2002; RODRÍGUEZ INIESTA, G. "La pensión de viudedad. Actualidad y futuro de la misma" en *La remodelación del sistema de la Seguridad Social: presente y futuro de las pensiones* (coord. SEMPERE NAVARRO). Universidad Menéndez y Pelayo. Valencia 2002; TORTUERO PLAZA, J.L. y PANIZO ROBLES, J.A. "La protección por muerte y supervivencia: una ordenación ajena a la realidad social y a los valores constitucionales" en AAVV (SEMPERE NAVARRO, coord.) *El modelo social de la Constitución de 1978.* Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 2003.

(142) Artículo 11 de la Orden del Ministerio de Trabajo de 13 de febrero de 1967.

(143) También lo era observar una conducta deshonesta o inmoral. Existieron supuestos de equiparar a esta causa de extinción la convivencia *more uxorio,* circunstancia que fue rechazada por la jurisprudencia. Un estudio de esta causa de la extinción de la pensión de viudedad en CABEZAS ESTEBAN, J. "Extinción de la pensión de viudedad en el Régimen General de la Seguridad Social por contraer nuevas nupcias o tomar estado religioso y por observar conducta deshonesta o inmoral". *REDT.* Núm. 43. 1990. Págs. 505 y ss.

En el derecho comparado, de la Unión Europea, como regla general, la pensión de viudedad se suele extinguir por causa de nuevo matrimonio del pensionista, aunque existen algunas matizaciones, como son.

– En un primer grupo de países (Alemania, España, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Austria, Finlandia o Bélgica) el nuevo matrimonio es causa de extinción de la pensión de viudedad, aunque da lugar a un indemnización que puede llegar hasta las 60 mensualidades (Luxemburgo), 24 mensualidades (España), 12 mensualidades (Bélgica). En el caso de Finlandia, la extinción sólo opera cuando el pensionista tiene menos de 50 años.

– En un segundo grupo (Dinamarca, Grecia, Irlanda, Portugal, Suecia o Reino Unido), se produce la extinción de la pensión de viudedad, por contraer nuevo matrimonio el pensionista, sin derecho a ninguna indemnización.

– Por último, Francia extingue la pensión de viudedad derivada de supuestos de incapacidad, pero la mantiene para las personas mayores de 55 años que hayan accedido a la prestación en condición de viudos por vejez (la denominada "pensión de reversión").

Vid. MISSOC "Comparative Tables on Social Protection in the Member States of the European Union oh the European Economic Area and in the Switzerland (1.1.04)". La publicación está disponibles en la web de la Unión Europea (europa.eu.int). De igual modo, en PIETERS, D. *Los sistemas de Seguridad Social de los países miembros de la Unión Europea*". Madrid. 2004.

(144) Disposición Adicional Décima de la Ley 10/1981 y artículo 174 LGSS (en la redacción dada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre).

(145) Un análisis de la aplicación de la Adicional Décima de la Ley 10/1981 en LÁZARO GONZÁLEZ *Las uniones de hecho en el Derecho internacional privado español.* Tecnos. Madrid. 1999. Págs. 191 y ss.

mencionada. No obstante, en sede administrativa[146], se equiparó el hecho de vivir maritalmente con otra persona a la circunstancia de contraer matrimonio, aplicando analógicamente a todas las pensiones de viudedad la causa de extinción prevista en el artículo 101 CC, criterio que, si bien en un primer momento fue admitido por algunos tribunales[147], posteriormente fue rechazado por otros, disparidad que provocó la unificación de doctrina por el Tribunal Supremo[148], para quien carecería de sentido que, no derivando de las uniones de hecho pensiones de viudedad, pudiesen originar la extinción del derecho adquirido, dándose la paradoja de que una persona se viese privada de una pensión de viudedad, sin que posteriormente pueda obtener otra a la muerte de la persona con la que hubiese convivido[149]. En el mismo sentido que el TS, el TC[150] afirma el carácter excepcional de la norma 5ª de la Adicional Décima de la Ley 30/1981, con un alcance restringido a los supuestos de acceso a la pensión de viudedad en los casos de separación, divorcio o nulidad, sin que pueda aplicarse a los casos en que la pensión de viudedad se obtiene "matrimonio constante".

Consecuentemente, los Tribunales habían venido estableciendo una interpretación restrictiva de la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, teniendo en cuenta que la causa de extinción analizada –la convivencia de hecho– no permitía el acceso a la pensión[151], razonamiento que ha llevado al TC (STC 125/2003, de 19 de junio, por la que se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad promovida por el TSJ del País Vasco de 14 de noviembre de 1997) a considerar que, bajo ningún supuesto, la convivencia *more uxorio* implica la extinción de la pensión de viudedad que venía percibiendo uno de los componentes de la pareja de hecho, derivase ésta de matrimonio constante en la fecha del fallecimiento del causante, o hubiese mediando divorcio, separación o nulidad[152].

(146) Escrito de la entonces Subdirección General de Gestión, del Instituto Nacional de la Seguridad Social, de 15 de noviembre de 1994.

(147) SSTTSSJ de Valencia, de 15 y 30 de junio de 1993, o de Asturias, de 17 de septiembre de 1992.

(148) SSTS de 14 de abril y 17 de junio de 1994. Para el TS, la actuación de la Gestora es incongruente, ya que si la unión de hecho no da lugar a la adquisición del derecho, no puede actuar como hecho extintivo del mismo.

(149) En la STS de 26 de mayo de 2004, el TS efectúa una diferenciación entre la pensión civil –artículo 101 CC– que tiene un carácter *inter vivos* y el carácter *mortis causa* de la pensión de viudedad. Por ello, mientras que la primera cesa cuando desaparecen las causas que dieron lugar a su establecimiento –el desequilibrio económico– por el contrario la pensión de viudedad es vitalicia y desconectada del estado de necesidad. Un análisis de la STS de 26 de mayo de 2004 en MARTÍNEZ BARROSO, M.R. "La convivencia *more uxorio* del excónyuge divorciado ¿actúa como causa impeditiva del nacimiento del derecho a la pensión de viudedad? A propósito de la STS de 26 de mayo de 2004". *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. 266. 2005.

(150) STC 126/1994, de 25 de abril.

(151) Por ejemplo SSTS de 14 de abril, 17 de junio o 20 de diciembre de 1994.

(152) La STC 125/2003 parte del análisis de la regulación contenida en la Disposición Adicional Décima de la Ley 10/1981, sin tener en cuenta que, en la fecha del dictado de la sentencia, la regulación había sido modificada a través de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, mediante la que se da nueva redacción al artículo 174 LGSS, en el sentido de que la pensión de viudedad (en los supuestos en que hubiese mediado separación, divorcio o nulidad matrimonial) se extinguía ante la convivencia *more uxorio* del pensionista. No obstante, la Administración ha recogido, de forma amplia, la doctrina del TC, en el sentido de que la convivencia de hecho no produce, en ninguno de los supuestos, la extinción de la pensión de viudedad. Un análisis de la STC indicada en GARCÍA PERROTE y MERCADER UGUINA "Pensión de viudedad y convivencia...", *op. cit.*

g) Conclusiones

De todos modos, existen argumentos más que suficientes en orden al reconocimiento de las pensiones de viudedad a las uniones de hecho, como son:

– si el objetivo o la esencia de la pensión de viudedad es la de proteger la situación de necesidad del cónyuge que sobrevive al causante (dada la minoración de los ingresos de que aquélla participaba) esta protección debe procurarse, haya o no existencia de matrimonio previo[153];

– la contemplación legal de las uniones extramatrimoniales y su asimilación a las uniones matrimoniales, han tenido recepción en otros ordenamientos;

– siguiendo el propio criterio del TC no cabe efectuar una identificación (y, consecuentemente, una reducción) entre matrimonio y familia, dadas las distintas referencias constitucionales a una y otra figura; del mismo modo tan constitucional es ejercer el derecho al matrimonio como abstenerse de hacerlo.

– si bien, uno de los mayores problemas que se argumentan en la dificultad de homogeneizar el derecho prestacional a las uniones de hecho con el proporcionado a las uniones matrimoniales, ha estado, precisamente, en la propia delimitación de tales uniones de hecho o extramatrimoniales, estas dificultades de gestión deben y pueden salvarse y, en ningún caso, pueden originar una merma de protección y una negativa a los legítimos derechos a prestaciones sociales.

LA PROTECCIÓN SOCIAL A LAS PERSONAS QUE FORMAN PARTE DE LAS UNIONES DE HECHO PODRÍA ENCONTRAR SU FUNDAMENTO EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Para parte de la doctrina, sin embargo, las tesis de los Tribunales no se compadecen con el propio dictado de la disposición legal controvertida. En la norma 5ª de la Adicional Décima de la Ley 30/1981 se hace referencia siempre al "cónyuge", dentro de cuyo concepto ha de incluirse al cónyuge supérstite, y que fue lo que basaba y justificaba el criterio administrativo. No obstante, en la nueva redacción del artículo 174.3 LGSS no deja duda que la convivencia *more uxorio* únicamente afecta a las pensiones de viudedad, generadas desde las situaciones de divorcio, separación o nulidad.

Respecto a la aplicación, en sede administrativa, de los criterios deducidos de la STC 125/2003, en especial respecto de las solicitudes de revisión de las pensiones de viudedad, extinguidas por la convivencia de hecho, *vid.* INSS, Criterio Jurídico de Gestión 2003-04/48.

(153) En esta dirección se movía el voto particular del magistrado LÓPEZ GUERRA al fallo contenido en la STC 184/1990, para quien "cuando la CE establece el criterio de necesidad, como determinante de la asistencia y prestaciones de la Seguridad Social, y ello con respecto de todos los ciudadanos (y no sólo de los casados) estimo que no resulta razonable introducir otro criterio sin relación alguna con éste (el de la presencia de vínculo matrimonial) para determinar si procede o no una determinada prestación".

Vid. ALONSO ALONSO, M. y REAL CALAMA, R. "Pensión de viudedad: la realidad social protegible por esta prestación y examen de las situaciones actualmente protegidas en el vigente sistema de Seguridad Social". *Boletín de Colegio de Abogados de Madrid.* Núm. 15. Junio. 2000. Págs. 185 y ss.

De ahí que se venga defendiendo una protección similar para las personas que viven juntas, cuando uno de los convivientes fallece[154], cobertura protectora que "no se encuentra en el artículo 39 CE, en el que (...) no (existe) identificación entre familia y familia matrimonial (...) sino fundamentalmente en el artículo 41 CE, pues si al morir uno de los convivientes no casados se produce, igualmente que en el caso de ocurrir entre casados, un daño o repercusión económica negativos, es claro que ello nada tiene que ver con el vínculo matrimonial"[155]. Por ello, no basta con extender la pensión de la viudedad a las parejas de hecho, si, al mismo tiempo, no se lleva a cabo una reforma de esta prestación de la Seguridad Social, puesto que resulta cuestionable mantener la actual regulación de la pensión de viudedad "(...) necesitada de una verdadera transformación que la dirija a la que debe ser su verdadera finalidad: atender a una situación de necesidad o de carencia económica; (...) por ello, extender la prestación de viudedad al conviviente *de facto*, sin una reforma más compleja de esta pensión, sólo lograría extender un beneficio económico, con independencia de un verdadero estado de necesidad, causando con ello un grave daño a nuestro precario sistema de protección social"[156].

La protección social a las personas que forman parte de las uniones de hecho podría encontrar su fundamento, de igual modo, en el artículo 9.2 CE, conforme al cual corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, o en el artículo 10, que reconoce, como derecho fundamental, el desarrollo de la libre personalidad[157]. De todas formas, la extensión de los beneficios de Seguridad Social a las uniones extramatrimoniales o de hecho, así "(...) como la concreción de los requisitos exigibles a dichas uniones (...) no es misión de la jurisprudencia, ni de la doctrina científica, sino tarea y responsabilidad directa del legislador"[158], ya que el TC "(...) ha aceptado la situación legal vigente y no la ha corregido; pero tampoco la ha consagrado. Ha mandado mensajes al legislador, al que le corresponde establecer las pensiones de Seguridad Social teniendo en

(154) A tal fin y en el marco de esta reforma, la doctrina venía insistiendo en la necesidad de que la Seguridad Social aceptase plenamente "(...) el fenómeno de las uniones matrimoniales, bien de carácter heterosexual, bien homosexual" (SASTRE IBARRECHE, R. "La protección por muerte en el Régimen General de la Seguridad Social: la necesidad de una reforma". *Temas Laborales*. Núm. 39. 1996. Págs. 3 y ss.), ya que es preciso diferenciar entre dos clases de normas: las que se encuadran en el derecho matrimonial y de familia, por una parte, y, por otro, las que no regulan directamente esa relación de convivencia, sino otra cuestión muy diferente. *Vid*. PANTALEÓN PRIETO, A. "Régimen jurídico civil de las uniones", *op. cit.*, págs. 120 y ss.

(155) GONZÁLEZ PORRAS, J.M. "La familia sin matrimonio". *Actualidad Civil*. Núm. 31. 1992. Pág. 20. Como se señala en el voto particular a la Sentencia 184/1990, "si las prestaciones de la Seguridad Social se configurasen como elementos naturalmente integradores del régimen del matrimonio o como técnicas de protección de la institución del matrimonio, no cabría duda que el legislador podría (...) excluir de tales prestaciones a los ciudadanos no casados (...) Pero no resulta de los mandatos constitucionales que el sistema de prestaciones de Seguridad Social tenga como objeto configurar el régimen de la institución matrimonial (...)".

(156) HERNÁNDEZ CLAVERIE, C. "Las uniones de hecho en la legislación de la Seguridad Social". *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Núm. 199. 1995. Pág. 3.

(157) Como señala CASTRO ARGUELLES, M.A. "La protección familiar en el sistema español de Seguridad Social: un enfoque general" en GÓNZALEZ ORTEGA (coord.) *Seguridad Social y familia*. La Ley. Madrid. 1999. Pág. 94.

(158) PURCALLA BONILLA, M. y ROLDÁN ESTARSA, N. "Régimen normativo vigente de la pensión de viudedad: propósitos, realidades y carencias de las reformas producidas". *Revista Técnico-Laboral*. Núm. 77. Julio/Septiembre, 1998. Pág. 469.

cuenta la limitación de recursos económicos, para que en la reforma de las pensiones se tenga en cuenta la problemática social específica que plantean en materia de pensiones las uniones de hecho"[159].

E) Las uniones de hecho y las pensiones de orfandad y en favor de otros familiares

La cuantía de la pensión de orfandad[160] consiste, con carácter general, en el 20% de la correspondiente base reguladora[161], salvo en los casos en que no sobreviva cónyuge con derecho a pensión de viudedad o el cónyuge fallezca en el disfrute de la pensión, en cuyo caso el porcentaje previsto para ésta[162] acrecienta al de los huérfanos.

Este acrecimiento[163], no obstante, encuentra su límite en dos supuestos: cuando en la fecha del fallecimiento, no exista cónyuge, aunque sí conviviente de hecho con el fallecido y progenitor del huérfano, o los supuestos en que la pensión de viudedad se extingue por causas diferentes a la muerte del pensionista.

(159) RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. "Uniones de hecho y protección social". *Relaciones Laborales*. Núm. 23. 1996. Págs. 83 y ss.

(160) Respecto de esta pensión, *vid*. GARCÍA VIÑA, J. y RIVAS VALLEJO, M.P. "Las prestaciones de supervivencia ...", *op. cit.*; PANIZO ROBLES, J.A. "Las prestaciones económicas de la Seguridad Social a favor de hijos y otros familiares: algunos problemas pendientes" en *Seguridad Social y familia*. Núm. extraordinario de Tribunal Social. Núm. 154. Octubre, 2003 y "La protección por muerte y supervivencia: una ordenación ajena a la realidad social...". *op. cit.*; RIERA VAYREDA, C. *La pensión de orfandad*. Tirant lo blanch. Valencia. 2000 o SASTRE IBARRECHE, R. "La protección por muerte...", *op. cit.*

(161) Resultado de dividir por 28 la suma de las bases de cotización correspondientes a un período ininterrumpido de 24 meses, elegidas dentro de los 15 años anteriores al fallecimiento. En el supuesto de que el fallecido fuese pensionista, la base reguladora es la misma que sirvió para determinar la pensión. En este caso, calculada la cuantía de la pensión se le aplican las revalorizaciones habidas para las pensiones de orfandad desde la fecha del hecho causante de la pensión del fallecido hasta la de efectos económicos de la de orfandad.

(162) Porcentaje que, en la actualidad, se sitúa en el 52%, conforme a lo establecido en la Disposición Final Primera del Real Decreto 1425/2002, de 27 de diciembre. No obstante, existe la previsión –contenida en el Acuerdo Social de 2001– que durante la legislatura actual dicho porcentaje alcance el 52%. Aunque, en determinados supuestos, la pensión de viudedad pueda alcanzar el 70%, a efectos del derecho a acrecer únicamente se tiene en cuenta el porcentaje general –en la actualidad, el 52%–.

(163) Un análisis de la aplicación de los porcentajes de la pensión de viudedad, en los diferentes supuestos, en BLÁZQUEZ AGUDO, E. "Sobre la discutida tendencia a la asistencialidad de la pensión de viudedad". *Tribuna Social*. Núm. 174. Junio. 2005. Págs. 17 y ss.

El derecho de acrecer está previsto también en los casos de pensiones en favor de familiares –a tenor de lo previsto en el artículo 23.2 OMS– de modo que, si al fallecimiento del causante, no quedase cónyuge con derecho a pensión o éste falleciese en el disfrute de la misma, se incrementa la pensión en favor de nietos o hermanos. Si en la fecha señalada, no quedan ni cónyuge, hijos, nietos o hermanos con derecho a pensión, el porcentaje para determinar la pensión de los ascendientes se incrementa, distribuyendo el incremento entre todos los ascendientes si hubiese más de uno. No obstante, no se aplica el incremento cuando el beneficiario no lo es de pensión, sino únicamente de subsidio temporal. *Vid*. SSTS de 2 de febrero de 1999 y 24 de julio de 2000.

La resolución de la entonces Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social, de 3 de septiembre de 1990, estableció criterios respecto de la distribución de las pensiones de viudedad, en los supuestos de extinción de la misma. Conforme a dicha Resolución y en los supuestos en que la pensión se hubiese distribuido, por concurrir varios beneficiarios, si al fallecer el titular de la pensión de viudedad prorrateada, quedasen huérfanos absolutos con derecho a la pensión de orfandad, la parte de la pensión de viudedad acrece la de los huérfanos; en su defecto, a los nietos o hermanos del causante; y en defecto de los mismos, a los ascendientes e hijos y hermanos del pensionista de jubilación o incapacidad permanente. Solamente, en ausencia de todos estos familiares, la parte de pensión de viudedad podría incrementar la de los otros beneficiarios de la misma.

Precisamente, la no existencia de cónyuge supérstite se ha defendido, por parte del miembro sobreviviente de una pareja de hecho, como fundamento para solicitar el incremento de la pensión de orfandad del hijo en común con el fallecido. No obstante, estas pretensiones no han encontrado eco en la jurisprudencia y han sido reiteradamente rechazadas en los tribunales, desde el dictado de la STS de 23 de febrero de 1994, u.d., seguida profusamente por otras posteriores[164] que niega el derecho al acrecimiento de la pensión de orfandad, en los casos en que, a la muerte del causante, sobreviva la persona que convivía con el fallecido (aunque también sea la madre del huérfano) en base a una interpretación literal del apartado 2 del artículo 17 OMS que limita la atribución del 52%[165] a los casos en que no quede cónyuge superviviente o que éste fallezca en el disfrute de la pensión[166].

Para el TS, para que nazca el derecho a acrecer por parte de los huérfanos es preciso que en la fecha del fallecimiento no sobreviviese cónyuge y mal puede sobrevivir cónyuge, cuando antes del fallecimiento éste no existe por no haber mediado vínculo matrimonial; además, el derecho al acrecimiento se proyecta sobre los huérfanos absolutos, los cuales sufren un mayor menoscabo patrimonial que el huérfano simple, circunstancia que no concurre cuando sobrevive uno de los progenitores. Por último, de esta interpretación –a juicio del TS– no resulta una discriminación para el hijo extramatrimonial ya que el menoscabo económico de éste es menor cuando pervive uno de los padres, a quien incumbe las obligaciones de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, educarles y procurarles una formación integral, conforme a las previsiones del artículo 154 CC.

Puede resultar cuestionable esta interpretación restrictiva[167], aunque la regulación del artículo 17.2 OMS mencionado no deja de ser otra consecuencia de la diferenciación que, en el ámbito de la Seguridad Social, como en otros ámbitos de la legislación estatal, sufren las uniones de hecho respecto de las matrimoniales. Además, con la interpretación indicada se podría estar vulnerando el principio de igualdad ante la ley de los hijos extramatrimoniales, al negarles el incremento de la pensión de viudedad, ya que, de haberse casado sus padres, la madre cobraría la pensión, de modo que se garantizaría el bienestar de la familia que, de otra parte, puede experimentar un menoscabo económico importan-

(164) SSTS 5 de abril, 21 de junio, 15 y 20 de julio, 2 de diciembre, todas ellas de 1994, 31 de julio y 18 de noviembre de 1995.

(165) O del 70% en el caso de que se trate de beneficiarios con menores rentas. Según los datos de la Seguridad Social, referidos al mes de mayo de 2005, únicamente reciben una pensión equivalente al 70% de la correspondiente base reguladora algo más de 24.300 pensionistas, es decir, el 1,1 % del total de las pensiones de viudedad.

(166) Para el TS, el incremento de la pensión de orfandad está articulado a favor de los huérfanos absolutos, circunstancia que no concurre en los casos de hijos extramatrimoniales, perviviendo alguno de los padres. Para la doctrina del TS permitir el acrecimiento de la pensión de orfandad, viviendo uno de los progenitores haría de mejor condición la filiación extramatrimonial, en cuanto que, en lo que se refiere a la filiación matrimonial, el incremento sólo se produce en los supuestos de orfandad absoluta –inexistencia de ambos padres– lo que no sucede en los supuestos que se enjuician en la STS de 23 de febrero de 1994, en que la madre –aunque no sea cónyuge– pervive. A su vez, conceder la mejora de la pensión de orfandad sería tanto como reconocer –por vía indirecta, en virtud de las facultades inherentes a la patria potestad de representación y administración de los bienes del hijo– la pensión de viudedad al sobreviviente de una pareja de hecho.

(167) Este cuestionamiento está presente también en el voto particular –del magistrado MARTÍN VALVERDE–. Un análisis de la sentencia y del voto particular en LEONES SALIDO, J.M. *Las pensiones de viudedad y orfandad (Comentarios, jurisprudencia del Tribunal Supremo. Práctica forense con supuestos prácticos y Estadísticas.* Comares. Granada. 1998. Págs. 55 y ss.

te. Aunque es cierto que existen unas obligaciones, por parte del padre respecto del huérfano, sin embargo pudiera suceder que tales obligaciones sean de difícil cumplimiento cuando el mismo carece de medios para llevarlas a cabo; en este caso, el propósito de la norma –atender al bienestar del huérfano– no se alcanza, ya que ni el padre supérstite alcanza la pensión de viudedad (que unida a la de orfandad posibilita una mejor situación económica de la unidad familiar) ni, ante la ausencia real de la pensión de viudedad, se permite el incremento de la pensión del huérfano.

La no equiparación entre las situaciones de convivencia de hecho, en relación con las uniones matrimoniales, tiene su reflejo en la extinción de las pensiones de orfandad o a favor de otros familiares, De acuerdo con lo establecido en el artículo 21.1 OMS, dicha pensión se extingue, entre otras circunstancias, por contraer matrimonio el pensionista[168]; asimismo, el artículo 24.b).a') OMS regula, como causa de la pensión en favor de familiares[169] referidos a los ascendentes, el hecho de contraer matrimonio. Dada la referencia expresa al matrimonio, la Seguridad Social no considera, dentro de las causas de extinción de las pensiones mencionadas, la convivencia de hecho del huérfano o del ascendiente, de modo que puede mantenerse la pensión previamente reconocida.

EN CASOS DE MUERTE POR ACCIDENTE DE TRABAJO O ENFERMEDAD PROFESIONAL SERÁ EQUITATIVO ESTABLECER PRESTACIONES A FAVOR DEL CONVIVIENTE QUE SOBREVIVA

F) Las uniones de hecho y la indemnización especial en caso de muerte derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional

En las prestaciones económicas a tanto alzado, en los supuestos en que la muerte del causante se haya debido a un accidente de trabajo o a una enfermedad profesional[170], el ordenamiento

(168) En este ámbito, surge la problemática del matrimonio del incapacitado. En principio, el matrimonio provoca la extinción de la pensión de orfandad, puesto que se entiende que la causa del nacimiento de la pensión, dar protección a la situación de necesidad, que tiene origen en el abandono en que queda el hijo mayor incapacitado, como consecuencia de la muerte de su progenitor y del que dependía su subsistencia, desaparece con el nuevo matrimonio, dada la obligación de ambos cónyuges de socorrerse mutuamente. En base a estas consideraciones, cuando el cónyuge del pensionista de orfandad es un incapacitado, sin medios económicos propios, no se extingue la pensión de orfandad, dada la dificultad de poder atender a las obligaciones de alimentos y socorro. (Ésta es la tesis que mantiene la Administración gestora. *Vid.* Criterio interpretativo III.4.7 en INSS. Régimen jurídico de las prestaciones. Criterios de aplicación en supuestos contemplados. Madrid, 1990.)

Pero, además, no todo matrimonio extingue el derecho a la pensión de orfandad, cuando el beneficiario está separado, divorciado o el matrimonio ha sido declarado nulo. En todos estos casos, se admite el acceso a la pensión de orfandad (*Vid.* INSS. Criterio Jurídico de Gestión 2000/39).

(169) Para las prestaciones a favor de familiares, *vid.*, entre otros, GONZÁLEZ ORTEGA "Las pensiones a favor de otros familiares" en AAVV. (GONZÁLEZ ORTEGA coord.) *Seguridad Social y familia*. La Ley. Madrid. 1999.

(170) Consistentes en una cantidad a tanto alzado equivalente a 6 mensualidades de la base reguladora a favor de la viuda y de 1 mensualidad a favor de cada uno de los huérfanos simples, cantidad incrementada con las 6 mensualidades –a repartir entre todos los huérfanos– en caso de orfandad absoluta.

de la Seguridad Social califica como beneficiarios al cónyuge supérstite y los hijos. Sin embargo, en esta prestación, desde antiguo, siempre existió una tendencia a reconocer la prestación no sólo a los hijos (por filiación biológica o por adopción), sino también a los "jóvenes prohijados o acogidos"[171]. Aunque a veces se ha preferido, en la concesión de la indemnización, a la mujer con la que el fallecido había convivido y con la que tenía hijos, frente a la esposa con la que se encontraba separado de hecho, se trata de prestaciones que se conceden a la madre, por representación de los hijos. Por el contrario, cuando la cuestión planteada ha tratado directamente el tema de la conviviente, se niega el derecho a tal indemnización[172].

Esta regulación ha sido objeto de críticas[173], entendiendo que, dada la finalidad de la prestación, será equitativo establecer estas prestaciones en favor del conviviente sobreviviente que dependiera económicamente del fallecido, pues por el fallecimiento del otro conviviente aquél puede sufrir un perjuicio económico que podría paliarse, al menos parcialmente, con la indemnización, dando cumplimiento de esta forma al artículo 41 CE.

G) Las uniones de hecho y el auxilio por defunción

En el sistema de la Seguridad Social, se reconoce un subsidio de 30,05 euros como auxilio de defunción, cuyo beneficiario es la persona que haya sufragado los gastos de enterramiento, los cuales, salvo prueba en contrario, se presumen satisfechos por el cónyuge, los hijos o los familiares que hubiesen convivido con el fallecido. Por ello, en principio, el conviviente de hecho tiene derecho a este subsidio, en el caso de que pruebe la asunción de los gastos, aunque podrían existir problemas, cuando ese derecho fuese solicitado por alguno de los familiares del fallecido.

H) Los complementos por mínimos de las pensiones contributivas

La LGSS –artículo 50– prevé que los beneficiarios de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, que no perciban rentas de capital o trabajo personal, o que percibiéndolas no superen la cuantía que establezca la correspondiente Ley de Presupuestos, tienen derecho a percibir los complementos necesarios para alcanzar la cuantía mínima de las pensiones, en los términos que legal o reglamentariamente se establezcan. A su vez, la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado[174] determina los importes de las pensiones mínimas, distinguiendo entre pensiones mínimas "individuales" y pensiones mínimas "por cónyuge a cargo", sin

(171) *Vid.* artículo 28 de la Ley de 8 de octubre de 1932 o el actual artículo 26 del Texto Refundido de la legislación de accidentes de trabajo.

(172) *Vid.* STS de 19 de noviembre de 1998. En igual sentido, la STSJ de Canarias de 3 de junio de 2002.

(173) *Vid.* GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. "Las uniones de hecho...", *op. cit.*, pág. 509.

(174) Para el año 2005, los complementos a mínimos de las pensiones contributivas se regulan en la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2005 (en la redacción dada, en el ámbito de las pensiones públicas, por el Real Decreto-Ley 11/2004, de 23 de diciembre) así como en el RD 2350/2004, de 23 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones de la Seguridad Social para 2005.

que ni en la LGSS, ni en la Ley de Presupuestos se delimite qué se entiende por cónyuge a cargo, concepto previsto en el correspondiente Real Decreto de revalorización de pensiones de la Seguridad Social, dada la habilitación a norma reglamentaria que concede la propia Ley de Presupuestos para la fijación de los requisitos en orden a la percepción de tales pensiones mínimas.

Consecuentemente, si las pensiones mínimas vienen a establecer un remedio para la satisfacción de necesidades mínimas en las unidades de convivencia, este objetivo puede no cumplirse cuando esa convivencia se produce en una pareja no matrimonial, ya que el pensionista no tiene derecho al complemento a mínimo por cónyuge a cargo (sino exclusivamente al mínimo individual) por el hecho de que dicha convivencia no esté basada en el matrimonio, aunque se den todos los requisitos de menores ingresos tanto en él mismo, como en el conviviente.

I) Las parejas de hecho y las prestaciones por desempleo

Como se ha indicado anteriormente, el hecho de que no se aplique a la convivencia de hecho la regulación que, respecto de los trabajadores familiares, establece el artículo 1.3.e) ET implica la conceptuación de relaciones laborales entre ambos convivientes y, derivado de ello, el acceso a la prestación contributiva por desempleo, en los casos en que haya una extinción no voluntaria del contrato de trabajo[175].

Tampoco en esta materia, la convivencia de hecho tiene trascendencia en la atribución de las prestaciones por desempleo, en cuanto que el conviviente no es tenido en cuenta,

Cuantía de las pensiones mínimas de la Seguridad Social en 2005

Clase de pensión	Euros/mes	
	Sin cónyuge	Con cónyuge
Jubilación		
– Titular 65 años.	524,01	438,71
– Titular menos 65 años.	489,72	408,78
Incapacidad		
– Gran invalidez	786,02	658,07
– Incapacidad absoluta	524,01	438,71
– Total. Titular: 65 años	524,01	438,71
– Total cualificada entre 60 y 64 años	489,72	408,78
– Parcial AT y titular 65 años	524,01	438,71

(175) *Vid.* STS de 24 de febrero de 2000, u.d. En un sentido diferente, STSJ de Cataluña de 18 de octubre de 2002.

a efectos de la determinación de las responsabilidades familiares o del límite de recursos económicos, requeridos en el subsidio de desempleo –artículo 215 LGSS–[176].

El acceso al subsidio de desempleo queda condicionado, entre otros requisitos, a que el interesado tenga responsabilidades familiares. De conformidad con lo previsto en el artículo 215.2 LGSS, se entienden por tales cuando el solicitante tiene a cargo cónyuge o hijos menores de 26 años, o incapacitados cualquiera que sea su edad, o menores acogidos, siempre que la renta *per capita* de la unidad familiar sea igual o inferior al 75% del SMI, deducida la parte de paga extraordinaria. En sentido contrario, el hecho de que el conviviente indicado tiene unas rentas superiores al mencionado 75%, no impide que al interesado se le pueda reconocer el subsidio de desempleo De igual modo, los hijos de la pareja, no propios, no se consideran para la determinación de la cuantía de la prestación contributiva por desempleo (artículo 211 LGSS)[177].

En el supuesto de desempleados mayores de 45 años que hayan agotado un derecho a prestación por desempleo de 720 días de duración (artículo 215.4) y convivan *more uxorio* con otra persona no se les podría incrementar el subsidio previsto en el artículo 217.2 LGSS[178], al quedar limitado el incremento a la existencia de responsabilidades familiares, dentro de las cuales no se incluye la convivencia de hecho.

A su vez, dentro de las rentas activas de inserción[179], la normativa reguladora de la misma a efectos del requisito de rentas, únicamente tiene en cuenta la situación matrimonial, sin que la convivencia *more uxorio* tenga incidencia en este ámbito[180].

(176) El TC, mediante Auto 1021/1988, de 26 de septiembre, no admitió un recurso de amparo contra la negativa de la Entidad gestora de atribución de un subsidio de desempleo, en el que se alegaba la discriminación sufrida por una pareja de hecho frente a las uniones matrimoniales, Para el TC, la demanda carecía de contenido constitucional, ya que, frente a la presunta violación del artículo 14 CE "(...) el principio de igualdad en la Ley, que establece el artículo 14 de la Constitución, permite al legislador regular de forma diferente supuestos que no sean iguales y no impone, por tanto, anudar unos mismos efectos o consecuencias jurídicas a supuestos de hecho diferentes (...)".

(177) *Vid.* STSJ de Galicia de 13 de julio de 2000. A efectos de las prestaciones asistenciales por desempleo, el artículo 215.2 LGSS entiende por responsabilidades familiares tener cónyuge (no conviviente de hecho), hijos menores de 26 años o mayores incapacitados, o menores acogidos, siempre que la renta del conjunto de la unidad familiar así constituida, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen no supere el 75% SMI, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

(178) Conforme al artículo 217.2 LGSS, la cuantía del subsidio especial para mayores de 45 años se determinará en función de las responsabilidades familiares del trabajador, de acuerdo con los siguientes porcentajes del IPREM vigente en cada momento:

a) 80%, cuando el trabajador tenga uno o ningún familiar a su cargo.
b) 107%, cuando el trabajador tenga dos familiares a su cargo.
c) 133%, cuando el trabajador tenga tres o más familiares a su cargo.

(179) Para el año 2005, la renta activa de inserción se encuentra regulada en el Real Decreto 205/2005, de 25 de febrero. Un análisis del programa vigente de la renta activa de inserción en LUJÁN ALCARAZ, J. "El Programa de Renta Activa de Inserción para 2005". *Aranzadi Social*. Mayo 2005.

(180) Conforme al artículo 2º del Real Decreto 205/2005 para poder ser beneficiario de la renta activa de inserción en el interesado han de concurrir un límite individual de rentas (que no superen el 75% SMI) y un límite familiar (en cuanto que la suma de las rentas de la unidad familiar –constituida por el cónyuge, pero no por el conviviente de hecho, y los hijos menores de 26 años o mayores incapacitados, así como los menores acogidos– dividida por el número de los miembros que la componen no puede ser superior al 75 SMI).

J) Las pensiones de jubilación e invalidez no contributivas

La delimitación de la unidad económica tiene una trascendencia importante en orden a las pensiones no contributivas de la Seguridad Social[181]. De una parte, porque el límite de los ingresos que condicionan el acceso a la pensión no hace referencia únicamente respecto de los ingresos del solicitante de la pensión, sino también de las personas que forman la unidad económica, cuando aquél convive dentro de la misma; de igual modo, en la determinación de la cuantía de la pensión el concepto de unidad económica juega un papel básico, por cuanto el artículo 145 LGSS determina unos importes diferentes, en los casos en que en una misma unidad económica, conviven dos o más beneficiarios. En estos casos, al importe de la pensión se le suma el 70% de esa misma cuantía, tantas veces, menos una, como beneficiarios existan en la unidad económica. El importe obtenido se divide por el número de beneficiarios, siendo el cociente el importe de la pensión individual para cada uno de aquéllos.

EL CONVIVIENTE NO ES TENIDO EN CUENTA A EFECTOS DE LA DETERMINACIÓN DE LAS RESPONSABILIDADES FAMILIARES REQUERIDAS PARA EL PERCIBO DEL SUBSIDIO DE DESEMPLEO

La no equiparación entre las uniones matrimoniales y no matrimoniales produce una diferencia importante en el acceso y la cuantía de las pensiones, por cuanto que las segundas no dan lugar a la denominada "unidad de convivencia", ni en consecuencia a los aspectos positivos o restrictivos que produce en esta clase de pensiones el hecho matrimonial.

K) Otras situaciones

Además de las indicadas, existen otros preceptos en el ordenamiento de la Seguridad Social en los que el estado convivencial –matrimonial o de hecho– origina una diferente respuesta, como son los siguientes:

a) El artículo 40.a) LGSS prevé, frente al principio de retención, descuento o cesión de las prestaciones de Seguridad Social, determinadas excepciones, entre las que se encuentran

(181) Un análisis de estas pensiones en ALARCÓN CARACUEL, M.R.: "La integración de los servicios sociales y la asistencia social en la Seguridad Social". *Temas Laborales*. 1986; BLASCO LAHOZ, F.J. Las pensiones no contributivas (doctrina, jurisprudencia, legislación y formularios. Tirant lo blanch. Valencia, 2001; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. "Una norma de envergadura: la ley de prestaciones no contributivas de la Seguridad Social". *Relaciones Laborales*. 1991; FARGAS FERNÁNDEZ, J. *Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas*. Aranzadi. Pamplona. 2002; FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. *Las pensiones no contributivas y la asistencia social en España*. CES. Madrid. 2002; PANIZO ROBLES, J.A. "El marco de las pensiones no contributivas". *Revista de Treball*. Núm. 5. Valencia. 1991 y "Las pensiones no contributivas de la Seguridad Social" en *Pensiones no contributivas y lucha contra la pobreza*. Instituto Sindical de Estudios. Madrid. 1992; RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. "Pensiones no contributivas de Seguridad Social y asistencia social". *Relaciones Laborales*. 1988; SÁNCHEZ RÓDENAS, C. *El régimen jurídico de las prestaciones no contributivas de seguridad social en el ordenamiento español*. Laborum. Murcia. 1998 y SEMPERE NAVARRO, A. y BARRIOS BAULDOR, G.L. *Las pensiones no contributivas*. Aranzadi. Navarra. 2001.

las del cumplimiento de las obligaciones alimenticias a favor del cónyuge o de los hijos, retenciones o descuentos que no se producen en el caso de obligaciones alimenticias a favor del conviviente de hecho, aunque el mismo tenga derechos a ellos conforme a la ley autonómica que haya podido dictarse.

b) Las limitaciones para formar parte de la Junta Directiva de las Mutuas, contenidas en el artículo 75 LGSS, no se aplican cuando la concentración del capital social –en los términos regulados en dicho artículo[182]– se produce entre el empresario y una persona relacionada con ella a través de una relación estable de pareja.

c) A su vez, las limitaciones para que los administradores y socios de las sociedades mercantiles puedan ser considerados como trabajadores por cuenta ajena contenidas en la Disposición Adicional Vigésima séptima LGSS[183] únicamente hacen referencia a personas vinculadas por matrimonio, por lo que las mismas no resultan de aplicación en los casos en que se produce una relación de pareja de hecho estable.

VII. LAS INICIATIVAS LEGISLATIVAS (EN TRAMITACIÓN) SOBRE LA EQUIPARACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO RESPECTO DE LAS PAREJAS MATRIMONIALES

La toma de conciencia del legislador por el problema de la pareja de hecho empieza a ser sentida en la década de los noventa, en la que comienzan a plantearse determinadas iniciativas parlamentarias, tendentes a la equiparación, si quiera sea parcial, de las uniones de hecho con las matrimoniales, dentro de la aplicación del principio de no discriminación por circunstancia personal, dentro de un concepto amplio de familia. En esta dirección, además de la aprobación de la Ley 13/2005 (que ha solucionado, en parte, el acceso a las prestaciones sociales por parte de las parejas homosexuales que acceden al matrimonio) existen en la actualidad determinadas iniciativas legislativas que pretenden poner remedio a la falta de desprotección de las personas que, en el pleno y libre ejercicio de su autonomía personal, deciden formar una unidad convivencial estable, pero no sometida a vínculo matrimonial, iniciativas que siguen, en parte la línea iniciada en la década de los noventa[184].

(182) Que los propios interesados, sus cónyuges o sus hijos sometidos a patria potestad, ostenten la titularidad de una participación igual o superior al 25% del capital social en cualquiera de las empresas asociadas a la Mutua.

(183) Que, al menos, la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios, con los que conviva y a quienes se encuentre unido por vínculo de matrimonio o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado.

(184) Dentro de estas iniciativas destacan las siguientes:

– En 1994, se presentan las Proposiciones de Ley de Izquierda Unida, sobre protección social, económica y jurídica de la pareja y la correspondiente al Grupo Parlamentario Socialista, "por la que se insta al Gobierno a remitir a la Cámara un proyecto de Ley sobre la regulación de las uniones de hecho, con independencia de su sexo".

– Además, en la VI Legislatura, se presentaron diferentes iniciativas parlamentarias respecto de las uniones de hecho, entre ellas las Proposiciones de Ley de uniones civiles (Partido Popular) o la Proposición de Ley de Coalición Canaria de reconocimiento de efectos jurídicos a las parejas de hecho estables).

Con el propósito de acabar con la diferenciación señalada entre las parejas de hecho y las parejas formalizadas, al principio de la presente legislatura se han presentado varias iniciativas legislativas, bajo la forma de Proposiciones de Ley, como son[185]:

– Proposición de Ley presentada por el Grupo de Esquerra Republicana, sobre modificación de la Ley de 8 de junio de 1957, reguladora del Registro Civil, para el acceso de la unión estable de pareja o pareja de hecho al Registro Civil.

– Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Catalán sobre uniones estables de pareja.

– Proposición de Ley sobre igualdad jurídica para las parejas de hecho, presentada por el Grupo Parlamentario Izquierda Unida-Izquierda Verde-Iniciativa per Catalunya.

• Posteriormente, en la pasada legislatura –la VII– se presentaron 5 nuevas Proposiciones de Ley que intentaban abordar la equiparación de las uniones extramatrimoniales con las conyugales:

– La Proposición de Ley, formulada en abril de 2000, por el Grupo Parlamentario Socialista por la que se reconocen determinados efectos jurídicos a las parejas de hecho. A través de la misma, se modificaban determinados preceptos, en orden a buscar la protección de estas uniones, cualquiera que fuese la orientación sexual de sus miembros, tendente a una equiparación con la unión matrimonial, que no llega a producirse en su globalidad. Conforme a la proposición de Ley podían constituir una pareja de hecho, las personas, mayores de edad, o menores emancipados, sin vínculos de parentesco, en primer o segundo grado por consanguinidad, que hubiesen tenido un período de convivencia de, al menos, 6 meses, salvo que tuviesen descendencia común. Se exigía la acreditación de la convivencia, a través de la inscripción en el padrón municipal, en los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o en los Municipios, o mediante documento público. Una vez rota la convivencia, cualquiera de los convivientes deberá instar la cancelación de la inscripción en los registros correspondientes y/o la anulación de los documentos públicos, por lo que no podrá procederse a una nueva inscripción, sin la previa cancelación de las preexistentes.

Además de otros efectos, en el ámbito de la Seguridad Social, la Proposición de Ley procedía casi a una equiparación del conviviente con el cónyuge, a los efectos previstos en el artículo 7.2 (no consideración de trabajador por cuenta ajena, cuando presten servicios para el otro conviviente); reconocimiento del derecho a percibir el auxilio por defunción (artículo 173) e indemnizaciones a tanto alzado derivadas de contingencias profesionales (artículo 177) en igualdad de condiciones que el cónyuge; posibilidad de acceder a la pensión de viudedad (artículo 174), así como ser beneficiario de la asistencia sanitaria, de la que pudiera ser titular el otro conviviente (artículo 100.1 de la Ley General de Seguridad Social de 1974).

– Proposición de Ley del Grupo de Convergencia i Unió sobre uniones estables de parejas, cuyo contenido se asemejaba a la Ley catalana sobre uniones de hecho, si bien ampliando su contenido a aquellas materias competencia del Estado. De esta forma, en lo que se refiere a la Seguridad Social se extendía al conviviente los derechos establecidos para el cónyuge, respecto de la asistencia sanitaria, auxilio de defunción, pensión de viudedad, indemnizaciones a tanto alzado, así como las limitaciones respecto de los trabajos familiares, a efectos de su consideración como trabajos por cuenta ajena y su correspondiente inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social.

– Proposición de Ley para la igualdad jurídica de las parejas de hecho presentada por el Grupo de Izquierda Unida, iniciativa que partía de la finalidad de equiparación de las parejas de hecho con las matrimoniales, estableciendo una modificación del ordenamiento jurídico que afectaba a un conjunto amplio de disposiciones. La delimitación de la pareja de hecho era similar a la establecida en la Proposición de Ley socialista, modificando el Código Civil, el Estatuto de los Trabajadores, Ley General de la Seguridad Social, legislación de Clases Pasivas o las leyes de los Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas y de Sucesiones y Donaciones.

– Por último, 2 Proposiciones de Ley del Grupo Mixto sobre igualdad jurídica para las parejas de hecho, con un contenido muy similar a la del Grupo de Izquierda Unida, que no pretendían regular las parejas de hecho, sino establecer el principio de no discriminación por razón del grupo familiar del que se forme parte, tenga o no origen en el matrimonio. En razón de la aplicación de este principio, a través de la Proposición de Ley se procedía a la modificación de determinados artículos del Código Civil, del Estatuto de los Trabajadores, Ley General de la Seguridad Social, Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública o Ley de Clases Pasivas.

(185) Las cuatro Proposiciones de Ley fueron tomadas en consideración, a efectos de su tramitación parlamentaria, el día 29 de junio de 2004, celebrándose el debate a la totalidad de todas ellas en el Pleno del Congreso del día 21 de octubre de 2004, acordándose su envío a la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales para su debate y eventualmente enmiendas al articulado, (*vid.* Boletín del Congreso de los Diputados, núm. 42 de 21 de octubre de 2004) sin que desde dicha fecha se hayan efectuado trámites adicionales.

En el Anexo II se contienen unos cuadros de síntesis del contenido de las Proposiciones de Ley.

– Por último, la Proposición de Ley de igualdad jurídica para las uniones de hecho, presentada por el Grupo Parlamentario Mixto.

Mientras que la primera de las iniciativas parlamentarias tiene una finalidad básica, como es el acceso de las uniones estables al Registro Civil[186], las otras tres persiguen un objetivo más ambicioso cual es la regulación de los efectos de la convivencia en una pareja de hecho estable[187] en un marco de equiparación y no discriminación respecto de las parejas matrimoniales con la delimitación de los correspondientes derechos y deberes y, dentro de ellos, los relativos a la Seguridad Social[188]. Por ello, aunque la regulación contenida en la Proposición de Ley presentada por Esquerra Republicana daría mayor seguridad jurídica a las parejas de hecho, en sí misma no remueve todos los obstáculos para su plena equiparación con las parejas formalizadas a través del matrimonio[189].

A continuación, se analizan las tres Proposiciones de Ley, indicando sus elementos comunes, así como sus diferencias y la incidencia de aquéllas en el ordenamiento de la Seguridad Social.

A) Delimitación de la pareja de hecho

A efectos de la aplicación de los correspondientes preceptos legales, se entiende como pareja de hecho[190] la unión estable entre un hombre y una mujer, ambos mayores de

(186) La Proposición de Ley de Esquerra Republicana tiene un contenido similar a la presentada, en la pasada legislatura y con el mismo contenido, por el Grupo Mixto.

(187) No se trata de regular la pareja de hecho, que, al menos conceptualmente, sería una finalidad contradictoria, sino únicamente de sus efectos. Como se indica, de modo expreso, en la Proposición de Ley del Grupo Mixto, la iniciativa parlamentaria no pretende institucionalizar las uniones libres de pareja, porque ello supondría desnaturalizar las mismas, sino otorgarles analógicamente la misma igualdad jurídica ante determinados fenómenos que a las uniones matrimoniales.

(188) Este principio está recogido de forma expresa en la Proposición del Grupo de Izquierda Unida, en cuyo artículo 1º se señala que nadie puede ser discriminado por razón del grupo familiar del que forme parte, tenga éste su origen en la filiación, en el matrimonio o en la unión de dos personas que convivan por análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual, considerándose nula, y sin efecto, cualquier norma legal o convencional que vulnere o contradiga este principio. De igual modo, en el artículo 6º de la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Mixto se proclama el principio de equiparación jurídica entre las uniones de hecho y las matrimoniales, prohibiendo que pueda establecerse ninguna norma que directa o indirectamente suponga discriminación por razón del grupo familiar del que una persona forma parte, tenga éste su origen en la filiación, en el matrimonio o en la unión libre de dos personas por análoga situación de afectividad a la conyugal. Esta prohibición es extensible a los pactos o convenios entre particulares, considerándose nula y sin efecto cualquier cláusula contenida en los mismos que vulnere dicha prohibición.

Por el contrario, en la Proposición de Ley de Convergencia i Unió esta finalidad está matizada, ya que no busca la plena equiparación, en los derechos, de las uniones matrimoniales con las de pareja de hecho, sino únicamente que estas últimas vean equiparados, en la medida de lo posible, sus derechos con relación a los derivados del matrimonio.

(189) Los problemas de la no equiparación entre la pareja de hecho y el matrimonio, así como que el conviviente nunca adquiera la condición de cónyuge es puesta de manifiesto en la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13 de febrero de 2003. *Vid*. PUIG I FERRER "Matrimoni. Unió estable de parella. Aspects problemàtics". *Revista Jurídica de Catalunya*. Núm. 3. 2004.

(190) Mientras que las Proposiciones de Ley de Izquierda Unida y del Grupo Mixto hacen referencia a las parejas de hecho, la correspondiente al Grupo de Convergencia y Unió se refiere a la unión estable de pareja.

edad que, cualquiera que sea la orientación sexual de sus miembros[191], mantengan una relación afectiva similar a la conyugal, durante un determinado período de tiempo (que varía de uno[192] a dos[193] años) salvo en el caso de que exista descendencia común, en cuyo supuesto no se precisa tiempo de convivencia previa.

No obstante, se establecen limitaciones en orden a la posibilidad de configurar relaciones de parejas o uniones de hecho estables, como son las de: los menores de edad[194]; quienes estuvieren ligados mediante vínculo matrimonial; las personas que hubiesen formalizado con otra persona una unión estable inscrita o formalizada debidamente: los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción, así como los parientes colaterales por consanguinidad o adopción dentro del segundo grado.

LA PAREJA DE HECHO DEBE ACREDITAR SU EXISTENCIA A TRAVÉS DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL AUNQUE TAMBIÉN SE CONTEMPLA LA ACREDITACIÓN MEDIANTE DOCUMENTO PÚBLICO O MEDIO DE PRUEBA ADMISIBLE

B) Acreditación de la pareja de hecho

Para que la pareja de hecho pueda beneficiarse de los derechos establecidos en la correspondiente disposición normativa, se debe acreditar la existencia de la misma, acreditación que se llevará a cabo, de forma preferente, a través de la inscripción en el Registro Civil correspondiente[195] aunque también se contempla la acreditación mediante documento público o mediante cualquier medio de prueba admisible y suficiente.

Cualquiera de los convivientes ha de instar la cancelación de la inscripción o la anulación de los documentos públicos cuando se haya extinguido la relación de convivencia. No procede una nueva inscripción sin la previa cancelación de las previas existentes.

(191) Si en las Proposiciones de Ley de los Grupos Parlamentarios Mixto y de Izquierda Unida se regulan, de forma conjunta, las parejas de hecho heterosexuales y homosexuales, sin embargo –y como es tradicional en las iniciativas presentadas por CIU– en la presentada por este Grupo hay un intento declarado de separar la regulación de una y otra modalidad de parejas de hecho.

(192) En las Proposiciones de Ley de los Grupos Mixto y de Izquierda Unida.

(193) En la Proposición de CIU.

(194) Aunque en las Proposiciones de Ley de los Grupos de Izquierda Unida y Mixto sí pueden formar parejas de hecho estable los menores emancipados.

(195) Las Proposiciones de Ley de los Grupos Parlamentarios Mixto y de Izquierda Unida precisan que los registros pueden ser los de la Comunidad Autónoma o el respectivo Ayuntamiento.

C) Regulación de la convivencia

Respecto a la regulación de la convivencia, los miembros de la unión de hecho pueden regular válidamente, mediante forma verbal, mediante escrito privado o mediante documento público, las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia, así como los derechos y deberes respectivos. También podrán regular, incluso renunciar a ellas, las compensaciones económicas que convengan para el caso del cese de la convivencia. En defecto de pacto, los miembros de la unión de hecho deberán contribuir al mantenimiento de la vivienda y a los gastos comunes, mediante la aportación propia al trabajo doméstico, mediante su colaboración personal o profesional no retribuida o mediante los recursos procedentes de su actividad o de sus bienes en proporción a sus ingresos y si éstos no fueren suficientes en proporción a su patrimonio. Asimismo, y en defecto de pacto, cada miembro de la pareja conservará el dominio, el disfrute y la administración de sus bienes.

Se precisa que se considera contribución a los gastos comunes el trabajo doméstico, la colaboración personal o profesional no retribuida o insuficientemente retribuida a la profesión o a la empresa del otro miembro, así como los recursos procedentes de su actividad o de sus bienes, en proporción a sus ingresos respectivos y, si éstos no fueran suficientes, en proporción a sus patrimonios. En tal sentido –y de acuerdo con las previsiones de la Proposición de Ley de CIU– tienen la consideración de gastos comunes de la pareja los necesarios para su mantenimiento y el de los hijos y las hijas que convivan con ellos, de acuerdo con sus usos y su nivel de vida, y especialmente:

– Los originados en concepto de alimentos, en el sentido más amplio.

– Los de conservación o mejora de la vivienda u otros bienes de uso de la pareja.

– Los originados por las atenciones de previsión, médicas y sanitarias.

No tienen la consideración de gastos comunes los derivados de la gestión y la defensa de los bienes propios de cada miembro, ni, en general, las que respondan al interés exclusivo de uno de los miembros de la pareja.

D) Disolución de la unión de hecho y efectos de la misma

La disolución de las uniones de hecho se produce en los siguientes casos: por acuerdo mutuo de los integrantes de las mismas; por el cese de la convivencia en común durante un período continuado superior a un año; por la muerte o declaración de fallecimiento de uno de sus integrantes; en caso de matrimonio de uno de sus miembros; en función de la voluntad unilateral de uno de los miembros de la pareja, notificada fehacientemente al otro o en las situaciones pactadas por sus miembros en escritura pública. En caso de que hubieren otorgado documento público, ambos miembros de la pareja están obligados, aunque sea separadamente, a dejarlo sin efecto.

La disolución del patrimonio común, de existir, se realizará, a falta de pacto expreso o acuerdo mutuo, por las reglas de división de patrimonios contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Al cesar la convivencia, cualquiera de los miembros puede reclamar del otro una pensión periódica, en el plazo de un año a contar desde el cese de la convivencia, si la necesitara para atender adecuadamente su sustento en los siguientes casos:

– Si la convivencia ha disminuido la capacidad del solicitante de obtener ingresos, durante un plazo máximo de tres años, a contar desde la fecha de pago de la primera pensión. Este derecho se extingue por las causas generales de extinción del derecho de alimentos, desde el momento en que quien la percibe contraiga matrimonio o conviva maritalmente.

– Si el cuidado de los hijos comunes a su cargo, le impide la realización de actividades laborales o las dificultara seriamente. Este derecho se extinguirá cuando la atención a los hijos o a las hijas cesa por cualquier causa o éstos alcanzan la mayoría de edad o son emancipados, salvo los supuestos de incapacidad.

En defecto de pacto, cuando la convivencia cesa en vida de los dos convivientes, aquel que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, tiene derecho a recibir una compensación económica en caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de ambos que implique un enriquecimiento injusto.

En todo caso, la extinción de la pareja estable implica la revocación de los poderes que cualquiera de los miembros haya otorgado a favor del otro.

E) Otros efectos

Dado que las Proposiciones de Ley parten de una equiparación entre las parejas de hecho y las matrimoniales, tal circunstancia lleva consigo la aplicación a las primeras del régimen matrimonial, para lo que se introducen de forma expresa una serie de modificaciones en el ordenamiento jurídico[196], aunque, además en la Proposición de Ley de CIU se va produciendo una regulación *ad hoc* de determinadas materias, como son:

(196) A cuya finalidad se procede a la modificación de determinadas leyes como son el Código Civil [artículos 14.4 –vecindad civil–; 15.1; 22.2, letras d) y e) –nacionalidad–; 116 –presunción de filiación-; 143.1 y 144; 175.1 y 4; 176.2; 178.2 –adopción–; 181 –presunción de fallecimiento–; 182 –instar la declaración de ausencia legal–; 184; 202 –promover la declaración de fallecimiento–; 294 –declaración de la prodigalidad–; 756.2; 913; 944; 954 –herencia–; 1040 –donaciones–, y 1247 –personas inhábiles–]; la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación del Código Civil en materia de adopción (Disposición Adicional Tercera); Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio (artículos 219.1 y 2 –causas de abstención y recusación– y 391 –limitaciones para poder formar parte de una misma Sala ó Audiencia–; Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del *habeas corpus* [artículo 3.a)]; Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 748.4º); la Ley del Registro Civil (artículos 1.9; 16.1; 19.1º; 20.2º; 3.1º; 39; 47.2º; 48; 69; 70; 76 y 77); Ley 40/1998, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (artículo 68.1); Ley 29/1987, de 29 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones [artículos 4.1; 11.1.a) y b); 13.1; 20.1; 22.4 y 39.3].

– La compensación económica en los casos de ruptura de la unión estable. A tal efecto, cuando la convivencia cesa en vida de los dos convivientes, el trabajo para la casa o para el otro cónyuge dará derecho a obtener una compensación –a fijar por el Juez en caso de falta de acuerdo– en los supuestos en que se haya generado por este motivo una desigualdad en el patrimonio de los dos que implique un enriquecimiento injusto.

– La guarda y régimen de visita de los hijos y las hijas. Al cesar la convivencia de la unión estable, los miembros de la pareja, en caso de que tengan hijos comunes, pueden pactar cuál de los dos tiene la guarda y custodia, así como el régimen de visitas del miembro de la pareja que no tenga la custodia. A falta de acuerdo, el Juez decidirá de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 92 a 94 del Código Civil.

– El ejercicio de los derechos. Los derechos anteriores pueden reclamarse en el plazo de un año a contar desde el cese de la convivencia. De igual modo, el pago de la compensación económica ha de hacerse efectivo en el plazo máximo de tres años, con el interés legal desde que se haya reconocido. La compensación se satisfará en metálico, salvo que haya acuerdo entre las partes o si el Juez, por causa justificada, autoriza el pago con bienes del conviviente obligado.

F) Incidencia en el ámbito laboral

La equiparación de las uniones estables de pareja (o parejas de hecho) con las matrimoniales tiene incidencia en el ámbito laboral, del siguiente modo:

– Se procede a la modificación del Estatuto de los Trabajadores, en los siguientes preceptos:

• Artículo 1.3.e), de modo que quedan excluidos de la Ley los trabajos familiares, considerando éstos no sólo cuando el trabajador esté unido con el empresario por matrimonio, sino también si ambos han constituido una pareja de hecho.

• Los párrafos a) y b) del apartado 3 del artículo 37, de modo que los permisos por matrimonio o enfermedad grave de un familiar se entiendan referidos no sólo a las situaciones matrimoniales, sino también en los casos de convivientes unidos por una relación de pareja de hecho.

• El apartado 5 del artículo 37, en lo que se refiere a la reducción de la jornada de trabajo, en razón de cuidado de familiar, que queda referido también a los familiares de los convivientes de hecho.

• El apartado 3 del artículo 40, de modo que el traslado de un miembro de la pareja de hecho genera el derecho del otro, siempre que hubiese puesto de trabajo.

• El apartado 3 del artículo 46, en el sentido de establecer el derecho a excedencia por cuidado de los familiares directos de cualquiera de los convivientes de parejas de hecho[197].

– Con el mismo sentido, se modifica la legislación de la función pública (especialmente, la Ley 30/1984, de 2 de agosto). En este caso, se trata de extrapolar a la legislación estatal determinadas precisiones ya recogidas en la legislación autonómica, si bien condicionada al ámbito de la función pública de la respectiva Comunidad Autónoma. Con esta finalidad, se procede a la modificación de los siguientes preceptos:

• El apartado 1 del artículo 20, referido a los procedimientos de provisión de los puestos de trabajo, extendiendo a las situaciones de convivencia de hecho las particularidades contempladas a las situaciones matrimoniales.

• Apartado 3 del artículo 29, en lo que se refiere a la excedencia voluntaria.

• Apartado 4 del artículo 29, sobre la regulación de la excedencia por cuidado de familiar, que no se circunscribe únicamente a los propios o los del cónyuge, sino también a los familiares de los convivientes de hecho[198].

LA EQUIPARACIÓN DE LAS PAREJAS DE HECHO CON LOS MATRIMONIOS NO GENERA ÚNICAMENTE DERECHOS SINO TAMBIÉN DEBERES Y LIMITACIONES

G) Modificaciones en el ámbito de la Seguridad Social

Por último, las Proposiciones de Ley se dirigen a eliminar las discriminaciones de las parejas de hecho, respecto de las matrimoniales, extendiendo a las primeras los derechos de Seguridad Social reconocidos a las segundas. No obstante, así como en otros ámbitos esa equiparación no genera únicamente derechos, sino también obligaciones y limitaciones, por el contrario en lo que se refiere a la Seguridad Social la equiparación entre la convivencia *more uxorio* y el matrimonio se limita exclusivamente a los derechos, como se pone de relieve en los apartados siguientes.

– Conforme al nuevo artículo 7.2 LGSS, no tiene la consideración de trabajador, salvo prueba en contrario, no sólo el cónyuge del empresario, sino también la persona que esté unida con aquél por una relación estable de pareja.

(197) Este artículo no resulta modificado en las Proposiciones de Ley de los Grupos Parlamentarios Mixto y de Izquierda Unida.

(198) Este apartado no es objeto de modificación expresa en la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Mixto.

– A efectos del abono del auxilio de defunción, se presume que los gastos del entierro han sido satisfechos por el cónyuge del fallecido o por la persona vinculada con éste por una relación estable de pareja.

– Atendiendo una de las demandas básicas de las personas vinculadas por una relación estable de pareja, al fallecimiento de un trabajador se podrá reconocer la correspondiente pensión de viudedad[199] a la persona supérstite que hubiese estado vinculado en el marco de una relación de las características señaladas. Cuando al fallecimiento se hayan originado varias situaciones matrimoniales o de relación estable de pareja, se producirá el reparto de la pensión, siguiendo los criterios establecidos para los supuestos de divorcio, separación o nulidad matrimonial.

– De acuerdo con la nueva regulación que se da al artículo 177.1 LGSS, las indemnizaciones a tanto alzado, en caso de fallecimiento originado por un accidente de trabajo o enfermedad profesional, no sólo se reconocen al cónyuge del fallecido, sino también a la persona que hubiese estado unida con el fallecido por una relación estable de pareja.

– Por último, a afectos de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, se considera beneficiario del titular no sólo al cónyuge, sino también la persona vinculada con éste por una relación estable de pareja (de conformidad con la nueva redacción del artículo 100 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo).

ANEXO I

SÍNTESIS DE LA REGULACIÓN DE LAS UNIONES ESTABLES DE PAREJA EN LAS LEGISLACIONES AUTONÓMICAS

Legislación	Delimitación de pareja estable
Cataluña	Cualquiera que sea la orientación sexual.
Aragón	Cualquiera que sea la orientación sexual.
Navarra	Cualquiera que sea la orientación sexual.
Valencia	Cualquiera que sea la orientación sexual.
Baleares	Cualquiera que sea la orientación sexual.
Madrid	Cualquiera que sea la orientación sexual.
Asturias	Cualquiera que sea la orientación sexual.
Andalucía	Cualquiera que sea la orientación sexual.
Canarias	Cualquiera que sea la orientación sexual.
Extremadura	Cualquiera que sea la orientación sexual.
País Vasco	Cualquiera que sea la orientación sexual.
Cantabria	Cualquiera que sea la orientación sexual.

(199) De acuerdo con la nueva redacción del artículo 174 LGSS. Con la misma finalidad se procede a la modificación del artículo 38 de la Ley de Clases Pasivas del Estado aprobada por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril.

Legislación	Período de convivencia
Cataluña	2 años, salvo descendencia común o escritura pública.
Aragón	2 años, salvo descendencia común o escritura pública.
Navarra	1 año, salvo descendencia común o escritura pública.
Valencia	1 año.
Baleares	No se requiere período de convivencia previa.
Madrid	Se requiere un período previo de convivencia de 12 meses.
Asturias	1 año, salvo descendencia común, escritura pública o inscripción en el Registro de Uniones de Hecho.
Andalucía	No se requiere período de convivencia previa.
Canarias	1 año.
Extremadura	1 año.
País Vasco	No se requiere período de convivencia previa.
Cantabria	1 año de convivencia previa.

Legislación	Exclusiones
Cataluña	No pueden formar parte de una unión estable los menores de edad; quienes formen parte de un matrimonio o de una pareja estable; los parentescos en línea recta y los colaterales hasta el 2º grado.
Aragón	No pueden formar parte de una unión de hecho quienes formen parte de un matrimonio o de una pareja estable; los parentescos en línea recta y los colaterales hasta el 2º grado.
Navarra	No pueden formar parte de una unión estable quienes formen parte de un matrimonio o de una pareja estable; los parentescos en línea recta y los colaterales hasta el 2º grado.
Valencia	No pueden formar parte de una unión estable los menores de edad; quienes formen parte de un matrimonio o de una pareja estable; los parentescos en línea recta y los colaterales hasta el 3er grado.
Baleares	No pueden formar parte de una pareja estable los menores de edad –salvo emancipados– quienes formen parte de un matrimonio o de una pareja estable; los parentescos en línea recta y los colaterales hasta el 3er grado.
Madrid	No pueden formar parte de unión de hecho los menores de edad –salvo emancipados– quienes formen parte de un matrimonio o de una pareja estable; los parentescos en línea recta y los colaterales hasta el 3er grado.
Asturias	No pueden formar parte de una unión de hecho los menores de edad; quienes formen parte de un matrimonio o de una pareja estable; los parentescos en línea recta y los colaterales hasta el 2º grado.
Andalucía	No pueden formar parte de una unión de hecho los menores de edad; los que formen parte de un matrimonio o de una pareja estable; los parentescos en línea recta y los colaterales hasta el 2º grado.
Canarias	No pueden formar parte de una unión estable los menores de edad; quienes formen parte de un matrimonio o de una pareja estable; los parentescos en línea recta y los colaterales hasta el 3er grado.
Extremadura	No pueden formar parte de una unión de hecho los menores de edad; quienes formen parte de un matrimonio o de una pareja estable; los parentescos en línea recta y los colaterales hasta el 3er grado.

País Vasco	No pueden formar parte de una unión estable los menores de edad; quienes formen parte de un matrimonio o de una pareja estable; los parentescos en línea recta y los colaterales hasta el 2º grado.
Cantabria	No pueden formar parte de una unión de hecho los menores de edad; quienes formen parte de un matrimonio o de una pareja estable; los parentescos en línea recta y los colaterales hasta el 2º grado.

Legislación	Acreditación
Cataluña	Por cualquier medio admitido en derecho. En el caso de parejas homosexuales, por escritura pública.
Aragón	Mediante inscripción en el Registro administrativo.
Navarra	Por cualquier medio admitido en derecho.
Valencia	Mediante inscripción en el Registro administrativo.
Baleares	Mediante inscripción en el Registro administrativo.
Madrid	Mediante inscripción en el Registro administrativo.
Asturias	Por cualquier medio admitido en derecho.
Andalucía	Deberán inscribirse en el Registro de Parejas de hecho.
Canarias	Por inscripción en el Registro, escritura pública o cualquier medio admitido en derecho. La formalización tiene efectos desde la inscripción o la elevación de la escritura, o desde la constatación del medio de prueba.
Extremadura	Inscripción en el Registro de Parejas de hecho.
País Vasco	Es necesario, con carácter constitutivo, la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho.
Cantabria	Mediante inscripción en el Registro de Parejas de Hecho

Legislación	Regulación de la convivencia
Cataluña	Por voluntad de las partes.
Aragón	Por voluntad de las partes, si bien no puede tener carácter temporal, ni someterse a condición.
Navarra	Por voluntad de las partes, si bien no puede tener carácter temporal, ni someterse a condición.
Valencia	Por voluntad de las partes, si bien no puede tener carácter temporal, ni someterse a condición.
Baleares	Por voluntad de las partes, si bien no puede pactarse la pareja estable con duración temporal o someterse a condición.
Madrid	Por voluntad de las partes. Sin embargo, no puede pactarse la pareja estable con duración temporal o someterse a condición.
Asturias	Por voluntad de las partes, si bien no puede tener carácter temporal, ni someterse a condición.
Andalucía	Por voluntad de las partes.
Canarias	Por voluntad de las partes, si bien no puede tener carácter temporal, ni someterse a condición.
Extremadura	Por voluntad de las partes, constituido en el pacto de convivencia, elevado a escritura pública.

País Vasco	Por voluntad de las partes, si bien no puede tener carácter temporal, ni someterse a condición.
Cantabria	Por voluntad de las partes.

Legislación	Regulación de la adopción
Cataluña	Cualquier pareja estable.
Aragón	Cualquier pareja estable.
Navarra	Cualquier pareja estable.
Valencia	Sólo las parejas heterosexuales.
Baleares	No se prevé de forma expresa.
Madrid	No se prevé expresamente.
Asturias	Sólo las parejas heterosexuales. Cabe el acogimiento.
Andalucía	Sólo las parejas heterosexuales. Cabe el acogimiento.
Canarias	No existe regulación expresa.
Extremadura	Sólo las parejas heterosexuales. Cabe el acogimiento.
País Vasco	Cualquier pareja estable.
Cantabria	Cualquier pareja estable.

Legislación	Tutela
Cataluña	En caso de incapacidad de un conviviente, el otro ocupa el primer lugar en el orden de preferencia de la delación dativa.
Aragón	En caso de incapacidad de un conviviente, el otro ocupa el primer lugar en el orden de preferencia de la delación dativa de tutela.
Navarra	El conviviente se equipara al cónyuge a efectos de la tutela, la curatela, la incapacitación, etc.
Valencia	El conviviente tiene derecho a recibir información sanitaria del otro miembro, en condiciones equiparables a los cónyuges.
Baleares	El conviviente tiene derecho a la tutela, curatela, incapacitación, declaración de ausencia o prodigalidad sobre el otro conviviente.
Madrid	No se prevé.
Asturias	El conviviente tiene derecho a recibir información sanitaria del otro miembro, en condiciones equiparables a los cónyuges.
Andalucía	El conviviente tiene derecho a recibir información sanitaria del otro miembro, en condiciones equiparables a los cónyuges.
Canarias	El conviviente tiene derecho a recibir información sanitaria del otro miembro, en condiciones equiparables a los cónyuges.
Extremadura	El conviviente tiene derecho a recibir información sanitaria del otro miembro, en condiciones equiparables a los cónyuges.
País Vasco	El conviviente tiene derecho a recibir información sanitaria del otro miembro, en condiciones equiparables a los cónyuges.
Cantabria	El conviviente tiene derecho a recibir información sanitaria del otro miembro, en condiciones equiparables a los cónyuges. Si es necesario dar consentimiento médico, el conviviente tiene los derechos que se otorgan a los familiares.

Legislación	Alimentos
Cataluña	Obligación de los convivientes de prestarse alimentos, con preferencia a otro obligado.
Aragón	Obligación de los convivientes de prestarse alimentos, con preferencia a otro obligado.
Navarra	Obligación de alimentos entre los convivientes.
Valencia	Obligación de alimentos entre los convivientes.
Baleares	Los miembros de la pareja estable tienen la obligación de prestarse alimentos entre sí y se pueden reclamar con preferencia sobre cualquier otra obligación.
Madrid	Según los pactos establecidos.
Asturias	Según voluntad de las partes
Andalucía	Según la voluntad de las partes.
Canarias	Según el pacto de convivencia, que ha de elevarse a escritura pública o constar en otro documento que reúna las condiciones de autenticidad.
Extremadura	Según el pacto de convivencia. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que los miembros de la pareja contribuyen al sostenimiento de las cargas en proporción a sus ingresos.
País Vasco	Los miembros de la pareja han de contribuir al sostenimiento de los gastos comunes.
Cantabria	Según la voluntad de las partes.
Legislación	**Beneficios de la función pública**
Cataluña	Los otorgados a los cónyuges.
Aragón	Los otorgados a los cónyuges.
Navarra	Los otorgados a los cónyuges.
Valencia	Los otorgados a los cónyuges.
Baleares	Los otorgados a los cónyuges.
Madrid	Los otorgados a los cónyuges.
Asturias	Los otorgados a los cónyuges.
Andalucía	Los otorgados a los cónyuges.
Canarias	Los otorgados a los cónyuges, con limitaciones en los ámbitos fiscales.
Extremadura	Los otorgados a los cónyuges.
País Vasco	Los otorgados a los cónyuges.
Cantabria	Los otorgados a los cónyuges.
Legislación	**Extinción de la unión de hecho, en caso de separación**
Cataluña	Cese efectivo de la convivencia de más de 1 año.
Aragón	Cese efectivo de la convivencia de más de 1 año.
Navarra	Cese efectivo de la convivencia de más de 1 año.
Valencia	Cese efectivo de la convivencia de más de 6 meses.
Baleares	Además de otros motivos, por el cese efectivo de la convivencia durante un período superior a 1 año.

Madrid	Además de otros motivos, por el cese efectivo de la convivencia durante un período superior a 6 meses.
Asturias	Cese efectivo de la convivencia de más de 1 año.
Andalucía	Cese efectivo de la convivencia de más de 1 año.
Canarias	Cese efectivo de la convivencia de más de 6 meses.
Extremadura	Cese efectivo de la convivencia de más de 1 año.
País Vasco	No hay período mínimo de separación para dar por concluida la unión estable.
Cantabria	Cese efectivo de la convivencia de más de 1 año.

Legislación	Compensación económica
Cataluña	Cuando se haya trabajado para el otro conviviente, en caso de que se haya producido una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos convivientes.
Aragón	Cuando se haya trabajado para el otro conviviente, en caso de que se haya producido una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos convivientes.
Navarra	Cuando se haya trabajado para el otro conviviente, en caso de que se haya producido una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos convivientes.
Valencia	Cuando se haya trabajado para el otro conviviente, en caso de que se haya producido una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos convivientes.
Baleares	Cuando la convivencia haya implicado una situación de desigualdad patrimonial entre los dos miembros de la pareja estable, que implique un enriquecimiento injusto.
Madrid	Según lo acordado en los pactos establecidos.
Asturias	Las establecidas por las partes.
Andalucía	Los establecidos por las partes, que habrán de respetar los mínimos establecidos en la legislación general.
Canarias	Según los establecidos en los pactos de convivencia.
Extremadura	Si la convivencia ha implicado una situación de desigualdad patrimonial de los convivientes, que implique un enriquecimiento injusto, podrá exigirse una compensación económica por el perjudicado que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente.
País Vasco	En caso de extinción de la pareja se tiene derecho a una compensación económica por parte del miembro que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro miembro de la pareja.
Cantabria	En caso de que la convivencia haya ocasionado una situación de desigualdad patrimonial para una de las partes.

Legislación	Pensión periódica
Cataluña	Al cesar en la convivencia, cuando la convivencia haya disminuido la capacidad del solicitante o, en el caso de que tenga a cargo hijos comunes. En el primer supuesto, con una duración máxima de 3 años; en el segundo, por la llegada a la mayoría de edad de los hijos o su emancipación, salvo en los casos de incapacidad.
Aragón	Semejante redacción a la Ley catalana.
Navarra	Semejante redacción a la Ley catalana.
Valencia	Según lo establecido por las partes.

Baleares	Se tiene derecho siempre que el demandante la necesite para atender de forma adecuada su sustento, siempre que la convivencia haya disminuido la capacidad del solicitante para obtener ingresos o que el cuidado de los hijos comunes a su cargo le impida o dificulte la realización de actividades laborales.
Madrid	Según los pactos acordados por las partes.
Asturias	Según lo establecido por las partes.
Andalucía	Los establecidos por las partes, que habrán de respetar los mínimos establecidos en la legislación general.
Canarias	Según los pactos de convivencia.
Extremadura	Según los pactos de convivencia.
País Vasco	Se tiene derecho a una pensión periódica para el miembro de la pareja que la necesite, para atender adecuadamente a su sustento.
Cantabria	Según los pactos de convivencia.

Legislación	Derechos en caso de defunción de uno de los miembros de la pareja
Cataluña	El supérstite tiene derecho a la propiedad de las prendas, mobiliario y ajuar, salvo las joyas u objetos artísticos de valor extraordinario o de los bienes de procedencia familiar. Además, durante el año siguiente, tiene derecho a residir en la vivienda común y, si no tiene medios económicos, tiene derecho a ser alimentado con cargo al caudal hereditario.
Aragón	El supérstite tiene derecho a la propiedad de las prendas, mobiliario y ajuar. Además, durante el año siguiente, si no tiene medios económicos, tiene derecho a ser alimentado con cargo al caudal hereditario, salvo las joyas u objetos artísticos de valor extraordinario o de los bienes de procedencia familiar. Durante el año siguiente y con independencia de sus derechos hereditarios, puede residir en la vivienda habitual.
Navarra	El conviviente de hecho se equipara al cónyuge a los efectos sucesorios.
Valencia	No hay regulación expresa.
Baleares	Tanto en los casos de sucesión testada, como en los de sucesión intestada, el conviviente sobreviviente tiene los mismos derechos que la Compilación civil balear establece para el cónyuge viudo.
Madrid	No hay regulación expresa.
Asturias	No hay regulación expresa.
Andalucía	El sobreviviente tiene derecho, independientemente de los derechos hereditarios que se hubiesen establecido, a residir en la vivienda habitual durante el plazo de 1 año.
Canarias	No hay regulación expresa.
Extremadura	No hay regulación expresa.
País Vasco	Sin perjudicar a la legítima de los herederos, se tiene derecho al ajuar doméstico y al uso de la vivienda común, durante 1 año.
Cantabria	No existe regulación expresa.

ANEXO II

SÍNTESIS DEL CONTENIDO DE LAS PROPOSICIONES DE LEY SOBRE PAREJAS DE HECHO PRESENTADAS EN LA PRESENTE LEGISLATURA

MATERIA	P. L. GRUPO CATALÁN	P. L. IZQUIERA UNIDA	P. L. GRUPO MIXTO
Normas que resultan modificadas	– Código Civil. – Estatuto de los Trabajadores. – Ley General de la S. Social. – Ley de Medidas de la Función Pública. – Ley de Clases Pasivas del Estado. – Ley de Enjuiciamiento Civil. – Ley reguladora del Registro Civil. – Leyes tributarias.	– Código Civil. – Ley 21/1987, sobre adopción. – Estatuto de los Trabajadores. – Ley General de la S. Social. – Ley de Medidas de la Función Pública. – Ley de Clases Pasivas del Estado.	– Código Civil. – Ley 21/1987, sobre adopción. – Estatuto de los Trabajadores. – Ley General de la S. Social. – Ley de Medidas de la Función Pública. – Ley de Clases Pasivas del Estado. – Leyes tributarias.
Delimitación de la pareja estable	Unión de dos personas, cualquiera que sea su orientación sexual, que conviven en una relación de afectividad análoga a la conyugal. Diferente regulación –en el caso de la adopción– entre las parejas heterosexuales y las homosexuales.	Unión de dos personas, cualquiera que sea su orientación sexual, que conviven en una relación de afectividad análoga a la conyugal.	Unión de dos personas, cualquiera que sea su orientación sexual, que conviven en una relación de afectividad análoga a la conyugal.
Cualidad de los convivientes	Mayores de edad, sin vínculo de parentesco hasta el 3er grado, no unidos por matrimonio o unión de hecho estable anterior.	Mayores de edad o menores emancipados, sin vínculo de parentesco hasta el 2º grado.	Mayores de edad o menores emancipados, sin vínculo de parentesco hasta el 2º grado.
Tiempo de convivencia	2 años, salvo la existencia de descendencia común.	1 año, salvo la existencia de descendencia común.	1 año, salvo la existencia de descendencia común.
Acreditación	De cualquier forma admitida en derecho. Sin embargo, para la aplicación de los beneficios de la Ley se precisa la inscripción en el Registro Civil.	A través de inscripción en padrones municipales, registros específicos o en documento público.	A través de inscripción en padrones municipales, registros específicos o en documento público.
Regulación de la convivencia	Según los pactos establecidos por los convivientes. En defecto de los pactos, se entiende que ambos convivientes contribuyen al mantenimiento de la vivienda y a los gastos comunes.	Según los Pactos establecidos de común acuerdo.	Según los acuerdos establecidos por los convivientes. En defecto de los pactos, se entiende que ambos convivientes contribuyen al mantenimiento de la vivienda y a los gastos comunes.

Responsabilidad	Ante terceras personas, ambos convivientes responden solidariamente de las obligaciones contraídas en razón de los gastos comunes; en otro caso, responde quien haya contraído la obligación.	No se prevé de forma expresa.	No se prevé de forma expresa.
Extinción de la pareja	– Mutuo acuerdo. – Voluntad unilateral. – Defunción de uno de los convivientes. – Separación de más de 1 año. – Matrimonio de uno de los miembros. En caso de extinción ambos convivientes vienen obligados a cancelar la inscripción.	No se prevé de forma expresa. En caso de cese de la convivencia, cualquiera de los convivientes ha de cancelar la inscripción practicada: sin dicha cancelación no podrá procederse a una nueva inscripción.	– Mutuo acuerdo. – Voluntad unilateral. – Defunción de uno de los convivientes. – Separación de más de 1 año. – Matrimonio de uno de los miembros. – En los supuestos pactados en escritura pública. En caso de extinción ambos convivientes vienen obligados a cancelar la inscripción.
Compensación económica	Puede obtenerse del Juez, en el caso de que la convivencia haya creado una situación de desequilibrio económico.	No se prevé de forma expresa.	Puede obtenerse, en el caso de que la convivencia haya creado una situación de desequilibrio económico.
Pensión periódica	Puede reclamarse si se precisa para el sustento adecuado, cuando la convivencia haya disminuido la capacidad de ganancia del solicitante o si la guarda y el cuidado de los hijos comunes impide o dificulta la obtención de ingresos.	No se prevé de forma expresa.	Puede reclamarse si se precisa para el sustento adecuado, cuando la convivencia haya disminuido la capacidad de ganancia del solicitante o si la guarda y el cuidado de los hijos comunes impide o dificulta la obtención de ingresos.
Aspectos laborales afectados.	– Consideración de trabajos familiares [art.1.3.e) ET]. – Permiso por matrimonio (art. 37.3 ET). – Reducción de jornada (art. 37.5 ET). – Derecho de traslado (art. 40.3 ET). – Excedencia por cuidado de familiares (art. 46.3).	– Consideración de trabajos familiares [art.1.3.e) ET]. – Permiso por matrimonio (art. 37.3 ET). – Reducción de jornada (art. 37.5 ET). – Derecho de traslado (art. 40.3 ET).	– Consideración de trabajos familiares [art.1.3.e) ET]. – Permiso por matrimonio (art. 37.3 ET). – Reducción de jornada (art. 37.5 ET). – Derecho de traslado (art. 40.3 ET).
Aspectos del régimen de función pública	– Concurso (art. 20 Ley 30/1984) – Excedencia voluntaria [art. 29.3.d)] – Excelencia por cuidado de familiares (art. 29.4).	– Concurso (art. 20 Ley 30/1984). – Excedencia voluntaria [art. 29. 3.d)].	– Concurso (art. 20 Ley 30/1984). – Excedencia voluntaria [art. 29.3.d)].

Aspectos de Seguridad Social afectados	– Concepto trabajador por cuenta ajena (art. 7.2 LGSS). – Auxilio por defunción (art. 173). – Pensión de viudedad (arts. 174 LGSS y 38 Ley de Clases Pasivas). – Indemnización a tanto alzado (art. 177). – Derecho a asistencia sanitaria (art. 100 LGSS de 1974)	– Concepto trabajador por cuenta ajena (art. 7.2 LGSS). – Auxilio por defunción (art. 173). – Pensión de viudedad (arts. 174 LGSS y 38 Ley de Clases Pasivas). – Indemnización a tanto alzado (art. 177). – Derecho a asistencia sanitaria (art. 100 LGSS de 1974).	– Concepto trabajador por cuenta ajena (art. 7.2 LGSS). – Auxilio por defunción (art. 173). – Pensión de viudedad (arts. 174 LGSS y 38 Ley de Clases Pasivas). – Indemnización a tanto alzado (art. 177). – Derecho a asistencia sanitaria (art. 100 LGSS de 1974).

El nuevo Reglamento sobre la extensión de convenios colectivos: un breve apunte [1]

JUAN GARCÍA BLASCO

Catredrático de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza

ANA BELÉN MUÑOZ RUIZ

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

Sumario:

I. Introducción. II. Los ajustes internormativos. A) La causa de la extensión. B) La competencia para resolver. C) La Comisión Paritaria. **III. Las novedades del nuevo Reglamento.** A) La documentación a presentar por la parte promotora del Expediente de Extensión. B) El informe a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas. C) El informe de la CCNCC o de órgano consultivo similar. D) Los efectos del convenio extendido. E) La introducción de un procedimiento abreviado de sustitución de la solicitud de extensión. F) Situaciones posteriores al acto de extensión. **IV. Las cuestiones pendientes.** A) La disyunción entre ámbito funcional y homogeneidad económica. B) La dificultad presente en la evaluación de la homogeneidad económica. C) El número de trabajadores afectados. D) Las técnicas de cooperación entre la Comisión Consultiva y las Autoridades Laborales autonómicas. El Registro de Extensiones.

(1) El presente comentario tiene su origen en un Proyecto de Investigación promovido por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos que está pendiente de publicación y cuyo objeto ha sido la elaboración de un Informe sobre las experiencias de extensión de convenios colectivos en España.

I. INTRODUCCIÓN

Por Real Decreto 718/2005, de 20 de junio, se ha aprobado el nuevo Reglamento de Extensión de Convenios Colectivos (en adelante RE) derogando de este modo el Real Decreto 572/1982, de 5 de marzo, que regulaba el procedimiento administrativo en esta materia.

Esta reforma había sido reiteradamente demandada en los últimos años por los agentes sociales y, finalmente, el proyecto legislativo ha alcanzado el consenso de aquéllos. El reclamo de la nueva norma obedecía a varias razones. En primer lugar, existía una cierta dispersión y desajuste normativo desde el momento en que el régimen jurídico de la extensión se recogía básicamente en tres normas: el artículo 92 de la LET –reformado por la Ley 24/1999– y los RD 2976/1983 (que regulaba la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos y, en especial, el Informe preceptivo de aquélla en esta materia) y el 572/1982 (que ordenaba el procedimiento administrativo de extensión y recogía una regulación parcialmente derogada por la reforma de 1999). El nuevo Reglamento –en su Exposición de Motivos– señala como principal objetivo alcanzar una regulación completa de este procedimiento, lo que se logra realizando una serie de ajustes normativos.

En segundo término, conviene subrayar que la norma que regulaba el procedimiento de extensiones no había sido modificada desde que se aprobó en el año 1982. Durante este largo período de experiencia práctica, se habían detectado algunas dificultades como podían ser los trámites excesivamente lentos, cuya mejora precisaba de nuevos instrumentos. A su vez, algunas Comunidades Autónomas habían puesto de manifiesto su deseo de una mayor implicación en este procedimiento. En esta dirección, la nueva norma introduce importantes novedades.

A continuación, se analiza el nuevo Reglamento en tres bloques: los ajustes normativos, las novedades que introduce así como algunas cuestiones que han quedado pendientes de reforma.

II. LOS AJUSTES INTERNORMATIVOS

Como ya se adelantó, el marco normativo de la extensión de Convenios Colectivos ha sido escasamente afectado por el legislador laboral. La única reforma producida desde su regulación originaria hasta este momento ha sido la Ley 24/1999, que introdujo cambios de importante calado. La referida norma modificó la redacción del artículo 92 de la LET en materia de causa de la extensión, competencia de la Autoridad Laboral y también suprimió la Comisión Paritaria. Sin embargo, el RD 571/1982 no se adecuó a la reforma de 1999 y mantuvo la regulación inicial presentando de esta manera importantes desajustes normativos respecto a lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores, más aun, cuando este Reglamento opera en la práctica como norma básica en esta materia.

A) La causa de la extensión

Como se sabe, en materia de causa de la extensión se pueden establecer claramente dos etapas normativas bien distintas. La primera abarca el período comprendido desde la regulación originaria del artículo 92 de la LET hasta la reforma de 1999 y viene caracterizada por un sistema de doble causa. El segundo período comenzaría a partir de la referida reforma hasta la actualidad y se define por una única causa.

Durante el primer tramo temporal, la redacción del artículo 92 de la LET señalaba que para poder decidir la extensión por la Autoridad Laboral que corresponda, era preciso que se diera alguna de estas circunstancias: a) Que exista especial dificultad para la negociación; b) Que se den circunstancias sociales y económicas de notoria importancia en el ámbito afectado. Según la dicción literal del precepto confirmado por la experiencia de extensiones, bastaba la concurrencia de alguno de los citados motivos para justificar la extensión de convenio. Estas causas son desarrolladas por el artículo 3 del RD 572/1982. Así, la especial dificultad se debía a la inexistencia de partes legitimadas para negociar u otras circunstancias que impidan el libre desarrollo de la negociación. Respecto a la segunda de las motivaciones, las circunstancias sociales y económicas de notoria importancia, se requería que se den perjuicios relevantes para empresas y trabajadores, evitándolos con la extensión. Además, el artículo 2 de la norma reglamentaria establecía como presupuesto esencial la inexistencia de convenio colectivo aplicable.

CON LA APROBACIÓN DE LA LEY 24/1999 COMIENZA UNA NUEVA ETAPA EN MATERIA DE EXTENSIÓN DE CONVENIOS CARACTERIZADA POR LA EXISTENCIA DE UNA ÚNICA CAUSA QUE JUSTIFIQUE LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LAS RELACIONES LABORALES

Muy pronto, la referida redacción suscitó ciertos recelos en la doctrina, pues se consideraba que el elemento causal era bastante impreciso, se aproximaba a una norma en blanco[2] que recogía unos tipos muy amplios y, como efecto perverso, confería a la Administración una gran potestad de integración de las condiciones de trabajo en los supuestos en que el ejercicio de la autonomía colectiva se mostrara incapaz de producir una regulación propia.

Sin embargo, la práctica de las extensiones ha puesto de manifiesto que desde el principio la interpretación del elemento causal que realiza la Comisión Consultiva y la Autoridad Laboral ha estado guiada por el máximo respeto a la autonomía colectiva. Conforme a esta idea, la Comisión realizaba la va-

(2) RAYÓN SUÁREZ, E., "La adhesión y la extensión de los Convenios Colectivos en la Ley del Estatuto de los Trabajadores", *RDP*, 1981, núm. 83, págs. 447 y 448.

loración de las circunstancias del caso, tomando como parámetros los principios de no intervención, excepcionalidad y subsidiariedad que llevaban a considerar la extensión no como una potestad imperativa, sino como una vía o procedimiento que abría el camino y posibilitaba el juego de la negociación colectiva[3]. Se afirmaba entonces que la extensión de un convenio era un mecanismo excepcional que sólo debía ser empleado con carácter subsidiario cuando la negociación colectiva fuera imposible[4].

Desde el comienzo de su actividad como órgano de consulta preceptiva, la Comisión Consultiva ha asumido una interpretación restrictiva del elemento causal, entendiendo que la finalidad de la extensión debe consistir en dotar de Convenio a aquellos sectores en los que la negociación colectiva sea imposible o revista notorias dificultades[5]. Existiendo posibilidades de negociación entre las partes al haberse constatado que existen partes legitimadas para negociar un convenio colectivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 87 de la LET, se ha estimado que no existen razones claras y evidentes para declarar la extensión[6]. Lo que interesa es concretar si existe o no una dificultad absoluta o insalvable en la negociación colectiva de las relaciones laborales de los trabajadores afectados[7], no siendo suficiente para su apreciación que la causa por la que no se proceda a iniciar la negociación colectiva derive, esencialmente, de la posición divergente que existe respecto al marco negocial que debiera regular las condiciones laborales de los trabajadores.

Con la aprobación de la Ley 24/1999, que modifica el artículo 92 de la LET, comienza una nueva etapa en materia de extensión de convenios, caracterizada por la existencia de una única causa que justifique la intervención administrativa en las relaciones laborales. A partir de este momento, el artículo 92 de la LET sólo habilita a la Administración a dictar actos de extensión cuando concurran perjuicios derivados de la imposibilidad de suscribir un convenio colectivo estatutario, debido a la ausencia de partes legitimadas para ello.

Con fundamento en la nueva redacción del precepto, se afirma que no basta la existencia de dificultades para la negociación, sino que es preciso que exista una real imposibilidad de negociación y ello por ausencia de las partes legitimadas para la misma; y a la vez no basta el hecho de ausencia de las partes legitimadas para la misma, sino que deberá existir algún perjuicio en el ámbito correspondiente y concretamente la inexistencia de convenio colectivo[8].

(3) Expediente 0083/1989.

(4) Expediente 0087/1989.

(5) Expediente 0048/1987.

(6) Expediente 0051/1987.

(7) Expediente 0752/1998.

(8) Expediente 01601/2002.

El nuevo Reglamento de Extensiones recoge la reforma de 1999 en este punto, lográndose de esta manera un régimen normativo ciertamente unificado.

B) La competencia para resolver

La primera redacción del artículo 92 de la LET confería la competencia para resolver el procedimiento de extensión al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

A finales de los años 80, el Estado plantea conflicto positivo de competencia contra algunas extensiones intracomunitarias que había detectado, en concreto, las dictadas por la Generalidad de Cataluña. Se trataba de la Resolución de 18 de diciembre de 1985 en la que se acordaba la extensión del Convenio Colectivo de los trabajadores del campo de la provincia de Lérida a la provincia de Tarragona y la Resolución de 29 de septiembre de 1986, en la que se publica el Acuerdo del Consejero de Trabajo sobre extensión del Convenio Colectivo de oficinas y despachos de la provincia de Barcelona al mismo sector dentro del ámbito territorial de Cataluña.

Estos conflictos de competencia se resuelven por el Tribunal Constitucional en la comentada STC 86/1991, de 25 de abril[9], constituyendo el debate la problemática relativa a la titularidad de la competencia en materia de actos de extensión, si ésta quedaba circunscrita a la esfera estatal o se establecía un sistema de reparto entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

El Tribunal considera que la cuestión se limita a resolver si el acto de extensión pertenece al terreno de la legislación en materia laboral –reservada *ex* artículo 149.1.7 de la CE, al ámbito competencial del Estado– o al de la ejecución de la legislación en esta materia –competencia que, según el citado precepto, puede ser asumida por las Comunidades Autónomas–. Es decir, en función de una interpretación más o menos amplia de las nociones anteriores, se podrá ubicar el acto de extensión en un lugar u otro.

Resuelve el Tribunal Constitucional que las disposiciones reglamentarias de carácter general cuyo propósito sea el de garantizar la uniformidad en materia laboral en todo el territorio nacional formarán parte de la legislación laboral. Las disposiciones reglamentarias estatales carentes de ese ánimo uniformador serán, no obstante su naturaleza reglamentaria, actuaciones meramente ejecutivas inscritas en la función de ejecución.

La aplicación del principio de uniformidad sobre el acto de extensión obliga, en consecuencia, al Tribunal a analizar su finalidad. Ésta consiste en suplir las carencias que puedan aparecer en la negociación colectiva a través de una resolución administrativa en la que se decide la aplicación a una unidad de negociación afectada por las causas del artículo 92.2 del ET de un convenio colectivo negociado en ámbito negocial similar. La proximidad entre la extensión y la negociación colectiva permite excluir que el acto de extensión pueda

(9) Destacan los comentarios realizados a esta Sentencia por MONTOYA MELGAR, A., "Sentencia 86/1991, de 25 abril", tomo IX, 1991, Civitas, Madrid, págs. 323 a 333 y GÁRATE CASTRO, J., "Sobre la naturaleza jurídica del acto de extensión de un convenio colectivo. A propósito de la STC 86/1991, de 25 de abril", *RL*, tomo II, 1991, págs. 521 a 527.

ser considerado legislación a efectos de asignar la competencia del Estado, ya que, por hipótesis, el acto de extensión se refiere a ámbitos territoriales o funcionales limitados, sin alterar el contenido de las normas.

En suma, el acto de extensión pertenece a la esfera de lo ejecutivo y, por consiguiente, las Comunidades Autónomas tienen competencia para dictar tales actos cuando se limiten a su ámbito territorial de actuación, es decir, se trate de extensiones intracomunitarias.

Con estos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, comienza el proceso de normalización de las potestades autonómicas en materia de extensión de convenios. Siendo la Xunta de Galicia la primera autonomía que dicta una resolución administrativa en esta materia, con el beneplácito de la Comisión Consultiva.

La reforma de 1999 adecuó la redacción del artículo 92. 2 de la LET a la doctrina jurisprudencial. Sin embargo, el Reglamento de Extensiones ha conservado la primera regulación del Estatuto durante todo este tiempo.

C) La Comisión Paritaria

Con el nuevo Reglamento de Extensiones desaparece la referencia a la Comisión Paritaria. La previsión relativa a la Comisión Paritaria había sido suprimida con anterioridad por la Ley 24/1999, habida cuenta de la falta de operatividad de este trámite, que se traducía, en la mayor parte de los casos, en la imposibilidad de constituir la citada Comisión ocasionando una importante demora en el correspondiente expediente. La referida situación, según datos de la Memoria de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, daba lugar a tramitaciones de duración desmesurada (la tramitación completa de un expediente de extensión tiene hasta ahora una duración media superior a los 400 días), lo que conllevaba con frecuencia efectos económicos negativos.

III. LAS NOVEDADES DEL NUEVO REGLAMENTO

Como ya se ha expuesto, el Real Decreto 717/2005 ha incorporado una función de adecuación de las normas que regulan esta materia. Junto a esto, el legislador laboral ha introducido importantes novedades que no pone de relieve en la Exposición de Motivos.

A) La documentación a presentar por la parte promotora del Expediente de Extensión

El artículo 5 del derogado Reglamento de Extensiones fijaba la documentación que la parte promotora del expediente de extensión debía acompañar a la solicitud, en concreto, la acreditación de la capacidad para instar la extensión, la concurrencia de las circunstancias sobre imposibilidad de desarrollar la negociación y la descripción de los perjuicios que la no extensión ocasionaría a empresas o trabajadores afectados.

Este precepto ha sido sustituido por el artículo 4 del RE que introduce cambios en este apartado. Se mantiene la obligación de acreditar la legitimación necesaria para instar la solicitud. A su vez, se requiere la acreditación de la causa de la extensión, esto es, los perjuicios derivados de la ausencia de partes legitimadas para negociar, incorporando como novedad el requisito de una memoria descriptiva de los perjuicios. En esta memoria deberá constar el código que, según la Clasificación Nacional de Actividades Económicas, corresponde a los ámbitos afectados por la extensión solicitada o, en defecto de dicho código, los datos precisos que permitan a la Administración actuante su identificación. Y se introduce como elemento novedoso el deber de incorporar una certificación del registro de convenios colectivos correspondiente justificativa de que no existe inscripción que acredite la vigencia de convenios colectivos en las empresas, sectores o subsectores para los que se solicita la extensión.

La incorporación de este certificado está directamente relacionada con la función de la extensión. Como se sabe, la finalidad de la extensión consiste en integrar vacíos de negociación colectiva, justificando su actuación exclusivamente en aquellos sectores que en un momento determinado carecen de una regulación convencional y tampoco reúnen las condiciones de legitimación necesarias para colmar esta laguna normativa. En este sentido, el artículo 2 del RD 572/1982 exige como requisito ineludible para proceder a la extensión de un convenio colectivo, que la empresa, empresas o sector al que se dirija la extensión no se halle vinculado por convenio alguno.

LA FINALIDAD DE LA EXTENSIÓN CONSISTE EN INTEGRAR VACÍOS DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA JUSTIFICANDO SU ACTUACIÓN EN AQUELLOS SECTORES QUE CARECEN DE UNA REGULACIÓN CONVENCIONAL

Sin embargo, la experiencia de las extensiones pone de relieve que una buena parte de las solicitudes se han desestimado al comprobar la existencia de convenio colectivo aplicable a todo el sector de trabajadores afectado o bien a una parte del mismo[10]. El legislador ha tenido en cuenta los retrasos detectados en el procedimiento con motivo de la constatación de este dato y, en consecuencia, ha impuesto la referida carga a la parte que insta el procedimiento.

B) El Informe a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas

Como una especie de revitalización particular y matizada de la exigencia contenida en el Decreto 572/1982 relativa a la

(10) Así ha ocurrido en los Expedientes 0028/1985, 0048/1987, 0053/1987, 0076/1988, 0124/1990, 0197/1992, 0629/1997, 0666/1997, 0759/1999, 0827/1999 y 0886/1999.

designación de una comisión paritaria, que nunca se ha cumplido, el artículo 6 del RE prevé la solicitud de informe a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas sobre la extensión solicitada.

En efecto, es el órgano competente para la instrucción del procedimiento, quien debe requerir, en el plazo de cinco días a computar desde el momento en que se cuenta con toda la documentación exigida, y, por tanto, completa informe de las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas estatal y, en su caso, autonómico, sobre "la necesidad de proceder a la extensión solicitada o, por el contrario, sobre la inexistencia de razones justificativas para proceder a la misma".

Se trata con ello de recabar información sobre la opinión que en relación con la extensión solicitada tienen las organizaciones empresariales y sindicales con una proyección en correspondencia al ámbito al que se dirige la extensión planteada, que lo serán, pues, CEOE-CEPYME, UGT, CCOO y los sindicatos de Comunidad Autónoma que tienen la condición de más representativos según los casos. El informe parece que debe ser separado por cada una de las representaciones empresariales y sindicales a las que se les requiere, las cuales se pronunciarán, con el contenido y alcance que estimen oportuno sobre si la extensión solicitada debe ser estimada o desestimada, acompañando así las razones justificativas de la opinión contenida en el informe. Se refiere, por tanto, a que la Autoridad laboral que instruye el procedimiento tenga a su disposición un juicio y análisis empresarial y sindical sobre la extensión a la que tiene que dar respuesta, conformando con ello una pieza de valoración más a tomar en consideración por la Autoridad laboral junto con el informe de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, que, como se verá, es preceptivo en los procedimientos de extensión competencia del Ministerio de Trabajo.

Parece razonable exigir este informe que, en principio, no presenta tantas dificultades como la designación de la Comisión Paritaria que preveía el anterior artículo 92.2 de la LET, pues aunque no existirá parte legitimada para negociar un convenio colectivo del Título III de la LET (particularmente organización empresarial, que es el déficit de interlocución social presente en los expedientes de extensión de convenios colectivos habidos) siempre existirá organización empresarial y sindical más representativa que podrá actuar y, en consecuencia, emitir el citado informe.

No es mucho el tiempo del que disponen las organizaciones empresariales y sindicales para cumplir con el citado informe, que es de 15 días naturales siguientes a contar desde la recepción de su solicitud por el órgano competente para la instrucción del procedimiento. Ello obliga, por tanto, a actuar también con celeridad por parte de sus destinatarios, sin que el artículo 6 disponga nada respecto de la inexistencia de dicho informe o del emitido fuera del plazo de los 15 días, por lo que cabe deducir que dicho "defecto" o inexistencia no debe ser obstáculo para que prosiga el expediente y el procedimiento de extensión que desemboque en la resolución administrativa que corresponde. A la postre, este informe no constituiría un requisito necesario para la conformación del acto administrativo de extensión, que podría dictarse igualmente en su ausencia, como lo acredita el artículo 7.1 del RE.

C) El Informe de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o de órgano consultivo similar

El artículo 7.2 del nuevo RE establece que la Comisión Consultiva será el órgano competente para emitir el informe preceptivo en los procedimientos que sean de la competencia del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. En los procedimientos que sean de la competencia de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas, se podrá solicitar informe a dicha Comisión o al órgano consultivo similar.

La novedad que introduce el referido precepto consiste en que si hasta este momento la Comisión Consultiva era el único órgano legitimado para emitir el informe preceptivo para todas las extensiones con independencia de su ámbito de aplicación, esto es, tanto las extensiones de competencia del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales como las dictadas por las Autoridades Laborales autonómicas, a partir de la reforma, la Comisión Consultiva debe ser consultada de forma preceptiva sólo en los procedimientos que sean competencia del Ministerio y en el resto de los supuestos –las extensiones intracomunitarias– su consulta es potestativa y puede ser sustituida por la consulta a un órgano similar a la Comisión de ámbito autonómico.

Este precepto cobra un especial sentido cuando se realiza un balance de estos veinte años de experiencia de extensión y se observa como elemento permanente la dialéctica Estado-Comunidades Autónomas en materia de competencia para extender los convenios. Como ya se ha expuesto, esta conflictividad fue superada en una primera etapa con el reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional de la competencia de las Autonomías para dictar actos de extensión dentro de su marco territorial. Sin embargo, la idea de conflicto ha estado latente respecto a la intervención de la Comisión Consultiva en todas las extensiones. De hecho, algunas autonomías han constituido sus propios órganos de consulta en materia de extensión y, en ocasiones, dictan resoluciones únicamente con el informe de su Comisión y, por tanto, no acuden a la Comisión Consultiva[11].

(11) Se ha detectado la realización de algunas extensiones sin la intervención de la Comisión Consultiva. Tal es el caso de Cataluña con la Resolución TRI/3316/2004, de 9 de noviembre (DOGC de 7 de diciembre de 2004, núm. 4275), dispone la extensión del Convenio Colectivo, de Consignatarios de Barcos de la provincia de Barcelona, publicado en el DOGC de 5 de agosto de 2003, núm. 3940, y con vigencia del 1 de enero de 2003 al 31 de diciembre de 2005 en las empresas y trabajadores del sector de agentes y comisionistas de aduanas de la misma provincia; la Resolución de 4 de diciembre de 1984 (DOGC de 16 de enero de 1985, núm. 504) por la que se dicta la extensión del Convenio Colectivo del sector de Oficinas y Despachos de la provincia de Barcelona al ámbito territorial de Cataluña; y la Resolución de 29 de septiembre de 1986 (DOGC de 7 de noviembre de 1986, núm. 763), que extiende el Convenio Colectivo del sector de la provincia de Barcelona a todo el ámbito territorial de Cataluña. En parecidos términos, Murcia ha dictado alguna resolución de extensión sin haber pasado por el filtro previo del órgano consultivo nacional. Sirva de ejemplo el Acuerdo de 13 de abril de 1992 de Extensión del Convenio Colectivo del sector de piscinas e instalaciones acuáticas de Madrid al mismo sector de la Región de Murcia (BO. Región de Murcia de 14 de julio de 1995, núm. 162). Igualmente, la Comunidad de La Rioja que en fechas muy recientes ha resuelto alguna extensión contando únicamente con el informe de la Dirección General de Empleo y Relaciones Laborales de la Consejería de Hacienda y Empleo de La Rioja. Se trata de la Decisión de 13 julio 2004 (BO. La Rioja de 24 de julio de 2004, núm. 93) por la que se extiende el Convenio Colectivo de Trabajo del Sector de Oficinas y Despachos de la provincia de Valladolid 2003 a 2006 al mismo sector de actividades de la Comunidad Autónoma de La Rioja. En este sentido, conviene tener en cuenta que ya existían algunos precedentes en esta Comunidad. Tal es el caso de la Resolución de 8 de noviembre de 1994 (BO. La Rioja de 4 de noviembre de 1995, núm. 136) por la que se extiende el Convenio Colectivo de la Comunidad General de Regadíos de Calahorra al sector de captación, elevación conducción y distribución de agua para riegos o drenajes de campos agrícolas. O la Resolución de 4 de febrero de 1994 (BO. La Rioja de 3 de marzo de 1994, núm. 27) por la que se extiende el Convenio Colectivo de la Comunidad General de Regadíos de Calahorra al sector de captación, elevación conducción y distribución de aguas para riegos o drenajes de campos agrícolas. O también la Resolución de 2 de febrero de 1993 (BO. La Rioja de 20 de febrero de 1993, núm. 22) por la que se extiende el Convenio Colectivo de la Comunidad General de Regadíos de Calahorra al sector de captación, elevación y distribución de aguas para riegos o drenajes de campos agrícolas. Y la Resolución de 20 de octubre de 1992 (BO. La Rioja de 7 de noviembre de 1992, núm. 134) por la que se extiende el Convenio Colectivo del sector de la provincia de Burgos, al mismo sector de La Rioja.

En efecto, los Consejos de Relaciones Laborales –que tras una primera etapa de repliegue han vuelto a resurgir– han asumido importantes funciones en materia de negociación colectiva como pueden ser funciones de asesoramiento y consulta en materia de negociación colectiva[12]; facilitar dentro del respeto al principio de autonomía colectiva del artículo 37 de la CE la negociación colectiva entre organizaciones empresariales y sindicales, mediante apoyos materiales y personales que posibiliten los más altos niveles de diálogo y entendimiento[13]; el fomento de la negociación colectiva en aquellos sectores donde existan particulares dificultades[14]; el impulso de una adecuada estructura de los convenios en los ámbitos territorial y sectorial[15]; preparar y formular propuestas relativas a acuerdos laborales y recomendar su aplicación a las organizaciones empresariales y sindicales[16]; promover la creación de comisiones paritarias, en los diversos ámbitos de negociación colectiva con la composición y competencias que el mismo determine[17]; asesorar a las Comisiones Paritarias de los Convenios Colectivos que lo soliciten[18]; actuar como órgano de consulta de la autoridad laboral en los supuestos de extensión de convenios colectivos[19], y realizar el seguimiento de la negociación colectiva[20] mediante la creación de un Observatorio de la Negociación Colectiva[21] o la constitución de una Comisión Consultiva de Convenios Colectivos de Comunidad[22].

(12) Decreto 22/2005, de 8 de febrero. BO. Aragón de 23 de febrero de 2005, núm. 24; Decreto 3/1984, de 19 de enero. BO. Comunidad de Madrid de 24 de enero de 1984, núm. 20.

(13) Ley 4/1983, de 27 de junio. BO. Junta de Andalucía de 1 de julio de 1983, núm. 52; Ley 7/1988, de 12 de julio. DO. Galicia de 26 de julio de 1988, núm. 141; Ley 2/1995, de 30 de enero. BO. Canarias de 15 de febrero de 1995, núm. 20; Decreto 7/1999, de 4 de febrero. BO. Región de Murcia de 25 de febrero de 1999, núm. 46; Ley 9/2002, de 6 de junio. DO. Castilla-La Mancha de 24 de junio de 2002, núm. 77; Decreto 36/2001, de 8 de marzo. BO. Comunidad de Madrid de 15 de marzo de 2001, núm. 63; Decreto 19/2003, de 20 de mayo. BO. La Rioja de 24 de mayo de 2003, núm. 64.

(14) Ley 4/1983, de 27 de junio. BO. Junta de Andalucía de 1 de julio de 1983, núm. 52; Resolución de 16 de marzo de 1998. DO. Extremadura de 16 de abril de 1998, núm. 42.

(15) Ley 7/1988, de 12 de julio. DO. Galicia de 26 de julio de 1988, núm. 141; Ley 2/1995, de 30 de enero. BO. Canarias de 15 de febrero de 1995, núm. 20; Resolución de 16 de marzo de 1998. DO. Extremadura de 16 de abril de 1998, núm. 42; Ley 9/2002, de 6 de junio. DO. Castilla-La Mancha de 24 de junio de 2002, núm. 77; Decreto 19/2003, de 20 de mayo. BO. La Rioja de 24 de mayo de 2003, núm. 64.

(16) Ley 7/1988, de 12 de julio. DO. Galicia de 26 de julio de 1988, núm. 141; Ley 2/1995, de 30 de enero. BO. Canarias de 15 de febrero de 1995, núm. 20.

(17) Ley 7/1988, de 12 de julio. DO. Galicia de 26 de julio de 1988, núm. 141; Ley 2/1995, de 30 de enero. BO. Canarias 15 de febrero de 1995, núm. 20; Ley 9/2002, de 6 de junio. DO. Castilla-La Mancha de 24 de junio de 2002, núm. 77; Decreto 19/2003, de 20 de mayo. BO. La Rioja de 24 de mayo de 2003, núm. 64; Resolución de 16 de marzo de 1998. DO. Extremadura de 16 de abril de 1998, núm. 42.

(18) Resolución de 16 de marzo de 1998. DO. Extremadura de 16 de abril de 1998, núm. 42.

(19) Ley 2/1995, de 30 de enero. BO. Canarias de 15 de febrero de 1995, núm. 20; Ley 9/2002, de 6 de junio. DO. Castilla-La Mancha de 24 de junio de 2002, núm. 77; Decreto 36/2001, de 8 de marzo. BO. Comunidad de Madrid de 15 de marzo de 2001, núm. 63; Decreto 19/2003, de 20 de mayo. BO. La Rioja de 24 de mayo de 2003, núm. 64; Resolución de 16 de marzo de 1998. DO. Extremadura de 16 de abril de 1998, núm. 42.

(20) Resolución de 16 de marzo de 1998. DO. de Extremadura de 16 de abril de 1998, núm. 42.

(21) Decreto 22/2005, de 8 de febrero. BO. Aragón de 23 de febrero de 2005, núm. 24.

(22) Decreto 103/1997, de 31 de julio. BO. Comunidad de Madrid de 11 de agosto de 1997, núm. 189. Modificado este último por Decreto 36/2001, de 8 de marzo. BO. Comunidad de Madrid de 15 de marzo de 2001, núm. 63. En esta norma más reciente desaparece la referencia a la creación de una Comisión Consultiva para la Comunidad de Madrid.

Con la regulación vigente hasta este momento, el cometido asignado a estos órganos y especialmente su actuación como órgano de consulta de la autoridad laboral en los supuestos de extensión de convenios, sugería una cierta superposición con respecto a otros órganos con idéntica función y con competencia en todo el territorio nacional, como es el caso de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios. Además, se podría cuestionar la legalidad de tales previsiones, teniendo en cuenta que la asignación de esta competencia ya ha sido declarada inconstitucional en el caso del Consejo de Relaciones Laborales Vasco en la STC 35/1982. Sin embargo, la nueva regulación prevista en el Reglamento que comentamos recoge la realidad descrita y atribuye de forma expresa competencia a los órganos consultivos similares a la CCNCC de ámbito autonómico.

En consecuencia, la resolución de los expedientes de extensión de convenios colectivos por parte de la Autoridad laboral requiere, en todo caso, de un informe de un órgano consultivo, que puede ser el creado a tal efecto por la propia Comunidad Autónoma o, en su defecto, el de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Esto es, la Comunidad Autónoma con competencia en una extensión de convenio colectivo debe solicitar el informe preceptivo del órgano consultivo propio, si lo tiene, o acudir a la Comisión Consultiva Nacional. De ahí que el informe de esta Comisión se revela preceptivo, a nuestro juicio, en aquellos casos en que la Comunidad Autónoma no disponga del suyo particular a tales efectos.

LA RESOLUCIÓN DE LOS EXPEDIENTES DE EXTENSIÓN DE CONVENIOS COLECTIVOS POR PARTE DE LA AUTORIDAD LABORAL REQUIERE, EN TODO CASO, EL INFORME DE UN ÓRGANO CONSULTIVO

D) Los efectos del convenio extendido

El Reglamento de Extensiones introduce novedades en materia de efectos del acto de extensión. El artículo 9.2 y 3 del RD 572/1982 señalaba que la duración temporal del acto de extensión finalizada en la fecha prevista en el propio convenio extendido y que los efectos de prórroga anual y denuncia a que se refiere el artículo 86.2 y 3 del ET no afectan a quienes se aplique por extensión un convenio. De donde se puede deducir con claridad que el acto de extensión surtía efectos durante todo el tiempo de vigencia inicial del convenio objeto de extensión.

El nuevo artículo 9.2 del RE establece que la aplicación del convenio extendido surtirá efectos desde la fecha de presentación de la solicitud hasta la finalización de la vigencia inicial o prorrogada del convenio colectivo extendido. De modo que a

partir de esta reforma los efectos del acto de extensión irán más allá de la vigencia inicial del convenio objeto de extensión.

Conviene destacar que este cambio normativo incide de forma indirecta sobre el requisito de vigencia del convenio objeto de extensión. En efecto, la interpretación del requisito de la vigencia, que ha prevalecido durante todo este período, por parte de la doctrina y la práctica administrativa, ha sido que el convenio colectivo ha de encontrarse en la denominada vigencia inicial o primera, no pudiendo ser extendidos aquellos convenios que se hallen en situación de prórroga por falta de denuncia o por denuncia intempestiva o irregular, así como aquellos otros prorrogados por el juego del artículo 86.3 de la LET. Esta interpretación se apoyaba en el artículo 9.2 del anterior Reglamento que señalaba que la duración temporal finalizará en la fecha prevista en el propio convenio extendido y también en el artículo 9.3 de la referida norma, que advertía que los efectos de prórroga anual y denuncia a que se refiere el artículo 86.2 y 3 del ET no afectarán a quienes se aplique por extensión un convenio[23].

Algunos autores habían puesto de relieve su desacuerdo con la referida interpretación y habían postulado la reforma normativa. Se objetaba que una solución como la expuesta impide a la extensión solucionar o soluciona sólo provisionalmente el problema subyacente de la estructura de la negociación colectiva[24]; que los mecanismos del artículo 86 de la LET, en sus apartados 2 y 3, buscan principalmente suplir vacíos normativos, que en la negociación colectiva se producirían en el período comprendido entre la finalización del convenio anterior y la entrada en vigor del nuevo convenio, cobertura de vacíos normativos que es el fin último que persigue toda extensión de convenios colectivos[25]; y, también se ha apuntado la posibilidad de reinterpretar el artículo 9.2 del Reglamento a la luz de la referencia que contiene el artículo 92.2 de la LET al artículo 82.3 del Estatuto, tras la reforma de la Ley 29/1999 y de ello poder deducir la conveniencia de considerar que un convenio colectivo en situación de prórroga anual del artículo 86.2 de la LET se halla en vigor a los efectos del artículo 92.2 de la LET[26].

El nuevo texto legal parece haber introducido una modificación importante en este punto cuando establece que la aplicación del convenio colectivo extendido surtirá efectos desde la fecha de presentación de la solicitud hasta la finalización de la vigencia inicial o prorrogada del convenio colectivo extendido. De esta forma el argumento de apoyo para interpretar que sólo es admisible la vigencia inicial del convenio objeto de extensión parece

(23) Por todos, VALDÉS DAL-RÉ, F., "La adhesión y la extensión de los convenios colectivos", *REDT*, 1988, núm. 36, pág. 535. La Comisión Consultiva ha mantenido este criterio en los Expedientes 0365/1994, 0633/1997, 01144/2000 y 01222/2000. Ciertamente, el criterio era distinto cuando se valoraba el requisito de inexistencia de convenio colectivo, interpretando aquí el requisito de vigencia en sentido amplio.

(24) DURÁN LÓPEZ, F., "Problemas de la extensión de los convenios colectivos", *RL*, 1994, tomo I, pág. 106.

(25) VALLE MUÑOZ, F.A., *La extensión de los convenios colectivos*, Valencia, Tirant lo blanch, 1999, pág. 79.

(26) GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., "Adhesión y extensión", en *Comentarios a las Leyes Laborales* (Dir. E. Borrajo Dacruz), tomo XII-vol. 1º, 2001, págs. 308 y 309.

haber decaído y la nueva redacción del precepto permite sostener la tesis contraria. Esto es, se podría afirmar a partir del nuevo Reglamento que el convenio objeto de extensión puede encontrarse también en situación de prórroga.

E) La introducción de un procedimiento abreviado de sustitución de la solicitud de extensión

La introducción de este procedimiento abreviado de sustitución de la solicitud de extensión persigue como objetivo facilitar el supuesto de encadenamiento de actos de extensión, frecuente en determinados sectores de actividad donde las circunstancias que motivan la extensión inicial perduran a lo largo del tiempo y, sin perjuicio de ello, la parte promotora debe instar en cada ocasión un nuevo procedimiento y esperar a la resolución del mismo. El efecto perjudicial que se había detectado en situaciones como la descrita consistía en la desregulación de determinados sectores de actividad con la incidencia negativa que suponía en las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados.

Esta idea se expone con claridad en el Expediente 0927/1999, donde se solicita la extensión del Convenio Colectivo de sector de Oficinas y Despachos de la provincia de Valladolid para 1998, al mismo sector de actividad de la Comunidad Autónoma de La Rioja. La parte promotora del Expediente pone de relieve que "al sector de Oficinas y Despachos de la Comunidad de La Rioja le ha sido extendido en seis ocasiones el Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos de Burgos, con efectos para los años 1986, 1987-1988, 1989, 1990, 1991-1992 y 1993-1994; y que no han variado las circunstancias que fundamentaron las sucesivas solicitudes de extensión (...) en años precedentes, al no ser posible la negociación de un Convenio Colectivo sectorial en el citado ámbito territorial, por no existir una Asociación Empresarial con la que negociar".

El artículo 10 del RE prevé la posibilidad de renovación de la solicitud de extensión. Las partes legitimadas para solicitar la extensión, una vez sustituido un convenio extendido por un nuevo convenio colectivo, podrán solicitar del Ministerio de Trabajo o del órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas en el plazo de un mes contado desde la publicación del nuevo convenio colectivo, que "se dicte una nueva resolución sobre la necesidad de extender el nuevo convenio colectivo, por no haberse modificado las circunstancias que dieron lugar a la extensión inicial, y se acompañarán las consideraciones que se estimen oportunas sobre su necesidad".

Esta previsión abre la puerta a una nueva extensión del convenio colectivo que ha sustituido al que fue objeto de la primera extensión, para lo que es necesario una solicitud de los sujetos legitimados para iniciar el procedimiento de extensión. Lo que se exige ahora por el artículo 10.1 es que esta nueva solicitud de renovación identifique o señale que no se han modificado las circunstancias que dieron lugar a la extensión inicial, esto es, que siguen existiendo los requisitos a los que se sujeta la extensión previstos en el artículo 92 de la LET y en el artículo 1.2 del RE, por lo que bastará con señalar este extremo, acompañado, en su caso, de la documentación oportuna. De igual forma, se recogerán en la solicitud las consideraciones oportunas sobre la necesidad de renovar la solicitud inicial, que versará lógicamente sobre las propias razones y fundamentos que justificaron aquélla. A la postre, la parte solicitante de la renovación debe recoger razones y fundamentos que

justifican, a su juicio, la necesidad de que se dicte una nueva resolución por la cual se extienda el nuevo convenio ya publicado.

Es por ello que la resolución administrativa que se dicte por la Autoridad laboral estatal o autonómica deberá decidir motivadamente en función precisamente de la modificación o no de las circunstancias previstas en los citados artículos 92 de la LET y 1.2 del RE que dieron lugar a la extensión inicial (artículo 10.2 del RE). Queda claro así que la resolución de la Autoridad laboral debe tomar en consideración precisamente la pervivencia de las circunstancias mencionadas o su alteración, decidiendo en consecuencia.

El plazo para dictar y notificar la resolución administrativa es de un mes computado desde la fecha en que la solicitud hubiera tenido entrada en los correspondientes registros (artículo 10.3 del RE).

Se exige también para la renovación de la solicitud los informes de las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas y del órgano consultivo correspondiente previsto en los artículos 6 y 7 del RE, si bien los plazos se reducirán a la mitad. Queda claro, por tanto, que también para la renovación de la solicitud es necesario el informe de la Comisión Consultiva en los procedimientos que sean de la competencia del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, que versará, lógicamente, sobre la modificación o no de las circunstancias que dieron lugar a la extensión inicial, sobre las que ya emitió su primer informe, así como sobre las consideraciones que, en su caso, haya estimado oportuno incorporar a la solicitud de renovación la parte legitimada.

Por último, los efectos de la nueva resolución de extensión del convenio colectivo, en el caso de ser estimatoria, se retrotraerán a la fecha de inicio de efectos del convenio extendido (artículo 10.4 del RE).

F) Situaciones posteriores al acto de extensión

El artículo 11 del RE regula la posibilidad de atender a situaciones posteriores a la extensión de un convenio colectivo, que se contemplaban en el artículo 10 del Decreto 572/1982, si bien ahora las previsiones son mucho más amplias y detalladas.

En efecto, el artículo 11.1 dispone expresamente que "si durante la vigencia de la extensión de un convenio colectivo se modificaran o desaparecieran las circunstancias que dieron lugar a la resolución de extensión por parte del órgano competente, cualquiera de las partes afectadas podrá promover la negociación de un convenio colectivo propio en los términos previstos en el del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y comunicará tal decisión al órgano competente", que ya recogía el citado artículo 10 del Decreto 572/1982.

No obstante, el artículo 11.1 del RE dispone expresamente que promovida la negociación de un convenio colectivo a tenor de lo dispuesto en el artículo 89.1 de la LET, "la parte receptora de la comunicación de iniciación de las negociaciones no podrá negarse a ella por razón de la vigencia de la extensión". Se reconoce así un deber de negociar a la parte invitada a ella, sin que pueda alegar para su rechazo la vigencia de la extensión, aunque no está obligado obviamente a llegar a un acuerdo. De ahí que si éste se produce con "la conclusión de la suscripción de un convenio colectivo, las partes lo comunicarán al órgano competente que dictará una resolución que deje sin efecto la extensión". De esta forma, es posible negociar un convenio colectivo *ante tempus*, que anticipa la decadencia del convenio extendido, abriendo la puerta al ejercicio de la negociación colectiva que, hasta ese momento, había sido sustituida por este mecanismo excepcional de la extensión.

Se reconoce con ello pues la posibilidad de que la extensión deje de producir efectos si se ha suscrito un convenio colectivo, parece que con eficacia general, aunque no lo diga la norma, en el ámbito en el que se está aplicando la citada extensión. Lo que sí parece claro es que este desplazamiento de la extensión requiere, por lo dicho, una resolución de la Autoridad laboral que declaró la extensión que ahora se deja sin efecto[27].

SE PUEDE SOLICITAR LA EXTENSIÓN DE UN CONVENIO COLECTIVO MÁS ACORDE CON LA REALIDAD SOCIOLABORAL DE SU ÁMBITO RESPECTO A LA QUE TUVO LUGAR EN LA EXTENSIÓN INICIAL

Por otro lado, el artículo 11.2 del RE reconoce la posibilidad de solicitar la extensión de un convenio colectivo más acorde con la realidad sociolaboral de su ámbito al que tuvo lugar en la extensión inicial.

En efecto, de acuerdo con dicho precepto "finalizada la vigencia inicial de un convenio colectivo que hubiera sido objeto de extensión, si las partes legitimadas para solicitar la extensión de convenios colectivos tuvieran conocimiento de la existencia de un convenio colectivo más acorde con la realidad sociolaboral de su ámbito, podrán solicitar del órgano competente la sustitución del convenio extendido por ese otro convenio colectivo, indicando la necesidad de dicha sustitución". Se pretende así que la extensión de convenios colectivos venga acompañada de la mayor sintonía posible con las características sociolaborales de los ámbitos en los que se produce. Para ello abre la puerta a una sustitución del primer convenio extendido por otro más acorde con "la realidad sociolaboral de su ámbito", concepto

(27) En algún caso como en el Expediente 627/96, relativo al sector de Químicas, la propia Comisión Consultiva recoge la conveniencia de propiciar la negociación colectiva en el marco de la empresa para la que se solicita la extensión.

muy amplio que parece referirse a las circunstancias de esta naturaleza presentes en el ámbito de que se trate y que queda a la aplicación e interpretación de los solicitantes de la extensión y de la propia Autoridad laboral que debe decidir.

Para la citada sustitución se requiere tramitar una nueva solicitud de extensión, siguiendo, por tanto, el procedimiento establecido en el RE, disponiendo su artículo 11.2 que se mantendrán vigentes los efectos del anterior convenio extendido hasta la resolución del procedimiento. Se trata, por consiguiente, de una fórmula particular para el supuesto previsto en dicho artículo 11.2 del RE, que no parece sea de aplicación general a todos los supuestos de extensión.

De igual forma, la resolución administrativa decidirá motivadamente sobre la procedencia o no de la indicada solicitud, en función, de nuevo, de la concurrencia de las circunstancias establecidas en el artículo 92.2 de la LET y en el artículo 1.2 del RE, así como de la adecuación del convenio a la realidad sociolaboral del ámbito para el que se solicita la extensión.

IV. LAS CUESTIONES PENDIENTES

El nuevo Reglamento de Extensiones ha resuelto algunos de los problemas detectados durante este largo período de aplicación. Sin embargo, se debe advertir que la experiencia de las extensiones ha advertido de la existencia de otras dificultades que han quedado pendientes de resolución a la espera de una nueva reforma.

A) La disyunción entre ámbito funcional y homogeneidad económica

El artículo 1.2 del RE señala al igual que hacía el reglamento derogado que procederá la extensión de un convenio de ámbito superior al de empresa a una pluralidad de empresas y trabajadores o a un sector o subsector de actividad perteneciente al mismo o a similar ámbito funcional o con características económico-laborales equiparables.

Si bien el enunciado de estos requisitos se presenta de forma alternativa, bastando en principio la concurrencia de alguno de los dos para dar cumplimiento al mismo, la Comisión Consultiva ha asumido como criterio que la mera similitud de ámbitos funcionales no garantiza por sí misma la homogeneidad de condiciones económicas. Es más, en la práctica la exigencia de pertenencia al mismo o similar ámbito funcional apenas ha sido considerada, pues como norma general las solicitudes de extensión se han producido dentro de un mismo sector de actividad. El análisis se ha centrado casi de forma exclusiva en la valoración de la existencia de características económico-laborales equiparables en los dos ámbitos territoriales afectados por la extensión.

De lo anterior, se puede deducir que, los requisitos de identidad en el ámbito funcional y en las condiciones económicas, pese a la fórmula alternativa del texto legal, juegan en la

práctica como condiciones acumulativas debiendo concurrir en todo caso las dos y muy especialmente la homogeneidad económica. En definitiva, éste es el criterio que se ha venido a fijar por el ángulo consultivo durante el largo período de aplicación del Reglamento de 1982. Por ello, no se comprende muy bien por qué la reforma de 2005 no ha aprovechado esta oportunidad para incorporar en la norma este criterio ya asentado en la práctica y despejar cualquier duda al respecto.

B) La dificultad presente en la evaluación de la homogeneidad económica

Conviene destacar las dificultades que ha supuesto en la práctica la valoración de la homogeneidad económica prevista en la norma reglamentaria por parte de la Comisión Consultiva, especialmente porque la norma no señala qué técnicas se deben emplear para calcular este extremo. Esta situación ha llegado en ocasiones a la imposibilidad de evaluar la incidencia económica por insuficiencia de datos y, en consecuencia, informar desfavorablemente la solicitud de extensión[28].

La Comisión Consultiva ha venido a fijar como criterio general la necesidad de evaluar la repercusión económica de las extensiones planteadas, comparando al efecto, en términos homogéneos, las condiciones salariales medias de las categorías profesionales más representativas del sector afectado, a partir de la muestra de documentos TC-2 de cotización a la Seguridad Social obrantes en el expediente objeto de informe, con las condiciones salariales medias que para dichas categorías se disponen en el convenio colectivo que se pretende extender.

Sin embargo, la ausencia de previsión expresa de la referida documentación en la normativa de extensiones ha contribuido a que algunas Comunidades Autónomas desconozcan la importancia de acompañar los documentos TC-2 para evaluar la incidencia económica. De hecho, la única norma a este respecto está recogida en unas Instrucciones dadas por la Subdirección General de Recursos Económicos de la Tesorería General de la Seguridad Social, con fecha 21 de junio de 1994, a todas las Direcciones Provinciales de la propia Tesorería, para que facilitasen copia de documentos TC-2 de cotización a las Autoridades Laborales que instruyen expedientes de extensión[29].

(28) Así ha ocurrido en el Expediente 01874/2003. Sin embargo, la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico de la Junta de Andalucía dictó resolución estimatoria. El mismo problema de imposibilidad de valorar la incidencia económica se ha planteado en el Expediente 01557/2002, donde la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de la Junta de Andalucía dictó resolución estimatoria; y también se detectó esta dificultad en el Expediente 01948/2004.

(29) En las referidas Instrucciones del año 1994 se señalaba: a) en la solicitud de aquellos documentos por la correspondiente Autoridad Laboral se debería especificar el sector del que se pretendía obtener copia de TC-2 de una muestra de empresas; b) por la correspondiente Dirección Provincial de la Tesorería se seleccionarían aquellas empresas que pudieran estar comprendidas en el sector solicitado, procediendo a efectuar copia de un máximo de 15 documentos TC-2 del período indicado en la solicitud; c) con el fin de evitar las limitaciones legales establecidas en el artículo 19 de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, sobre Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, al realizarse las fotocopias de estos documentos se cubrirían con un papel en blanco los datos relativos al nombre y apellidos del trabajador, NIF y DNI; d) en el supuesto de que, excepcionalmente, se solicitara copia de más de 15 documentos, la solicitud debería dirigirse a la propia Subdirección General de Recursos Económicos de la Tesorería General de la Seguridad Social, para que ésta pudiera decidir sobre la procedencia de dicha solicitud, una vez analizadas las circunstancias alegadas por la Autoridad Laboral.

A lo anterior, se debe añadir la dificultad de que algunas Direcciones Provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social no facilitan los documentos TC-2 de cotización solicitados, argumentando que contienen datos de carácter personal.

La problemática existente en la evaluación de la incidencia económica de las extensiones, ha llevado a la Comisión Consultiva a formular algunas propuestas que, pese a su gran interés, no han sido recogidas por el nuevo Reglamento de Extensiones:

1ª) Clarificar la vigencia de las Instrucciones dadas por la Subdirección General de Recursos Económicos de la Tesorería General de la Seguridad Social.

2ª) Actualizar y mejorar las referidas Instrucciones. En concreto, se señalan como aspectos susceptibles de mejora que los documentos de cotización incorporen necesariamente el dato relativo al grupo de cotización y también que los documentos de cotización se refieran a las empresas de los sectores afectados por las extensiones, que hubieran sido previamente determinadas por las Autoridades Laborales que tramitan el expediente.

3ª) Facilitar a través de medios informáticos los salarios medios de los trabajadores ya procesados pertenecientes a las empresas comprendidas en los sectores afectados por las extensiones de convenios, conforme a los criterios de selección y exclusión que se pudieran fijar al efecto. Dichos salarios deberían referirse a trabajadores de las empresas previamente seleccionadas por las Autoridades Laborales que tramitan los expedientes de extensión.

C) El número de trabajadores afectados

Durante el espacio temporal de aplicación de la normativa de extensión de convenios colectivos, la cuestión relativa a la determinación del número de trabajadores afectados por la extensión ha sido uno de los problemas detectados y de difícil solución. La experiencia ha puesto de relieve que el conocimiento del número de trabajadores perjudicados en sus condiciones laborales es un aspecto importante en la valoración de las circunstancias concurrentes en torno al vacío negocial. Sin embargo, se han observado importantes dificultades en su determinación. En la práctica, el único dato al respecto es el proporcionado por la parte promotora del Expediente que realiza, en ocasiones, una estimación aproximada de este extremo.

La normativa aplicable en esta materia tampoco contribuía a superar esta dificultad desde el momento en que no se hacía referencia a este aspecto. Desde la Comisión Consultiva se ha propuesto incorporar al Expediente de Extensión la relación de empresas del sector o subsector de actividad afectado por la extensión, con indicación del número de trabajadores de cada una de ellas. Esta relación sería solicitada a la Tesorería General de la Seguridad Social a iniciativa de la Autoridad Laboral que tramita el expediente. Pese a la trascendencia de esta recomendación, la nueva redacción del RE no incorpora ninguna

novedad en este sentido, manteniendo las cosas como estaban, por lo que esta averiguación sigue siendo, en la práctica, muy difícil.

El número de trabajadores afectados, que hoy plantea dificultades, podría conocerse mejor, en su caso, en el futuro a la vista de la documentación que exige el RE y, en particular, el artículo 4.1.c) respecto del Código de la CNAE, aunque probablemente se sigan planteando parecidos inconvenientes a la situación actual.

D) Las técnicas de cooperación entre la Comisión Consultiva y las Autoridades Laborales autonómicas. El Registro de Extensiones

A partir del reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional de la competencia de las Comunidades Autónomas para dictar actos de extensión en su ámbito territorial de actuación, las Comunidades han ejercido esta facultad de forma continuada. Con la aprobación del nuevo Reglamento, además, pueden omitir la solicitud de Informe a la CCNCC y sustituirlo por un informe dictado por un órgano autonómico semejante.

En nuestra opinión, la mayor participación de las Autonomías en este procedimiento debería ir acompañada de algunas técnicas de cooperación que facilitasen el conocimiento de las extensiones realizadas, como por ejemplo, la creación de un Registro de Extensiones. En este sentido, conviene insistir en la previsión contenida en la Disposición Adicional Única del RE, en cuya virtud "el Ministerio de Trabajo y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas se informarán recíprocamente sobre las resoluciones administrativas por las que se extienda un convenio colectivo dictadas en el ejercicio de sus competencias".

I. FUENTES DEL DERECHO

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Legislación estatal y Comunidades Autónomas. 2. La Ley como fuente de derecho. 3. Ley y convenio colectivo. A) Cláusulas de jubilación forzosa. B) Negociación colectiva y Administración Pública. C) Normas legales imperativas y contenido del convenio. **4. El convenio colectivo como norma. 5. Ley y contrato de trabajo. 6. La función reguladora de la autonomía individual. 7. Condición más beneficiosa.**

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justifica recogidas en los números 1 a 4 de 2005 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 1 a J 588). Con carácter general, la doctrina judicial se limita a reiterar soluciones arraigadas; cuantitativamente el asunto principal lo constituye indudablemente la responsabilidad por el pago de las cuotas colegiales de los ATS/DUE, como demuestra el centenar de sentencias que han debido abordar la cuestión en este período.

1. LEGISLACIÓN ESTATAL Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La determinación del sujeto responsable de satisfacer las cuotas colegiales de los ATS/DUE que han sido transferidos a las CCAA (cuotas que constituirían suplidos a cargo del empleador) está siendo objeto de una desbordante litigiosidad, lo que exime de cita exhaustiva, máxime cuando en crónicas anteriores ya han sido expuestos con detalle tanto el supuesto de hecho como la unánime solución judicial. En el período de referencia, desde la **STS de 20 de enero de 2004,** I.L. J 365, a la **STS de 14 de abril de 2005,** I.L. J 504, se pueden encontrar cerca de cien pronunciamientos en los que el TS acude a la Ley 12/1983, de Proceso Autonómico, para imputar al INGESA la responsabilidad por las cuotas abonadas por los propios ATS/DUE al Colegio con anterioridad a la transferencia, ya que esa norma impone a la Administración del Estado el deber de regularizar la situación económica y administrativa del personal a su servicio con carácter previo al traslado a la Comunidad Autónoma.

2. LA LEY COMO FUENTE DE DERECHO

El trato discriminatorio que podría derivar de una aplicación estricta de la Ley ha sido también objeto de conflicto. Ahora bien, no todos los problemas derivan de la igualdad ante y en la Ley, sino que a menudo se generan por la reclamación de derechos no reconocidos expresamente en norma alguna, y que los Tribunales estiman que no se pueden deducir de una interpretación de los preceptos legales aplicables al caso. Problemas de igualdad y no discriminación por aplicación de la Ley se plantean en la **STS de 15 de marzo de 2005,** I.L. J 287, en relación con la posible exoneración de la responsabilidad por salarios de tramitación durante la vigencia del Real Decreto-Ley 5/2002 si el empresario optaba por la indemnización en el despido improcedente. La sentencia desestima la pretensión, porque entiende que es la ley la que concede la decisión al empresario y la que prevé los efectos del despido, sin que se aprecie arbitrariedad o vulneración del principio de igualdad. La doctrina, como se sabe, no es nueva, pues la necesidad de aplicar la norma y la incompetencia de los tribunales ordinarios para pronunciarse sobre la hipotética inconstitucionalidad de ese Real Decreto-Ley ya había sido puesta de manifiesto por la STS de 15 de septiembre de 2004 (recurso de casación u.d. 4833/2003).

El principio de igualdad implica que ante situaciones de igualdad real no cabe admitir un trato diferente, pero que ante situaciones desiguales caben respuestas diversas si concurre una razón objetiva. En esos términos, la **STSJ de Valencia de 25 de enero de 2005,** I.L. J 527, considera justificada una diferencia retributiva entre los ATS de refuerzo fijos y eventuales, ya que los primeros tienen las guardias programadas y los eventuales no. Además, durante las guardias los eventuales atienden sólo situaciones de urgencia, mientras los fijos han de prestar los servicios que les son propios. El criterio coincide con el que ya había adoptado la STS de 14 de noviembre de 2003 (recurso de casación u.d. 85/2003).

La ausencia de norma que conceda el derecho reclamado es el argumento de la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 3 de enero de 2005,** I.L. J 308, para denegar la pretensión de los trabajadores del INGESA en Ceuta con contrato de duración determinada, que solicitaban el abono de un premio de antigüedad sobre la base del derecho a la igualdad y no discriminación entre trabajadores fijos y temporales. Como se sabe, la jurisprudencia ha considerado en este caso razonable y proporcionada la diferencia de trato entre el personal estatutario fijo, que sí percibe el complemento, y los contratados en régimen laboral con carácter temporal [por todas, *vid.* STS de 5 de julio de 1996 (recurso de casación 397/1996)]. La sentencia del TSJ de Andalucía subraya asimismo que no hay norma que atribuya ese derecho en el ámbito de Ceuta, pues no se deriva del Real Decreto-Ley 3/1987 y no hay convenio colectivo autonómico o estatal que lo conceda en Ceuta ni siquiera para el personal fijo. Como consecuencia, no hay una diferencia de trato porque el premio no está reconocido a ningún trabajador.

En un sentido similar, la **STSJ de Galicia de 27 de enero de 2005,** I.L. J 336, siguiendo doctrina jurisprudencial –STS de 20 de julio de 2000 (recurso de casación u.d. 2011/1999)–, estima que la integración del personal de las Cámaras de la Propiedad

Urbana en las CCAA no se rige por el art. 44 ET, sino por la normativa dictada al efecto (en este caso autonómica, porque la normativa estatal sólo se aplicaría a las Cámaras Oficiales sometidas a la tutela del Estado). Por consiguiente, si esa normativa no establece que se compute el tiempo de prestación de servicios para la Cámara previo a la integración a efectos de antigüedad, no hay base para tal pretensión. La ausencia de norma es igualmente el argumento utilizado por la **STS de 10 de marzo de 2005,** I.L. J 473, para negar el derecho a un complemento salarial de disponibilidad reclamado por un vigilante de seguridad. El TS afirma que si tal complemento no está previsto ni en convenio ni en contrato se debe a que el perjuicio por el tiempo de disponibilidad ya está incluido en el salario que se le abona.

Finalmente, la **STSJ de Madrid de 8 de febrero de 2005,** I.L. J 355, resuelve un supuesto particular de incompatibilidad, pero ciertamente interesante. Un profesor universitario de la UNED presta servicios al mismo tiempo para una Fundación Universitaria, que le solicita acreditación de estar contratado a tiempo parcial para poder simultanear esas tareas. El profesor no atiende a esa petición y como consecuencia el contrato es extinguido por incompatibilidad. La jurisprudencia, como se sabe, había concedido a la Administración la facultad de decidir el pase a excedencia por incompatibilidad [SSTS de 2 de febrero y 6 de junio de 1990 (recursos de casación por infracción de Ley)]. Sin embargo, el supuesto de hecho de la STSJ de Madrid es diferente, porque no se deriva de una denegación de compatibilidad, sino de la extinción del contrato de trabajo con la empresa privada. En efecto, la sentencia advierte que la Fundación es un ente privado, y que como tal no puede recurrir a la Ley de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (Ley 53/1984), puesto que esa compatibilidad debe exigirla la propia Administración Pública. Por tanto, la empresa privada no puede sancionar al trabajador por no acreditar la disponibilidad para realizar ambas labores simultáneamente; en su caso podría ofrecer la opción entre continuar en el puesto y la excedencia. Ni el convenio colectivo ni el ET justificaban esa extinción, y se entiende que no hay mala fe del trabajador porque la Fundación conocía en todo momento que el trabajador era profesor de la UNED.

3. LEY Y CONVENIO COLECTIVO

A) Cláusulas de jubilación forzosa

La derogación de la Disposición Adiciona Décima del ET por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, implicó, según la jurisprudencia, la desaparición de la imprescindible habilitación legal para que los convenios colectivos fijasen edades de jubilación forzosa [SSTS de 9 de marzo de 2004 (recursos u.d. 765/2003 y 2319/2003), 6 de abril de 2004 (recurso u.d. 3427/2003), 28 de mayo de 2004 (recurso u.d. 3803/2003) y de 15 de diciembre de 2004 (recurso u.d. 6506/2003), entre otras]. Ello no obsta la validez y eficacia de las cláusulas contenidas en convenios suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de ese Real Decreto-Ley (el 4 de marzo de 2001), pero las posteriores han de reputarse nulas ya que suponen una discriminación por razón de edad, como advierte

la **STSJ de Madrid de 8 de marzo de 2005,** I.L. J 362. Recuérdese que la Ley 14/2005 ha vuelto a introducir en la Disposición Adiciona Décima del ET la posibilidad de pactar edades de jubilación forzosa en los convenios colectivos y que la DT Única de esa Ley 14/2005 declara la validez de las cláusulas pactadas con anterioridad a su entrada en vigor si el trabajador cumple los requisitos para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva, a salvo de "las situaciones jurídicas que hubieran alcanzado firmeza antes de la citada entrada en vigor".

B) Negociación colectiva y Administración Pública

Las dos cuestiones principales que se han suscitado en este ámbito –responsabilidad de la Administración Pública por las deudas del profesorado en colegios concertados y diferencias salariales entre el personal laboral fijo y temporal– ya han sido objeto de tratamiento detallado en crónicas anteriores. Respecto del primer problema, el criterio que se ha ido consolidando es el de imputar responsabilidad a la Administración Pública, por su obligación de pago delegado, hasta el límite de lo presupuestado para el concierto, debiendo responder el centro educativo cuando se supere ese umbral (*vid.* STS de 27 de octubre de 2004, I.L. J 2318). En el período de referencia acogen esa doctrina la **STSJ de Castilla** y **León (Valladolid) de 10 de enero de 2005,** I.L. J 120 y las **SSTSJ de Extremadura de 7** y **de 27 de enero de 2005,** I.L. J 124 y 125. Por su parte, las **SSTS 20 de diciembre de 2004 y de 21 de febrero de 2005,** I.L. J 250 y 206, respecto a una paga extraordinaria por años de servicio en colegio concertado prevista en convenio colectivo, consideran que no hay contradicción, así que no resuelven sobre el fondo.

En cuanto a las diferencias salariales entre el personal fijo y temporal recogidas en convenio colectivo, desde la STS de 23 de octubre de 2002 (recurso de casación u.d. 3581/2001) la jurisprudencia menor [en el período de referencia las **SSTSJ de Castilla y León (Burgos) de 20 de enero** y **de 10 de febrero de 2005,** I.L. J 323 y 354 y **de Cantabria de 9 de febrero de 2005,** I.L. J 348] suele anular los preceptos correspondientes, pero no con base en el art. 14 CE, sino en la redacción dada por la Ley 12/2001 al art. 15.6 ET, y apoyándose en la Directiva 1999/70/CE. Además, se pone de manifiesto que el carácter público del empleador le obliga a un mayor respeto al principio de igualdad. La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 28 de enero de 2005,** I.L. J 389, alude expresamente al efecto vertical de las Directivas, y niega la imposición del interés por mora, puesto que se trata de una cuestión controvertida.

Por último, la **STSJ de Murcia de 21 de febrero de 2005,** I.L. J 361, debió resolver la pretensión de una trabajadora contratada por un ayuntamiento como profesora en centros de educación para adultos que solicitaba un complemento retributivo autonómico reconocido a los docentes afectados por el Convenio Colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, aplicable a la demandante como preveía expresamente su contrato. La sentencia entiende, no obstante, que a pesar de que el propio convenio concedía el complemento autonómico a todo el personal incluido en su ámbito de aplicación, la actora no tenía derecho a él porque no se encontraba en la

nómina de pago delegado (la Comunidad Autónoma sólo se había comprometido con el ayuntamiento a abonar el complemento a quienes estuvieran en esa relación) y el ayuntamiento no tiene obligación de satisfacer el complemento autonómico. A la postre, la sentencia estima que sólo tienen derecho al complemento los profesores de centros de enseñanza concertada.

C) Normas legales imperativas y contenido del convenio

Es relativamente frecuente que los convenios colectivos traten de adaptar las previsiones legales al concreto ámbito en el que han de desplegar efectos. Sin embargo, las normas legales en materia laboral se configuran de ordinario como reglas imperativas, admitiendo en unas ocasiones previsiones más favorables, pero negando en otras cualquier tipo de afectación. En el período de referencia pueden encontrarse ejemplos de ambas situaciones, algunos sobradamente conocidos, incluso comentados en crónicas anteriores, y otros más novedosos. Además, las condiciones de trabajo tras un cambio de empresario, con la posible aplicación del art. 44 ET, se prestan igualmente a conflictos de esta índole.

Entre la doctrina que se reitera destaca la relativa a la retribución por horas extraordinarias. La STS de 27 de febrero de 1995 (recurso de casación u.d. 981/1994) permitió que el convenio colectivo fijase para la hora extraordinaria un salario inferior al previsto para la hora ordinaria, a pesar del taxativo rigor del art. 35 ET. Sin embargo, las SSTS de 28 de noviembre de 2004, I.L. J 2384, de y de 3 de diciembre de 2004, I.L. J 2304, modificaron el criterio, abogando por el carácter imperativo del art. 35.1 ET. Las **SSTS de 15, de 21 (dos)** y de **22 de diciembre de 2004,** I.L. J 15, 257, 258 y 249, **de 12 de enero de 2005,** I.L. J 36, **de 7 de febrero de 2005,** I.L. J 274, **de 24 de febrero de 2005,** I.L. J 529 y **de 14 de marzo de 2005,** I.L. J 472, reiteran que el valor de la hora ordinaria es un mínimo indisponible para el convenio colectivo, por lo que en ningún caso resulta admisible una retribución más reducida para la hora extraordinaria.

Carácter de derecho imperativo absoluto para la negociación colectiva presenta la regulación y determinación de las fiestas laborales. La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 21 de febrero de 2005,** I.L. J 461, considera contrario a la regulación legal que un convenio colectivo modifique las fiestas locales de un determinado municipio. La sentencia estima que a tenor del art. 37.2 ET las fiestas locales son equiparables a las nacionales o autonómicas, y que por ello el convenio colectivo no puede disponer de ellas; quien puede decidir es la Administración Pública, pero no los ciudadanos. El Tribunal advierte que la fiesta no consiste meramente en el disfrute de un día de descanso, sino que presenta como ingrediente imprescindible la posibilidad de participar en determinados acontecimientos cívicos o sociales típicos de la festividad correspondiente. Regla imperativa de derecho necesario es también la pausa para el bocadillo prevista en el art. 34.4 ET, según la **STS de 1 de marzo de 2005,** I.L. J 467. En consecuencia, el convenio colectivo no puede suprimirla para determinados trabajadores (en este caso se obligaba a continuar trabajando al personal de estaciones de peaje donde sólo hubiera una cabina para no perjudicar la atención al usuario).

La aplicación o no del art. 44 ET en supuestos de cambio de empresario genera también incertidumbre sobre la licitud de alterar las condiciones de trabajo de quienes son objeto de transferencia, y no siempre es el empresario quien pretende efectuar los cambios. Tras una sucesión de empresa, los trabajadores absorbidos, que mantenían sus condiciones laborales, solicitan la aplicación de la jornada continuada de la que disfrutaban el resto de trabajadores, no sólo los de la empresa compradora, sino también los que provenían de antiguas absorciones. La **STS de 12 de enero de 2005,** I.L. J 37, confirma que el art. 44 ET da derecho a mantener las condiciones de trabajo, pero no a que se apliquen las que disfrutan los trabajadores de la compradora, al menos hasta que no se produzca el acuerdo previsto en el propio art. 44 ET, ya que este precepto admite la desigualdad de trato y no justifica el espigueo.

Por su parte, la **STSJ de Madrid de 18 de enero de 2005,** I.L. J 174, debe afrontar la siempre compleja cuestión del convenio colectivo aplicable en caso de cambio de adjudicatario de una concesión administrativa, habida cuenta de que el art. 44 ET no extiende su manto protector. En el supuesto de hecho el servicio que asumía la empresa entrante era mucho más amplio que el que había afrontado la empresa saliente; los trabajadores subrogados, según su contrato, debían regirse por el convenio de jardinería, mientras que para el empresario entrante el pliego de cláusulas remitía a otro convenio. La sentencia afirma que el convenio aplicable es el que corresponda legalmente y no el que señale la Administración, lo que indefectiblemente convertía al convenio de jardinería en la norma de referencia para los trabajadores subrogados a pesar de lo dispuesto en el pliego de cláusulas.

Sin perjuicio de esta situación, la subrogación en supuestos de concesión administrativa depende del pliego de cláusulas de condiciones. Si se produce esa subrogación, el nuevo empresario está vinculado por el pacto de fin de huelga entre los trabajadores y el anterior empleador, según la **STS de 14 de marzo de 2005,** I.L. J 432. La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 7 de marzo de 2005,** I.L. J 434, aclara que no se produce subrogación cuando al final de la contrata un ayuntamiento decide prestar un servicio previamente externalizado –limpieza– por sí mismo, ya que no le es de aplicación el convenio colectivo de la empresa saliente al no entrar en juego el art. 44 ET ni existir norma sectorial o convencional que lo imponga.

El art. 44 ET también fundamenta la pretensión del demandante en la **STSJ de Madrid de 24 de enero de 2005,** I.L. J 179. Tras su transferencia a la Comunidad de Madrid, un trabajador previamente al servicio del Ministerio de Justicia deja de percibir el plus de peligrosidad, penosidad y toxicidad. En virtud del art. 44 ET solicita el mantenimiento de ese complemento, pero el Tribunal considera probado que la cuantía de ese plus había sido integrada en el salario base por no ajustarse a la estructura salarial del convenio. Por consiguiente, y comoquiera que la cuantía se había reconocido, no procede la conservación del plus como complemento separado.

Por último, la **STSJ de Madrid de 17 de enero de 2005,** I.L. J 519, debía concretar los conceptos que han de integrar el salario durante los permisos retribuidos del art. 37 ET. En el supuesto de hecho los trabajadores percibían únicamente salario base, antigüedad y plus convenio (la estructura salarial del convenio colectivo), pero no determinados pluses previstos en otros pactos (de desplazamiento, de actividad y de productividad), pluses que sí les correspondían en la situación ordinaria de prestación de servicios e incluso en vacaciones, y por ello reclaman el percibo de estos pluses también en los permisos retribuidos. La sentencia entiende que esa pretensión debe prosperar en los dos supuestos del art. 37.3.f) ET (exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto) porque la ley exige que se mantenga el salario íntegro, pero no en el resto de permisos del art. 37.3 ET, en los que a falta de criterios legales el convenio colectivo tiene la misión de determinar la cuantía de la retribución, que puede no ser idéntica a la debida por los períodos de actividad.

4. EL CONVENIO COLECTIVO COMO NORMA

Si en otras crónicas el convenio colectivo gozaba de una posición estelar, en este período no se ha mostrado con tanta frecuencia. Los conflictos suelen producirse a partir de derechos concedidos a colectivos concretos, lo que origina demandas por presunto trato discriminatorio; se pretende, así pues, obtener una equiparación por arriba, para disfrutar de las mejores condiciones que el convenio reconoce a determinados trabajadores. No obstante, son habituales también los litigios sobre convenio colectivo aplicable. Precisamente, el convenio colectivo de aplicación a los trabajadores cuya labor consistía en acompañar a los alumnos al comedor, controlar el acceso al mismo y vigilar y atender a los niños durante la comida es el objeto de la **STS de 17 de marzo de 2005,** I.L. J 462. El TS considera que no es una actividad de enseñanza y formación no reglada, por lo que no se puede aplicar ese convenio colectivo, y tampoco es una actividad de hostelería. En consecuencia, esos trabajadores no se encuentran bajo el ámbito de cobertura de ningún convenio colectivo.

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de enero de 2005,** I.L. J 319, versa sobre un descuelgue salarial en el que concurren circunstancias particulares. En el ámbito de un convenio nacional las pequeñas y medianas empresas del sector habían suscrito un convenio extraestatutario para adecuar la materia salarial a sus circunstancias. Las tablas salariales de ese convenio fueron anuladas por el TS, y por ello se plantea si las empresas afectadas pueden proceder a aplicar la cláusula de descuelgue salarial del convenio nacional. El TSJ de Castilla-La Mancha entiende que sí, pero en las condiciones del convenio colectivo. Por tanto, no es de aplicación el plazo de prescripción de un año previsto en el art. 59 ET, sino el que fije la norma paccionada, aunque sea más breve, con objeto de evitar la inseguridad de los trabajadores afectados respecto de su salario.

En cuanto al contenido del convenio colectivo, la **STS de 25 de enero de 2005,** I.L. J 74, confirma que desde la Ley 11/1994 el convenio colectivo o en su caso el contrato se han convertido en las fuentes principales y de primer grado para el reconocimiento del derecho de promoción económica y de sus condiciones. Además, las **SSTS de 21 de**

diciembre de 2004, I.L. J 584 y **de 31 de enero de 2005,** I.L. J 97, reiteran la conocida jurisprudencia sobre el régimen jurídico de las mejoras voluntarias, que se rigen por la norma que las ha constituido. De este modo, y en virtud de la disponibilidad de derechos, los convenios posteriores pueden lícitamente reducir o suprimir determinadas ventajas sociales reconocidas a los jubilados y pensionistas, como advierte la **STS de 10 de febrero de 2005,** I.L. J 452. En cualquier caso, si nada se pacta el trabajador carece de derecho a rescate cuando se extingue su contrato de trabajo antes de actualizarse el hecho causante.

En el terreno de los principios de igualdad y no discriminación, es claro que el convenio colectivo, por su condición de norma jurídica, no ha de propiciar situaciones discriminatorias. Sobre esa base, la **STS de 1 de marzo de 2005,** I.L. J 467, sostiene que los trabajadores temporales no pueden merecer trato distinto respecto de ciertos beneficios, como el economato. Sin embargo, la **STS de 9 de marzo de 2005,** I.L. J 480, recurre a la diferencia entre el principio de igualdad y el de no discriminación para justificar la constitucionalidad de un precepto convencional que reconocía un complemento salarial a los trabajadores que permaneciesen un determinado tiempo en la empresa.

En este terreno de las diferencias no discriminatorias, las **SSTSJ de Madrid de 17** y **de 24 de enero de 2005,** I.L. J 171 y J 180, se pronuncian acerca del convenio colectivo de un ayuntamiento que fija para los trabajadores con contrato de inserción un salario inferior al previsto para el resto del personal laboral. El Tribunal entiende que tal diferencia de trato es razonable porque esos trabajadores carecen de la "cualificación y de la experiencia laboral que les sería exigible en el caso de ser seleccionados para otra modalidad contractual temporal". Por consiguiente, la sentencia admite que en virtud de las singulares características de su prestación de servicios una parte de los trabajadores se vea excluida de ciertas previsiones del convenio que afectan en principio a todos los trabajadores de la empresa, y que la mejora de la ocupabilidad es una válida justificación de esa diferencia de trato. Conviene recordar que la STS de 28 de octubre de 2003 (recurso de casación 113/2002) admitió la exclusión de los profesores de religión del convenio colectivo del personal laboral de la Comunidad Autónoma de Madrid en virtud de la singularidad del colectivo, lo que da fe de que la eficacia general del convenio colectivo estatutario cuenta con excepciones.

La condición de norma jurídica del convenio colectivo otorga un considerable valor a sus omisiones en la determinación del régimen jurídico de determinadas modalidades contractuales. La **STSJ de Extremadura de 17 de enero de 2005,** I.L. J 169, así lo pone de manifiesto; de partida, confirma que la retribución de un contrato para la formación se fija en el convenio colectivo o, en su caso, en el contrato. En esa tesitura, llega a la conclusión de que si el convenio colectivo únicamente recoge la retribución de los aprendices menores de dieciocho años, y no prevé nada para los mayores de edad, y el contrato no se pronuncia sobre ese particular, los contratados para la formación mayores de edad tienen derecho a la retribución del puesto que ocupen.

Por supuesto, no hay obligación de que el convenio colectivo establezca las mismas consecuencias para supuestos análogos, pero no idénticos; esa regulación no merece reproche alguno, como se desprende de la **STS de 8 de marzo de 2005,** I.L. J 204. Los demandantes pretendían equiparar las consecuencias entre el traslado forzoso por falta de aptitudes psicofísicas y la movilidad por amortización del puesto de trabajo, a pesar de que el convenio colectivo de RENFE establece un régimen jurídico diferenciado. Son situaciones distintas con efectos económicos también diversos a tenor del convenio, y por ello el régimen jurídico dependerá de la concreta modalidad, lo que implica, en el supuesto enjuiciado, que el trabajador trasladado forzosamente por falta de aptitud no tenga derecho a la indemnización por kilometraje prevista en el convenio para la movilidad forzosa por amortización.

5. LEY Y CONTRATO DE TRABAJO

Escasas novedades pueden reseñarse en este apartado. Los problemas planteados reiteran soluciones conocidas, como se aprecia en las **SSTS de 25 de noviembre y de 3 y 9 de diciembre de 2004,** I.L. J 9, 259 y 306. Los profesores de Religión y Moral Católicas en centros públicos de EGB, Primaria y Escolar que prestan servicios para la Generalitat Valenciana solicitan la equiparación retributiva con los profesores interinos del mismo nivel educativo por aplicación del art. 93 Ley 50/1998. La pretensión fue resuelta en unificación de doctrina por las SSTS de 9 de abril de 2003 (recurso de casación u.d. 1550/2002) y de 27 de septiembre de 2004 (recurso de casación u.d. 5639/2003), a las que remiten las sentencias citadas. Por consiguiente, se afirma que el régimen retributivo instaurado por la Ley 50/1998 afecta a todos los profesores de religión contratados a partir de esa fecha, incluidas las renovaciones. El hecho de que en anteriores cursos escolares hubieran percibido una retribución superior es indiferente, ya que los derechos adquiridos sólo alcanzan virtualidad durante la vigencia de la relación laboral en la que nacen, relación laboral que finaliza con la extinción del contrato, aunque éste se renueve. Todo ello salvo que unilateralmente o mediante pacto se reconozca la ventaja durante la vigencia de la nueva relación laboral.

La Ley 50/1998, como se ha dicho, ordenó la equiparación retributiva entre los profesores de religión contratados con posterioridad a su entrada en vigor y los profesores interinos; pero la **STS de 19 de enero de 2005,** I.L. J 73, recuerda que esa equiparación no se produce de forma automática, sino progresivamente en cuatro ejercicios presupuestarios a partir de la entrada en vigor de la Ley 50/1998, período no concluido en el momento de la reclamación, y por ello no prospera la pretensión de los profesores demandantes.

La **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 21 de enero de 2005,** I.L. J 316, se ocupa nuevamente del problema de los trabajadores interinos al servicio de Correos tras su conversión en SA, que ya se detalló en crónicas anteriores. La demandante suscribió un contrato de interinidad el 2 de febrero de 2003, que se prolongó hasta el 9 de mayo de 2004, momento en el que finalizó el proceso de selección para cubrir la vacante. La sentencia entiende que la conversión en entidad privada de Correos supone la inaplicación de las reglas previstas para los entes públicos, y por ello el proceso de selección no puede

demorarse más de tres meses; en consecuencia, y a la vista de la duración del contrato en el supuesto de hecho, la extinción es calificada como despido improcedente.

La **STS de 10 de enero de 2005,** I.L. J 35, debe determinar la retribución aplicable a determinado personal médico que había suscrito un contrato para la formación como especialista con el Servicio Vasco de Salud, mediante el que desarrollaban un trabajo práctico como residentes y recibían una formación teórico-práctica para conseguir el título de especialista durante un máximo de cinco años. La demanda pretendía conseguir la aplicación de la retribución prevista para el contrato en prácticas (no inferior al 60 o 75 por 100 –en función del caso– del fijado en convenio para un trabajador que desempeñe el mismo o equivalente puesto de trabajo). La sentencia confirma que se trata de un contrato de trabajo, pero niega identidad con ninguna de las modalidades de contrato formativo. Además, advierte que la pretensión no puede estimarse porque no habría parámetro para modular el porcentaje retributivo, en la medida que no existe puesto de trabajo equivalente al de médico interno residente.

Tampoco es novedosa la doctrina sentada en la **STS de 25 de noviembre de 2004,** I.L. J 564. Como ya había advertido la STS de 11 de marzo de 2004 (recurso de casación u.d. 3994/2002) el incumplimiento empresarial genera un derecho de opción entre la indemnización por daños y perjuicios sobre bases civilistas o la extinción del contrato con derecho a la indemnización prevista en el art. 50 ET. Si se opta por esta última posibilidad la indemnización legal es tasada y no cabe su cuantificación al estilo de una indemnización civil. También en materia de indemnizaciones por extinción del contrato la **STSJ de Madrid de 28 de enero de 2005,** I.L. J 340, confirma la licitud del pacto en el que se fije una indemnización que exceda de la legal, incluso si se acuerda que esa superior cuantía compense todos los derechos del trabajador; ello supone que no podrá reclamarse posteriormente con éxito lo capitalizado en un plan de pensiones a cargo de la empresa. La solución, probablemente, viene mediatizada porque el cese se había producido de mutuo acuerdo.

La **STSJ de Cataluña de 11 de enero de 2005,** I.L. J 518, por su parte, se centra en el contenido del poder de dirección del empresario, y en concreto en la facultad de alterar las condiciones de prestación de servicios de una trabajadora que había suscrito un contrato a tiempo parcial para trabajar sábados y domingos. La empresa decidió ampliar su jornada unilateralmente, lo que obligaba a la trabajadora a desempeñar sus funciones también entre semana. El Tribunal estima que se trata de una decisión unilateral que excede los límites del *ius variandi* y que modifica las condiciones de trabajo de forma arbitraria y perjudicial para la trabajadora. La sentencia acude al art. 12.4 ET para declarar la ilicitud de cualquier sanción por la negativa de la trabajadora a aceptar la voluntad de la empresa, aunque no se producía en puridad la conversión de un contrato a tiempo parcial en un contrato a tiempo completo, sino meramente una ampliación de jornada.

Finalmente, la **STSJ de Cataluña de 24 de enero de 2005,** I.L. J 517, confirma que no es válido el pacto de no competencia para después de extinguido el contrato que no cumpla

los requisitos legales. En el caso concreto se había acordado una duración de dos años, tiempo excesivo habida cuenta de que la trabajadora no podía ser considerada como técnico –era peluquera–, lo que impide prolongar el pacto más allá de seis meses. Además, no se había previsto compensación económica ni tampoco se acreditó el interés industrial o comercial de la empresa; la flagrante vulneración del art. 21 ET implica la ineficacia de dicho pacto, como ya en su momento advirtió la jurisprudencia [por todas, STS de 10 de julio de 1999 (recurso de casación por infracción de ley 1079/1990)].

6. LA FUNCIÓN REGULADORA DE LA AUTONOMÍA INDIVIDUAL

La inherente casuística propia de los contratos de trabajo deriva en una lógica heterogeneidad. Ello supone, por un lado, que se combinen supuestos de hecho novedosos con problemas frecuentes en la doctrina judicial y, por otro, que algunas soluciones se vinculen de forma inescindible al concreto supuesto, sin posibilidad de extensión ni siquiera por vía analógica. Entre los primeros se encuentran los problemas derivados de la externalización de determinados servicios de Iberia, que hace ya un lustro motiva pronunciamientos del Alto Tribunal.

En efecto, desde las SSTS de 11 de abril de 2000 (recurso de casación u.d. 2846/1999) o 23 de octubre de 2001 (recurso de casación u.d. 804/2000) el TS ha debido reiterar en multitud de ocasiones que la descentralización del servicio de *handling* en Iberia no supone una transmisión de empresas en el sentido del art. 44 ET, sino una cesión contractual en la que la subrogación empresarial en los contratos de trabajo depende de la voluntad de los trabajadores y no de los empresarios cedente y cesionario. En ese contexto, las **SSTS de 21 de enero de 2005,** I.L. J 50, **de 31 de enero de 2005,** I.L. J 245, **de 7 de febrero de 2005,** I.L. J 142 y **de 15 de marzo de 2005,** I.L. J 471, dejan claro que es menester un análisis casuístico, porque el negocio no es en sí ilícito, y será válido o no en función de que el trabajador haya manifestado su aceptación. La **STS de 19 de enero de 2005,** I.L. J 58, añade que esta cesión es un acto anulable y que la acción prescribe por el transcurso del plazo de un año sin oposición del trabajador, en virtud del art. 59.1 ET.

También es conocido, pero no por ello frecuente, el supuesto de hecho de la **STS de 3 de febrero de 2005,** I.L. J 188. Conocido porque se trató en la crónica anterior, pero no frecuente, o al menos no previsiblemente frecuente, porque se mueve en unas coordenadas muy estrechas. Los estatutos de "Espigol, Cooperativa Valenciana" establecían que para la resolución de las controversias debía acudirse a un arbitraje de equidad, a cargo de tres personas designadas por la propia cooperativa, lo que podría suponer una renuncia previa de los cooperativistas a la vía judicial por el solo hecho de pertenecer a la cooperativa. Las SSTS de 13 y 20 de diciembre de 2004, I.L. J 2350 y 2305, no admitieron esa renuncia, con una argumentación ciertamente particular. La STS de 3 de febrero se remite a ellas, y llega a la conclusión de que el arbitraje de equidad previsto en la legislación autonómica no es indispensable para acceder a la vía judicial. Sin embargo, la argumentación es menos alambicada porque en este procedimiento no se había probado la existencia de cláusula compromisoria en los estatutos.

7. CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

La misma existencia de la condición más beneficiosa provoca frecuentes conflictos por el deseo de los trabajadores de conservar las ventajas de las que han venido disfrutando. Así sucede en la **STSJ de Madrid de 17 de enero de 2005,** I.L. J 181; los trabajadores pretendían mantener una pausa de veinte minutos dentro de la jornada –pausa para el bocadillo– sin rebaja salarial, aunque con la obligación para algunos de ellos –no todos– de prolongar en ocasiones su jornada con el fin de proceder al cierre del centro de trabajo. La sentencia califica esa situación como condición más beneficiosa que no puede ser suprimida unilateralmente por la empresa, y advierte que el convenio colectivo, a pesar de haber reducido la jornada global, no permitía la absorción y compensación porque preveía expresamente el mantenimiento de las condiciones más beneficiosas.

En otros supuestos, sin embargo, las ventajas no cumplen los requisitos para consolidarse en una condición más beneficiosa, como se aprecia en las **SSTS de 24 de enero de 2005,** I.L. 443, y **de 14 de marzo de 2005,** I.L. J 492. En la primera de ellas un sindicato solicita que se mantengan como condición más beneficiosa las cuantías de la compensación económica por gastos de desplazamiento y comida previstos en la antigua Normativa Unilateral dictada por el empleador, pues la nueva Normativa Unilateral las reducía. El TS niega que se trate de una condición más beneficiosa, y la califica como una decisión unilateral de la empresa sujeta al *ius variandi*; la propia empresa había informado a los trabajadores de que la compensación por desplazamientos sería modificada tras cada revisión salarial con tendencia a rebajar su coste. A la postre, el TS entiende que de estimar la pretensión daría lugar al espigueo, pues la Normativa Unilateral contenía más previsiones que la retribución por gastos de desplazamiento y comida.

En la segunda, los trabajadores de una empresa de limpieza veían modificado su horario en época estival, que se adaptaba al horario del personal universitario. En un momento determinado, y ante la implantación de un nuevo sistema de acceso a las dependencias universitarias que posibilitaba la entrada en todo momento, se requiere el cumplimiento del horario normal también en verano, a lo que se oponen los trabajadores alegando la existencia de una condición más beneficiosa. La sentencia rechaza la pretensión, pues entiende que el cambio de horario no se debía a la voluntad de la empresa, sino a una imposición de la Administración motivada por el sistema de acceso a las dependencias. Cuando éste se modifica y se flexibiliza desaparece tal imposición y es posible el cumplimiento del horario ordinario, por lo que ninguna condición más beneficiosa se había generado.

La **STS de 23 de febrero de 2005,** I.L. J 272, debe resolver un conflicto sobre la retribución debida en un supuesto muy particular. Un trabajador del Instituto de Crédito Oficial había suscrito un contrato indefinido bajo la denominación de contrato como trabajador de libre disposición, con unas condiciones especiales que le situaban fuera del convenio colectivo. El tribunal entiende que el trabajador tenía un contrato ordinario con particularidades, que cualquiera de las dos partes podía resolver (las especialidades), por lo que

despojado de ellas el contrato no se extinguía, sino que se convertía en laboral común. El nuevo convenio colectivo extinguió las particularidades de esos contratos, y el trabajador reclamó el mantenimiento de su retribución anterior, a pesar de la conversión de su relación laboral. La sentencia deniega la pretensión y entiende que resueltas las especialidades del contrato el trabajador tiene derecho al salario previsto en convenio, aunque sea inferior, porque la ventaja no partía de un pacto individual o de una decisión individual, no era una condición más beneficiosa, sino que se originaba en el propio convenio colectivo; y el convenio posterior puede modificar el anterior en virtud del principio de modernidad.

Iván Antonio Rodríguez Cardo

II. TRABAJADOR

Sumario*:

Consideración preliminar. 1. Presupuestos configuradores de la relación de trabajo. *A) Presupuestos sustantivos.* a) Actividad voluntaria. b) Actividad retribuida. *c) Actividad dependiente.* d) Actividad por cuenta ajena. B) Presupuestos adjetivos: inclusiones y exclusiones. **2. Supuestos incluidos.** A) Trabajadores a domicilio. B) Contratos de grupo. C) *Relaciones laborales de carácter especial.* a) Alta dirección. b) Servicio del hogar familiar. c) Penados en instituciones penitenciarias. d) Deportistas profesionales. e) Artistas en espectáculos públicos. f) *Mediadores mercantiles sin asunción de riesgo.* g) Minusválidos. h) Estibadores portuarios. D) Otros. **3. Supuestos excluidos.** A) Relaciones funcionariales y estatutarias. B) Prestaciones personales obligatorias. C) Administradores sociales. D) Trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad. E) *Trabajos familiares.* F) *Mediadores mercantiles con asunción de riesgo.* G) Trabajos de colaboración social. **4. Zonas grises.** *A) Transportistas.* B) *Personal contratado en Administraciones Públicas.* C) Autónomos. D) Profesiones liberales. E) *Socios empleados.* F) Arrendatarios y aparceros. G) Toreros. H) Religiosos. I) Trabajadores extranjeros. *J) Otros.* **5. Noción de trabajador en el sistema de Seguridad Social.** A) Trabajador por cuenta ajena. a) Familiares. b) Extranjeros. B) *Inclusiones por asimilación. a) Socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas.* b) Conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares. c) Personal civil no funcionario al servicio del Estado. d) Personal civil no funcionario al servicio de la Administración Local. e) Laicos y seglares que prestan servicios en instituciones eclesiásticas. f) Trabajadores al servicio de entidades benéfico-sociales. g) Personal contratado al servicio de Notarías, Registros de la propiedad y otros centros similares. h) Funcionarios en prácticas. i) Funcionarios del Estado transferidos a las CCAA. j) Miembros de las corporaciones locales. k) Consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas. l) Otros. C) *Exclusiones.* a) Servicios amistosos, benévolos o de buena vecindad. b) *Servicios que dan lugar a la inclusión en un Régimen Especial.* c) *Actividades excluidas del sistema de Seguridad Social.* **6. Trabajadores sometidos a la jurisdicción española.**

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

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica analiza las sentencias recogidas en los números 1-4 (2005) de *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 1 a J 588) en torno al concepto de trabajador.

1. PRESUPUESTOS CONFIGURADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

A) Presupuestos sustantivos

c) Actividad dependiente

– **STS de 14 de marzo de 2005** (recurso de casación para la unificación de doctrina 2208/2004), I.L. J 414.

1. El caso contemplado atañe a la relación del actor con una compañía aseguradora, la demandada, en calidad de perito tasador de automóviles. Desde 1989, aquél acude todos los días al centro de peritaciones, lugar donde se le hace entrega de una carpeta con las órdenes de las visitas que debe realizar en la jornada y donde deposita las peritaciones realizadas el día anterior. Un jefe de peritos imparte las órdenes correspondientes cuando lo estima necesario, unas veces de forma individual, otras en una reunión conjunta con todos los peritos tasadores. Consta asimismo que el actor realiza, sin ayuda de terceros, las peritaciones dentro de la zona que le era asignada, sin estar autorizado para rechazar encargos, y sujeto a la supervisión de un inspector de la empresa demandada que podía rechazar los informes. Por lo demás, el demandante debe solicitar las vacaciones al jefe de peritos y, en la actividad diaria, no ficha a la entrada y salida; percibe su retribución por honorarios fijados unilateralmente por la aseguradora; todos los peritos tienen a su disposición un ordenador para cuyo manejo se les han impartido tres cursos. Estas relaciones han sido calificadas como no constitutivas de contrato de trabajo. Aunque la sentencia de instancia considera que la relación establecida entre las partes es laboral, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid rechaza tal apreciación y aplica una excepción de incompetencia de jurisdicción.

2. Tras constatar el requisito de contradicción entre la sentencia recurrida y la aportada de contraste (soluciones contradictorias ante situaciones de hecho sustancialmente iguales), el Tribunal Supremo reitera la doctrina establecida en su Sentencia de 8 de octubre de 1992. Según ésta, la actividad de valoración de daños realizada por los peritos tasadores de seguros es susceptible de ser desarrollada tanto en régimen laboral (contrato de trabajo) como en régimen de ejercicio libre (arrendamiento de servicios), en función de si la empresa emplea para ello recursos personales propios o recurre a peritos colaboradores externos o a sociedades de peritación. La elección entre una y otra posibilidad corresponde a las partes, con la particularidad de que la línea divisoria entre una y otra opción se

sitúa en una circunstancia concreta: la integración o no en el círculo rector y disciplinario del empresario, es decir, la concurrencia o no de la nota de dependencia. Dicho lo cual, el Tribunal analiza el supuesto de hecho enjuiciado y destaca los siguientes aspectos: el actor debía acudir diariamente a la empresa y realizar las tasaciones que se le ordenaba, sin que tuviera la facultad de rechazarlas, ni la de imponer su criterio cuando era diferente de la del jefe de peritos; la empresa asignaba las zonas de trabajo y retribuía los servicios prestados mediante el pago de sumas por ella unilateralmente establecidas; las vacaciones las fijaba el jefe de peritos de la empresa. La concurrencia de todas estas circunstancias determinan, a juicio del Tribunal, la existencia del rasgo de dependencia que el artículo 1.1 ET exige para calificar como laboral una relación jurídica entre partes.

3. En lo sustancial cabe compartir el razonamiento y el fallo de la sentencia. En efecto, los numerosos indicios de subordinación del perito frente a la empresa aseguradora dificultan sobremanera la negación de la existencia de una relación laboral. Sin embargo, un aspecto de la argumentación suscita ciertas dudas. La sentencia proclama que la actividad en cuestión puede desarrollarse en un marco laboral o como un arrendamiento de servicios; y añade que la elección entre una y otra queda en manos de las partes, lo cual no es del todo cierto. Quiere decirse que, como es sabido, la naturaleza de un determinado vínculo contractual no depende de la calificación que se le dé, sino de los rasgos concretos que la caractericen.

2. SUPUESTOS INCLUIDOS

C) Relaciones laborales de carácter especial

f) Mediadores mercantiles sin asunción de riesgo

– **STSJ de Baleares de 7 de febrero de 2005** (recurso de suplicación 615/2004), I.L. J 342.

1. La actora reclama la calificación como laboral de la relación que su marido mantenía con la empresa demandada. El trabajo de su marido consistía en exhibir y visitar futuros clientes inmuebles para su venta así como la "captura" de nuevo inmuebles. Su remuneración consistía en una comisión por las operaciones realizadas y un fijo mensual. En diciembre de 2001, el vendedor tuvo un accidente de tráfico en su moto cuando regresaba a su casa tras mostrar a unos clientes uno de los inmuebles. Como consecuencia del accidente el vendedor falleció. En ese momento iba con él un compañero de viaje. Al día siguiente de su fallecimiento el empresario llevó la agenda del fallecido a la casa de su viuda. El marido de la actora no estaba dado de alta en el sistema de Seguridad Social a pesar de que la empresa le había facilitado una tarjeta de presentación con su propio nombre y que utilizaba los impresos de la empresa para consignar los datos de los inmuebles. La pretensión de la demanda se centra en la declaración de la existencia de una relación laboral entre el difunto y la entidad demandada y su derecho a estar de alta en la Seguridad Social hasta la fecha de su fallecimiento.

2. El Juzgado de lo Social declara como laboral la relación existente entre el fallecido y la empresa "y su derecho a estar dado de alta en el sistema de Seguridad Social en el momento de su fallecimiento". Por su parte, el TSJ de Baleares recuerda cómo "la jurisprudencia ha delimitado el contrato de trabajo de otras figuras de naturaleza análoga fijando la nota diferencial, no en la prestación de un servicio por cuenta de otro ni en la percepción de una remuneración a cambio, sino en la existencia de dependencia (...) elemento este que no se equipara con una subordinación absoluta al empresario, bastando para que sea apreciable con la inserción del sujeto en el ámbito organicista y rector de la persona para la que realice la labor". Por lo demás, el Tribunal entiende, siguiendo la doctrina elaborada por el TS, que "la presunción que impone el artículo 8.1 LET obliga, cuando no puede precisarse con exactitud si los servicios prestados constituyen un arrendamiento de servicios regulado por el Código Civil o un contrato de trabajo ordenado por el Estatuto, a inclinarse por la aplicación de este último". Considera, en consecuencia, que "en el supuesto litigioso se hallan presentes todas las características definitorias de la relación laboral (...) concurren los rasgos capitales de ajenidad y retribución, siendo de notar que el pago de una remuneración periódica y de cuantía estable parece lógico que debía corresponderse con el desempeño de una actividad prestacional continuada, no esporádica (...) (y concurre) el elemento de la dependencia ya que el difunto no desarrollaba su actividad con libertad y autonomía organizativa plenas". No en vano, "la circunstancia de que el fallecido llevara a cabo su labor sin sumisión a horario ni en días determinados no desvanece el elemento normativo de la dependencia (...) pues (como ha señalado el TS) la dependencia no exige ya la presencia física del trabajador en las instalaciones empresariales con sujeción a una horario determinado ni siquiera tampoco la exclusividad en la prestación del trabajo contratado".

3. La sentencia del TSJ que se comenta toma como referencia constante la doctrina del TS en materia de ajenidad y dependencia para llegar a la conclusión de que en el caso de autos la relación es laboral. Una calificación con la que se ha de coincidir toda vez que los hechos que se consignan en la misma obligan a tal consideración. La inexistencia de contrato o de alta en Seguridad Social no es más que una patología lamentablemente extendida en el mundo laboral que impone una incursión en los vínculos reales entre quien presta su trabajo y quien da las órdenes respecto del mismo. Pues bien, en este caso, datos como la libertad de horario, el desplazamiento en vehículo propio, la retribución en parte por comisiones, etc., no son suficientes para desnaturalizar la relación laboral. Prevalecen otros como la capacidad para dar instrucciones, el sometimiento a las mismas, la parte de retribución fija independientemente del éxito o fracaso de las ventas, etc., para otorgar tal calificación. Puntos de referencia obligados si se tiene en cuenta la evolución de los representantes de comercio en los últimos años. Tras establecer el artículo 2.1.f) LET la laboralidad para aquellos que no asumieran el riesgo y ventura de las operaciones y excluir a los que sí lo hicieran, la jurisprudencia centró su atención en el rasgo de la ajenidad como elemento principal de delimitación. Pero la Ley 12/1992 sobre contrato de agencia enturbiaría este resultado haciendo perder fuerza al rasgo de la ajenidad al permitir que en el ámbito del contrato de agencia se pacte la no asunción del riesgo de las operaciones sin que, por ello, la relación pueda ser calificada como laboral. De ahí que, a

partir de entonces, adquiera un significado particular el rasgo de la dependencia que sólo ha de considerarse excluida cuando el representante actúe en términos de independencia "circunstancia esta que ha de entenderse concurrente en aquellos supuestos en que, al asumir dichas funciones, queda facultado para organizar su actividad profesional y el tiempo que fuera a dedicar a la misma, conforme a sus propios criterios, sin quedar sometido, por tanto, en el desenvolvimiento de su relación, a los que pudiera impartir en tal aspecto la empresa por cuya cuenta actuare" (STS de 2 de julio de 1996). Línea de solución que ha seguido fielmente la sentencia objeto de comentario al analizar la existencia o no de dependencia en el supuesto de hecho objeto de conflicto. Obsérvese, por último, que la estrategia procesal seguida ha sido la reclamación de la calificación como laboral de la relación así como la obligación del empresario de, en su caso, abonar las cuotas a la Seguridad Social desde que se inicia la relación y no la calificación como accidente *in itinere* de aquel en el que fallece el trabajador, objetivo último, a buen seguro, de la demandante.

3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

E) Trabajos familiares

– **STS de 11 de marzo de 2005** (recurso de casación para la unificación de doctrina 2109/2004), I.L. J 535.

1. El Juzgado de lo Social de instancia había estimado la demanda de la compañera del demandado, por despido, declarándolo improcedente, con las consecuencias legales de rigor. Declaraba probado que la actora había venido prestando servicios para el empresario demandado desde varios meses atrás, ostentando la categoría profesional de camarera y salario mensual bruto con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias de 903,93 euros, no habiendo sido suscrito contrato de trabajo escrito en ningún momento, ni habiendo sido dada de alta la actora en la Tesorería General de la Seguridad Social. El compañero de la actora figuraba dado de alta como autónomo desde varios años antes, en que comenzó a regentar el denominado "Pub XXX", en la localidad, firmando el correspondiente contrato de arrendamiento del local en el que se ubicaba dicho negocio y figurando, por ello, él únicamente como titular del mismo. La actora atendía a los clientes pero en la administración del negocio contaba con un limitado poder de disposición. Habiendo cesado la explotación del Pub XXX, se produjo solución de continuidad en la prestación de trabajo por parte de la actora, hasta tanto que el demandado inició la explotación de la Cafetería ZZZ, en la misma localidad, pero en distinto local, asimismo bajo la titularidad única de aquél y en las mismas circunstancias de limitado poder de disposición de la camarera.

Consta probado que entre las partes del pleito se ha mantenido durante unos diez años una relación sentimental y de convivencia no matrimonial, de cuya unión nació una hija, habiéndose producido posteriormente la separación de la pareja. Durante estos diez años, ha habido convivencia en una vivienda propiedad del demandado. Debido a la convivencia mantenida entre las partes, la actora ha figurado como autorizada en la cuenta núm. xxx, de titularidad del demandado, poseyendo tarjetas de crédito vinculadas a dicha cuenta, habiéndose realizado efectivamente por aquélla disposiciones de la misma.

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos) desestimó el recurso de suplicación del demandado, admitiendo por tanto la existencia de una relación laboral pese a la convivencia *more uxorio* entre las partes.

2. Contra la sentencia de suplicación se interpone recurso de casación para unificación de doctrina, invocando como sentencia recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 16 de mayo de 2000. La Sala Cuarta del Tribunal Supremo admite la contradicción sustancial entre las sentencias contrastadas y estima el recurso por medio de la siguiente fundamentación:

> "(...) La disputa jurídica que se suscitó en el recurso de suplicación y que resolvió la sentencia recurrida en primer término se situaba en torno a la determinación de si la mera unión de hecho –que nadie discute que existía entre demandante y demandado en el proceso por despido– con vida, domicilio e incluso una hija común, constituye un trabajo familiar excluido, salvo prueba en contrario, del concepto de laboralidad, llegándose a la conclusión de que desde un punto de vista civilístico y de seguridad social, no cabe extender esa mera unión de hecho hasta el concepto de matrimonio, figura que es la expresamente incluida en el precepto. Doctrina que cabe aquí compartir, tal y como ha dicho esta Sala a propósito del percibo de prestaciones por desempleo en la Sentencia de 24 de febrero de 2000 (recurso 2117/1999), al excluir la unión *more uxorio* de los supuestos que contempla el artículo 1.3.e) del Estatuto de los Trabajadores, pues no cabe aplicar en este caso la analogía con el matrimonio. Así, se afirma en esta sentencia que 'la convivencia de hecho o *more uxorio* no encaja dentro del tipo legal contemplado en el artículo 1.3.e) del ET. Es cierto que en el caso de autos hay convivencia entre la actora y el empresario, sin embargo está ausente la condición de familiar. La norma se está refiriendo cuando habla de familia a la nacida del matrimonio; no prevé la convivencia *more uxorio*. Esta Sala en sus Sentencias de 14 de abril y 17 de junio de 1994 y el Tribunal Constitucional en la de 25 de abril de 1994, en relación al alcance del artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social y Orden de 13 de febrero de 1967, en supuestos en que se planteaba la extinción de una pensión de viudedad de beneficiaria por la mera convivencia marital con otra persona, ya precisó lo antes dicho, al decir que no surgiendo de las uniones de hecho el derecho a una pensión de supervivencia, al ser necesario en todo caso el requisito del matrimonio, tampoco puede provocar la extinción del derecho legítimamente alcanzando dicha convivencia, pues se podría llegar a la absurda situación de que una persona se viese privada de su pensión de viudedad sin poder llegar a obtener otra a la muerte de aquella con la que hubiese convivido'. Por esa razón, aplicando esta doctrina al caso aquí enjuiciado, es claro que la sentencia recurrida en ningún caso infringió el referido precepto, que fue justamente interpretado.
>
> (...) Resuelto ese primer problema jurídico, la sentencia recurrida llega a la conclusión, como antes se dijo en el primero de los fundamentos de esta sentencia, de que entre la demandante y demandado, con independencia de los personales vínculos antes descritos, se dan las notas características de la relación laboral por cuanto que concurren las que se desprende del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, precepto que también se

denuncia por el recurrente como infringido, pues entiende el recurrente que no existieron nunca tales notas de ajenidad y dependencia, lo que nos ha de conducir en este momento al análisis de la posible laboralidad de la relación concreta que en este supuesto se nos ofrece, examen jurídico que no se agota con, en este supuesto, la lectura de la letra e) del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, sino que en todo caso, ha de partirse siempre de la concurrencia de las notas generales que han de confluir en todo contrato de trabajo, teniendo en cuenta siempre que las exclusiones del número 3 del artículo 1 ET no son *numerus clausus*, como se evidencia de la propia letra g) del precepto, con arreglo al que se excluye también 'en general, todo trabajo que se efectúe en desarrollo de relación distinta de la que define el apartado 1 de este artículo'.

(...) Por eso resultaría incompleto en el supuesto hoy analizado detenerse exclusivamente en el análisis de la existencia de un vínculo familiar equivalente al matrimonio como excluyente de la existencia de la relación laboral que la demanda por despido necesita como soporte, sino que ha de analizarse el resto de elementos de hecho configuradores de la relación existente entre las partes para llegar justamente a la solución contraria a la que llegó la sentencia recurrida.

(...) Tal y como consta en hechos probados y en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia con valor de tal, la demandante, además de convivir con el demandado en las condiciones ya dichas, figuraba como autorizada en una cuenta corriente de la que era titular el demandado, sobre la que disponía de tarjetas de crédito vinculadas a la misma con las que hizo gastos de distinta naturaleza (hecho séptimo de la sentencia de instancia) y no consta que percibiese remuneración por la actividad desarrollada. Por el contrario, del relato de hechos probados se desprende que esa comunidad de vida, extendida también a la actividad común de hostelería que llevaban a cabo juntos, en modo alguno suponía la existencia de una ajenidad en la posición de la demandante ni una dependencia o incorporación al ámbito organizativo o directivo del demandado.

(...) Como factores que confluyen en la inexistencia de ajenidad y dependencia, cabría decir que si la demandante estaba sujeta a vínculo laboral con el demandado, no se explica que cuando cesó la primera empresa explotada en la actividad el 28 de febrero, no hubiese algún tipo de reclamación por despido o por salarios por parte de la actora o, al menos, que se inscribiese como demandante de empleo. Este hecho, además, es valorado jurídicamente por la sentencia de instancia cuando da por terminada lo que allí se entiende como una primera relación de trabajo precisamente en esa fecha, y acoge como fecha inicial del nuevo contrato el inicio de la actividad en el nuevo local arrendado el 1 de mayo siguiente. Del mismo modo, se compadece mal con la nota de dependencia y subordinación –que comprende facultades disciplinarias propias del ámbito rector y organizativo del empresario– el hecho de que la demandante en el mes anterior –septiembre de 2003– a la ruptura de la convivencia se marchase durante nueve días de la localidad en la que se encontraba la cafetería en la que pretendidamente trabajaba para el demandado y éste no adoptase ningún tipo de medida, ni siquiera interesándose por los motivos de la ausencia o de advertencia ante el supuesto incumplimiento. No había por tanto incorporación al círculo organizativo y rector del empresario.

> (...) Por último, la nota de ajenidad ha de ser puesta en relación con todas las circunstancias anteriores para llegar a la conclusión contraria a la que se obtuvo en la sentencia recurrida, pues no cabe entender que los frutos del trabajo de la actora ingresaran en el patrimonio exclusivo del demandado, sino que existía al menos una cuenta de la que disponía la demandante para atender diversas atenciones de la unión y de la hija común, repartiéndose así de hecho los beneficios a favor de los elementos de esa vida común, y no del demandado como empresario".

3. Llama la atención la valoración pormenorizada de los hechos que lleva a cabo la Sala casacional, como si de un órgano jurisdiccional de instancia se tratase. Opera en este caso, sin embargo, el sentido intuitivo de los magistrados componentes de la Sala, porque ninguna de las valoraciones jurídicas llevadas a cabo para desmerecer la ajenidad y la dependencia son concluyentes, en cuanto que se basan sobre suposiciones (no reclamar la actora al término de una relación laboral distinta, no reclamar el demandado ante un abandono temporal de la actora, etc.) La enseñanza de interés, empero, radica en aceptar plenamente la existencia de relación laboral entre quienes conviven *more uxorio*, sin otra exigencia que la concurrencia de los presupuestos sustantivos (actividad voluntaria, retribuida, dependiente y por cuenta ajena) como tiene lugar en la relación entre personas sin ningún tipo de relación similar de convivencia.

F) Mediadores mercantiles con asunción de riesgo

– **STSJ de Extremadura de 27 de enero de 2005** (recurso de suplicación 756/2004), I.L. J 170.

1. El demandante percibía una remuneración mensual media de 3.000 euros y, además de concertar directamente pólizas, tenía encomendada la tarea de captar agentes, su formación, apoyo y control en la zona de Don Benito. Los viernes liquidaba en Badajoz la producción efectuada por los agentes a su cargo.

2. Se plantea en la sentencia el extremo relativo a la declaración de la naturaleza del contrato existente entre las partes y, en consecuencia, la competencia social o no para decidir sobre el mismo. Se ha de partir de que el contrato de agencia es aquél por el que las partes se someten a unas prestaciones semejantes a las del contrato especial de trabajo de representantes de comercio, si bien, según la Ley 12/1992, de 27 de mayo (artículo 1), el contrato de agencia se caracteriza porque, sin perjuicio de que el agente pueda o no asumir el riesgo y ventura de la operación, está dotado de una manifiesta independencia, pues el agente es un intermediario independiente y se añade en la Ley (artículo 2) que no se considerarán agentes a los representantes y viajantes de comercio dependientes. Esta dependencia se presume que existe cuando quien se dedique a promover actos u operaciones de comercio no pueda organizar su actividad profesional, ni el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios. Ahora bien, de ello no puede derivar que para afirmar la independencia se haya de probar la existencia de una absoluta y total libertad en la realización de las labores de intermediación, al margen de cualquier orden o control de la empresa por cuenta de la

que actúa. Ello se deduce de que el agente se encuentra obligado también a rendir cuentas y a someterse a las instrucciones y órdenes generales del empresario, y de que la Directiva 85/653 CE de 18 de diciembre de 1986 no la exige en esos términos. La independencia se acredita cuando la persona se encuentra facultada para organizar su actividad profesional y el tiempo que fuera a dedicarse a la misma, conforme a sus criterios, sin quedar sometido en el desenvolvimiento de su relación a los que pudiera impartir la empresa a tal respecto.

Si bien ello es punto de partida, se añade como tema de debate que las funciones de reclutamiento, entrenamiento, supervisión y motivación de agentes tienen un carácter accesorio o instrumental para el desarrollo de la principal de producir un volumen satisfactorio de negocios, de acuerdo con la cuota anual convenida entre el supervisor de agencia y la compañía. Se trata de una actividad colectiva en la producción, preparada, dirigida y controlada por el demandante, de modo que la función de supervisión no se ha configurado como una relación jurídica independiente de la producción de seguros, ni la ha excluido, sino que se trata de la situación jurídica de un grupo de personas coordinado por el demandante, reclutado, entrenado y controlado por el mismo, que tiene una posición cualificada.

El hecho de que haya utilizado medios materiales de la compañía y haya compartido servicios de sus empleados administrativos y de que tuviera presencia diaria en un centro de la misma, no altera el carácter mercantil del vínculo y la consiguiente incompetencia de jurisdicción del orden social.

3. Se presenta la nota de la independencia, caracterizante del contrato de agencia, frente a la dependencia propia del contrato de trabajo, en un contexto gris, de producción de seguros y de preparación, dirección, control y supervisión de otros colaboradores, cuya total actuación, en cuanto colectiva, no refleja algo extra-mercantil, independiente de ésta, y adicional, lo que no resulta necesario en el contrato de agencia, sino que, más bien, lo extralimita, sin que sea instrumental al mismo. La multiplicación de tareas a cargo del demandante, habla de una dualidad de relaciones, sean las dos mercantiles o una laboral y otra mercantil, o de una mixtificación de la relación jurídica en la que se excede el mero contenido de la concertación de seguros. Que en el resultado se detecte como prevalente una u otra actividad, es algo distinto a la estimación de que la tarea de buscar, formar, coordinar y dirigir a otros colaboradores sea propia y natural de la actividad de la producción de seguros.

– **STS de 13 de diciembre de 2004** (recurso de casación para la unificación de doctrina 5126/2003), I.L. J 263.

1. Se trata de un agente de seguros que compatibilizaba su actividad con otra dedicación, siendo esta última la principal, y percibía de aquélla ingresos o comisiones por producción de nuevos clientes en cuantía inferior al salario mínimo interprofesional (SMI). Si a tales ingresos se suman los derivados del mantenimiento y gestión de la cartera de clientes, los ingresos totales rebasan la cifra del SMI. Se trata de saber si debe ser dado de alta en el RETA, como cursó la TGSS, o no.

2. Según la jurisprudencia del TS (SSTS de 29 de junio de 2004, 19 de noviembre de 2002 y 9 de diciembre de 2003) el tema del alta en seguridad social de los agentes de seguros y

de los subagentes de seguros, tiene solución distinta, pues mientras a éstos, que son colaboradores de los agentes, se les ha reconocido en ciertas condiciones la naturaleza laboral del vínculo contractual, para los agentes no es necesario acreditar la habitualidad en el trabajo que desarrollan y, por ello, no es aplicable el sistema de indicios de esa habitualidad (STS de 29 de octubre de 1997) en relación con el nivel de ingresos superior o no al SMI. El agente tiene un contrato de agencia, que supone la asunción de una actividad de promoción de manera continuada y estable, lo que no se da en el caso de los subagentes. Si el agente de seguros desempeña una actividad de manera continuada y estable debe entenderse que en todo caso el trabajo desarrollado por el mismo cumple el requisito de la habitualidad (artículo 2.1 Decreto 2530/1970 de 20 de agosto), por lo que no es necesario acudir al sistema de presunción de habitualidad obtenida del ingreso de un nivel de remuneraciones. Esa habitualidad se desprende de la propia normativa que regula el contrato de agente de seguros. No es preciso analizar el alcance de los ingresos del agente para decidir sobre la habitualidad, estabilidad o continuidad en el ejercicio de la actividad, si bien existen excepciones a ese automatismo entre la actividad de agente de seguros y alta en el RETA, pues si el agente de seguros no trabaja con esas características de continuidad y estabilidad, podría pensarse en exigir la prueba de la habitualidad derivada de la percepción de unos determinados ingresos. Si bien los ingresos del demandante, por comisiones no superaban el SMI, la suma de ellos con los derivados del sostenimiento de cartera, obligan a entender lo contrario, esto es, que superaba el umbral indiciario de habitualidad y, por ello, el agente debió de ser encuadrado en el RETA.

3. No se puede identificar la causa con el efecto, ni deducir aquélla de éste, de manera que si alguien es calificado de agente de seguros, no se puede inducir que trabaje con habitualidad, aunque en el concepto de tal se requiera la prestación del trabajo de manera continuada y estable, porque la calificación puede ser errónea o derive fundamentalmente de otras notas. Eso es lo que ha venido a decir la jurisprudencia, al estimar que si no concurren esas circunstancias, se puede llegar demostrar la habitualidad a través de medios probatorios consistentes en el nivel de percepción de ingresos.

Es razonable que se sumen los ingresos de comisiones y los del sostenimiento de la cartera, pero ello mismo refleja que el agente de seguros puede tener una actividad no sólo no principal, sino no habitual e incluso económicamente no relevante.

4. ZONAS GRISES

A) Transportistas

– **STSJ del País Vasco de 10 de enero de 2005** (recurso de suplicación 2347/2004), I.L. J 391.

1. El actor está dado de alta en el RETA y en el IAE, siendo su actividad la de transportista de paquetería para lo que cuenta con una furgoneta con peso máximo autorizado

de 1.532 kilos. La empresa "Chronoexpres, SA" se dedica al transporte de valijas disponiendo para tal actividad con personal propio, tanto administrativo como conductores, si bien cuando necesita ayuda contrata conductores autónomos con vehículos propios para su actividad. Así lo hizo con el actor con quien no firmó contrato alguno que fijara los términos en los que iba a desarrollar su tarea de transporte de valijas. El actor comenzó a realizar las tareas de transporte de valijas asignadas por la empresa iniciando su prestación a las 7.15 h, haciendo un descanso a las 11.00 h y efectuando la ruta en sentido inverso a partir de dicha hora para entregar las valijas en la empresa al final de su horario. Lo hacía con uniforme de la empresa y con el vehículo de su propiedad rotulado con los anagramas y logotipos de la empresa por lo que el actor cobraba una cantidad en concepto de publicidad. La empresa abonaba al actor una cantidad previamente pactada entre ambos por cada paquete o valija transportada de manera que al final de cada mes el actor emitía una factura con IVA por el importe total de los paquetes y valijas transportados durante el mes correspondiente. En marzo de 2004, la empresa remite una carta a los veinticuatro transportistas autónomos de la delegación manifestándoles que si desean seguir prestando servicios en la empresa deberán suscribir un contrato con la misma. El actor no contesta a la carta y unos días más tarde recibe otra en la que se le comunica que la relación existente queda resuelta, actuación contra la que reclama el actor por despido nulo o, en su caso, improcedente.

2. El Juzgado de lo Social acepta la excepción de incompetencia de jurisdicción por entender que la relación contractual que vincula a las partes no es de naturaleza laboral sino mercantil. La consideración del TSJ del País Vasco parte de una premisa, basada en la jurisprudencia dictada por el TS en esta materia, y es que "el artículo 1.3.g) LET es una disposición que introduce un criterio de distinción entre el contrato de trabajo y el de transporte que no figuraba en la legislación precedente y ese elemento diferenciador se presenta en la ley como una concreción de las notas generales de ajenidad, dependencia y retribución salarial, de modo que a partir de la entrada en vigor de la Ley 11/1994 el intérprete que se enfrenta con el problema de la calificación de relaciones de servicios de transportistas queda liberado en principio de la apreciación pormenorizada de la concurrencia de estas notas generales...(basta con apreciar) si el medio de transporte utilizado en el desarrollo de la actividad no exige para su realización la previa obtención preceptiva de la concreta autorización administrativa". Puesto que, de acuerdo con el peso máximo autorizado del vehículo, al conductor no le resulta exigible ser titular de la oportuna autorización administrativa es necesario examinar la concurrencia de las notas que caracterizan la relación como laboral. Para concluir, el TSJ del País Vasco, que "tales notas aparecen clara e inequívocamente perfiladas". Así "la dependencia o sumisión al ámbito rector y organizativo del empresario claramente se advierte si tenemos en cuenta que era la empresa demandada la que fijaba las rutas que diariamente debía seguir el trabajador, marcaba el horario al que el mismo estaba sujeto a la hora de realizar el trabajo encomendado, le imponía la obligación de llevar uniforme y llevar rotulado en el vehículo de su propiedad el anagrama de la empresa, le obligaba a desarrollar su cometido de acuerdo con el manual de procedimiento de la propia compañía". Por otra parte, "la ajenidad o apropiación de los frutos derivados del trabajo del demandante se percibe si reparamos en que aquél realizaba su actividad como repartidor en beneficio directo y exclusivo de la demandada, que es una empresa dedicada a la actividad de transporte de valijas y la responsable frente a sus clientes del

buen fin del servicio, no asumiendo el demandante el riesgo y ventura de las operaciones en que intervenía, ni siendo tampoco titular de ninguna organización empresarial propia, limitándose a aportar su trabajo y el vehículo y como contrapartida la empresa sólo resultaba obligada al pago de las cantidades estipuladas por servicio, no al total de la ganancia obtenida por la actividad de transporte, sin que tal conclusión pueda quedar enervada por la circunstancia de que la retribución convenida fuera notoriamente superior a la fijada en el orden convencional de aplicación para los trabajadores por cuenta ajena que realizan funciones de conductor, pues, a nuestro modo de ver tal circunstancia lo que revela es la compensación de manera encubierta por parte de la empresa de otros conceptos inherentes al desarrollo de la actividad de transporte como los correspondientes al mantenimiento del vehículo, gastos de combustible, cargas fiscales y de Seguridad Social, etc." Por lo demás, "la retribución no pierde su naturaleza salarial porque se estableciera por unidad de obra, en función de los repartos realizados (pues) (...) la existencia de una retribución fija no es un elemento característico delimitador del contrato de trabajo respecto de otras figuras". Constituyendo, por último, un "indicio típico de laboralidad el hecho de la continuidad en el tiempo de trabajo para una sola empresa".

3. Como es sabido, desde 1986 se rompe la falsa separación entre el contrato de trabajo y el contrato de transporte basada en la propiedad o posesión del vehículo con el que se realiza la prestación. Esa apropiación del instrumento de trabajo o teoría de la ajenidad fundada en la titularidad de los medios de producción se quiebra con la STS de 26 de febrero de 1986 (sentencia de los mensajeros), a partir de la cual la aportación del instrumento de trabajo no altera la calificación como laboral de una relación en la que se aprecien los rasgos sustantivos propios del contrato de trabajo. "Ante contratos presentados por determinadas empresas como mercantiles, concertados con supuestos transportistas que, afiliados como autónomos a la Seguridad Social, prestan sus servicios con vehículo propio y con gastos de mantenimiento y uso del mismo a su costa, pero a pesar de ello no hacen sino realizar actividad propia de la empresa y no de ellos mismos, como es el reparto de la mercancía de la primera, dentro de una estricta sujeción a las órdenes y directrices de la propia empresa en cuanto a horario, zonas de distribución, rutas a seguir, siendo retribuidos con unas cantidades que, en realidad, vienen a compensar en la mayor medida, en cuanto a su cuantía, el esfuerzo personal del trabajador que, en ningún momento, viene a obtener un lucro que pudiese ser considerado como beneficio industrial, por pequeño que fuera", se impone la calificación como laboral y no como mercantil de la relación (STS de 3 de diciembre de 1991). Con la reforma de 1994, el artículo 1.3.g) LET efectivamente excluye del ámbito laboral a determinadas actividades de transportistas.Y ésta y no otra es la conclusión, pese al interesante debate generado tras la aprobación de este precepto, si se tiene en cuenta la solución alcanzada por la STC 227/1998 que subraya como elemento delimitador de laboralidad o extralaboralidad de esta actividad a las normas administrativas. Son éstas las que califican como empresario del transporte de mercancías por carretera a unos determinados transportistas y no así a otros para los que, en su caso, deberá seguir rigiendo la calificación como laboral en aquellas relaciones en las que pueda comprobarse que se aprecian las notas sustantivas de la misma. Pues bien, a esta misma conclusión llega la sentencia que se comenta que, tras un minucioso análi-

sis de los hechos, demuestra la existencia de ajenidad, dependencia, retribución y, por su puesto, voluntariedad. Se impone, pues, la competencia del orden social como consecuencia de la naturaleza laboral de la vinculación existente entre el transportista demandante y la empresa demandada, en los términos recogidos en la sentencia.

B) Personal contratado en Administraciones Públicas

– **STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de febrero de 2005** (recurso de suplicación 1121/2004), I.L. J 351.

1. Las trabajadoras que interponen el presente recurso de suplicación han estado prestando servicios para el Ayuntamiento de Albacete, en un caso desde el año 1995 siendo las contrataciones efectuadas a través de la bolsa de trabajo de graduados sociales que existe en el Ayuntamiento. En el otro caso, desde el año 1999 también se han venido sucediendo contrataciones por tiempo determinado bajo las modalidades de obra o servicio y de interinidad llevándose a cabo la primera contratación mediante la selección directa a través del INEM. Desde el año 2001, la contratación de las trabajadoras deriva de la superación de pruebas selectivas que se convocan por el Ayuntamiento entre aquellas personas enviadas mediante oferta genérica por el INEM y la Agencia Municipal. Debe decirse para el correcto entendimiento del supuesto de hecho que aquí se plantea que las contrataciones tenían lugar para atender el desarrollo de los denominados Planes Sociales de Empleo que mediante orden anual regula la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Los servicios que prestaban las trabajadoras, además de la gestión de los sucesivos planes sociales, consistían en gestionar otros planes de formación, integración y empleo, como por ejemplo, realizar gestiones relativas al Plan de Empleo para la mujer desempleada, que consistían en la realización de contratos y altas en la Seguridad Social, certificaciones de empresa para el desempleo, situaciones de IT y una larga lista de tareas realizadas por las trabajadoras, propias de su categoría, que se describen con detalle en los fundamentos de hecho de la sentencia. Por otra parte, igualmente se apunta la existencia de otros trabajadores en la misma Sección de Formación y Empleo del Ayuntamiento de Albacete, en concreto, un graduado social de plantilla y otros trabajadores temporales contratados para la gestión de determinados planes. Pues bien, al entender las trabajadoras que se ha venido produciendo una utilización fraudulenta de la contratación temporal, por haber sido contratadas en sucesivas ocasiones mediante la modalidad del contrato para obra o servicio determinado para atender al desarrollo de los ya mencionados Planes de Empleo que con carácter anual gestiona el Ayuntamiento de Albacete, interpusieron demanda contra dicho Ayuntamiento. La sentencia ahora recurrida en suplicación desestimaba aquella demanda absolviendo al Ayuntamiento de Albacete de las pretensiones ejercitadas en su contra.

2. En su sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha declara que la relación laboral que mantienen las trabajadoras con el Ayuntamiento de Albacete es de naturaleza indefinida. Ello porque en virtud de lo expuesto en los fundamentos de derecho de la sentencia que ahora se comenta, el desarrollo de los Planes de Empleo anuales por parte del Ayuntamiento constituye una actividad propia de la competencia de la entidad que se lleva a cabo de una forma permanente e ininterrumpida, con independencia de que las partidas presupuestarias para su gestión tengan periodicidad

anual. Así pues, habida cuenta de la naturaleza de la actividad para la que fueron contratadas, no resulta adecuada la modalidad temporal de contratación, sino que dichos contratos debieron ser de duración indefinida.

3. Hay en la presente sentencia dos aspectos que resultan de interés. El primero que destacaré es que junto a la ya clásica declaración de la naturaleza indefinida no fija de plantilla que tiene la relación que mantienen las demandantes con la entidad local, se suma en este caso una matización más, como es la de que dicha relación laboral indefinida es discontinua puesto que responde a una necesidad permanente pero de carácter intermitente o cíclico, es decir, a intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad. En referencia a esta particularidad en la declaración de la indefinición de la relación laboral, puede recordarse lo controvertido que resulta el régimen jurídico aplicable a estos contratos indefinidos no fijos de plantilla con una administración pública, en este caso con el Ayuntamiento de Albacete. Controvertida, por lo que se refiere a su extinción una vez se cubra la plaza por el procedimiento reglamentariamente previsto. La doctrina jurisprudencial ha sostenido hasta el momento que dicha cobertura justifica la extinción del contrato indefinido sin derecho a indemnización alguna en cumplimiento de una condición resolutoria. Sin embargo, dicha solución no ha estado por el momento exenta de problemas, y a ellos se sumarán en este supuesto, los derivados de su naturaleza discontinua que refuerza aún más ese carácter inestable que poseen estos contratos pese a la denominación "indefinidos" de los mismos. El segundo de los aspectos de esta sentencia de suplicación que me gustaría destacar se relaciona con el análisis del supuesto de hecho que habilitaría para la celebración de un contrato por obra o servicio determinado. Es de sobra conocida la doctrina jurisprudencial que ha venido declarando la licitud de la utilización de esta modalidad contractual para atender al desarrollo de programas de actuación temporalmente limitados de las Administraciones Públicas. La propia sentencia se remite a ella, pero igualmente recuerda que tras la Ley 12/2001 se introdujo la posibilidad de extinguir los contratos de trabajo por causas objetivas en el caso de contratos por tiempo determinado concertados por las Administraciones Públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes o programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignación presupuestaria o extrapresupuestaria anual, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate. Y es precisamente la existencia de esta previsión legal [artículo 52.e) ET], la que matiza la anterior doctrina. De hecho, la jurisprudencia ha señalado que la admisión de la modalidad temporal no es absoluta ahora sino que se encuentra condicionada a que la actividad desarrollada no pueda adquirir naturaleza permanente. Por ello, el Tribunal llega a la conclusión de que es irrelevante el hecho de que la actividad esté sujeta en este caso a una dotación presupuestaria anual, a los efectos de calificar la permanencia o la temporalidad de la actividad en cuestión. Lo que debe examinarse es si, como ocurre en el supuesto presente, la ejecución en sucesivos años del denominado Plan de Empleo, constituye una actividad permanente del Ayuntamiento, por razón de su naturaleza y contenido o por el contrario se trata de una actividad, en palabras de la Sala, "puramente episódica y temporal, que justificaría la utilización de la contratación temporal para atender a su gestión". Y a este respecto, es

claro que entre las materias que son competencia del municipio se encuentra la prestación de servicios sociales de promoción y de reinserción social y que es en el ámbito de esa competencia en el que se desenvuelven los mencionados Planes de Empleo.

E) Socios empleados

–STS de 3 de febrero de 2005 (recurso de casación para la unificación de doctrina 647/2004), I.L. J 188.

1. Se trata de dilucidar si la figura del socio trabajador de una cooperativa de trabajo asociado con sede social en Valencia, y en consecuencia regulada por la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana (Ley 8/2003, de 24 de marzo), considerada unitariamente, puede ser objeto de protección por el orden social cuando entra en conflicto con la sociedad cooperativa en la que desarrolla su actividad laboral. En este caso en concreto se trata de un socio trabajador que es dado de baja de la cooperativa por causas económicas y decide demandar a la sociedad ante el juzgado de lo social correspondiente. Se da la circunstancia de que el artículo 123.1.b) de la citada LCCV, contempla el "arbitraje de derecho o de equidad" para resolver los conflictos entre socios trabajadores y sociedad cooperativa. El problema es determinar si este sistema previsto por la ley autonómica debe ser considerado como un procedimiento extrajudicial de solución de conflictos que debe ser agotado para acceder a la jurisdicción social.

2. En primera instancia el Juzgado de lo Social correspondiente no admite la demanda por considerar que no se ha agotado la vía extrajudicial previa, decisión que es recurrida por el socio trabajador ante la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana que entiende que la vía jurisdiccional es la que debe resolver el conflicto devolviendo las actuaciones nuevamente al Juzgado de lo Social. Presentado el recurso de casación para la unificación de doctrina la representación legal de la sociedad cooperativa aporta como sentencia de contraste una resolución del mismo TSJ de la Comunidad Valenciana en la que se adoptó una decisión en sentido contrario sobre una cuestión sustancialmente igual, por lo que el ponente decide entrar en el fondo del asunto. Así, refrenda la solución alcanzada por la STSJ coincidiendo en los razonamientos jurídicos con los ofrecidos por otras SSTS de 11 de octubre de 2004 y 13 de diciembre de 2004 para supuestos de hecho semejantes. De esta manera se reconoce la solicitud del socio trabajador de la sociedad demandada pese a no haberse sometido a la vía arbitral porque conforme al artículo 2.ñ) LPL se atribuye a la jurisdicción social el conocimiento de "las cuestiones litigiosas que se promuevan (...) entre las sociedades cooperativas de trabajo asociado (...) y sus socios trabajadores por su condición de tales", competencia que igualmente reconoce la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas de aplicación general a todo el ámbito estatal. Por otra parte, el artículo 24.1 CE reconoce un "derecho-facultad" de tutela judicial efectiva, es decir, el derecho que asiste a todo sujeto a acudir a los tribunales para proteger sus intereses. Por su configuración, este derecho no es incompatible con el recurso al sistema de arbitraje siempre que "se muestren de acuerdo en ello ambas partes". De manera que como tal acuerdo no existe en el caso a resolver, se admite el derecho del socio trabajador a solucionar su conflicto como titular de tan singular relación a través de la vía jurisdiccional que le ofrece el orden social.

3. Con el pretexto de aclarar una cuestión procesal se aportan datos de interés para una figura límite, al menos en la regulación vigente, entre el ordenamiento laboral y el mercantil: la del socio trabajador de las cooperativas de trabajo asociado. En primer lugar, resulta de enorme interés que la LPL declare su competencia para resolver conflictos nacidos entre el socio trabajador y la sociedad cooperativa por su "condición de tal", término impreciso para la imprecisión de un régimen tan cercano al laboral para referirse a los conflictos que surjan en la dimensión de prestador de servicios del socio trabajador. Por otra parte, quisiera llamar la atención sobre la problemática que genera la convivencia de la regulación autonómica, sumamente prolija y la regulación estatal que con tanta eficacia ha sido aplicada al presente supuesto.

J) Otros

– **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 21 de febrero de 2005** (recurso de suplicación 134/2005), I.L. J 460.

1. En reclamación de despido, el Tribunal Superior de Justicia confirma la sentencia de instancia entendiendo que no ha existido tal ruptura empresarial de la relación contractual sino extinción de este vínculo, durante el período de prueba, por la no superación de la misma. Quedó probado que el actor, desde noviembre de 2003 hasta la fecha de su contratación laboral, venía realizando colaboraciones esporádicas con la empresa en forma de artículos y fotografías, que le eran abonadas cuando resultaban de interés para la empresa, lo que sirvió al demandante para argumentar que con anterioridad a la celebración del período de prueba ya había concertado un vínculo laboral previo, de modo que al celebrar el segundo contrato, en el que se pactó efectivamente el período de prueba, ya existía una relación laboral verbal, de modo que su desconocimiento implicaría una renuncia de derechos *contra legem* y la ilicitud de la propia prueba concertada.

2. La Sala, confirmando la fundamentación del juzgador *a quo*, desecha tales argumentos, razonando que del relato fáctico no se desprenden las características propias de la relación laboral con anterioridad a la celebración del contrato temporal sujeto a prueba, puesto que en la colaboración periodística llevada a cabo no aparece reflejada la nota de la dependencia. Efectivamente, consta que en ese primer período el trabajador no estaba sujeto a horario ni a jornada, ni tenía rendimiento alguno fijado, ni en consecuencia tenía garantizado ningún tipo de retribución periódica. Por el contrario, el actor entregaba a la empresa esporádicamente y sin estar sometido a obligación regular de ningún tipo colaboraciones periodísticas en forma de artículos y fotografías y la empresa era libre para aceptarlas o no, abonando únicamente las que consideraba oportunas. En este sentido hay que recordar que la materia de los colaboradores de prensa ha sido abordada en distintas ocasiones por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, destacando su naturaleza casuística, que hace difícil la apreciación de la identidad fáctica necesaria para la unificación de doctrina (sentencias de 14 de diciembre de 1998, 6 de abril de 2000, 23 de mayo de 2001 o 10 de junio de 2002, a título de ejemplo), si bien en los supuestos abordados por dicha Sala la resolución ha variado en función de las circunstancias que permiten

apreciar la existencia de una mayor o menor subordinación, en función esencialmente de la concurrencia de un poder de dirección empresarial que imparta órdenes, fije criterios y temas para la realización de reportajes o fotografías y establezca pautas temporales y de rendimiento para la entrega del material (Sentencias de 15 de febrero de 1991 o 31 de marzo de 1997), lo que aplicado al supuesto de autos obliga a decidirse por la extralaboralidad del vínculo.

3. Otro ejemplo de la insatisfactoria aplicación del presupuesto sustantivo de la dependencia a la hora de determinar la naturaleza laboral del vínculo contractual. Porque siendo doctrina jurisprudencial pacífica y reiterada que las denominadas formas de exteriorización de la dependencia (horario, jornada, salario fijos o regulares, etc.) no son indispensables para que la dependencia se manifieste en sentido jurídico, a tenor del artículo 1.1 LET, sin embargo son esas mismas formas de exteriorización las que se manifiestan a la hora de resolver las dudas que plantean los casos concretos. Brilla por su ausencia, una vez más, un esfuerzo adicional –quizá desatendido por el propio trabajador– a efectos de comprobar si dicho demandante podía rechazar el trabajo encargado por el grupo editorial –lo contrario carece de valor definitivo– y si un trabajo mal realizado que, por ejemplo, hubiera puesto en peligro el prestigio o la solvencia del grupo empleador habría dado a éste poder para ejercitar una facultad sancionadora.

5. NOCIÓN DE TRABAJADOR EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

B) Inclusiones por asimilación

a) Socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas

– **STS de 21 de abril de 2004** (recurso de casación para la unificación de doctrina 1948/2003), I.L. J 303.

1. Se trata de resolver el recurso de casación para la unificación de doctrina presentado por el INEM contra la resolución de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 27 de febrero de 2003, por la que se reconocía el derecho del demandante originario a la prestación por desempleo. En el caso concurren las siguientes circunstancias: el actor se asoció con otras dos personas para constituir una sociedad de responsabilidad limitada, repartiéndose el capital social al 33 por 100 cada uno de los socios. Igualmente se establecía en la escritura de constitución que los tres socios actuarían como administradores solidarios al tiempo que prestarían sus servicios como trabajadores de la sociedad de la que son propietarios. Posteriormente entra en la sociedad un cuarto socio que adquiere el 40 por 100 de las participaciones, quedando el resto de los socios, incluido el actor, con la titularidad de un 20 por 100 cada uno y renunciando todos ellos a sus cargos de administradores solidarios, pasando el nuevo socio a ocupar el de administrador único. En este momento se da el giro lógico conforme al cual el administrador único delega en los otros tres socios amplios poderes para que de forma solidaria cada uno de ellos pueda realizar una serie de funciones especificadas en escrituras y que se corresponden en efecto con las labores de administración.

2. El INEM aporta en su recurso una resolución del TSJ de Madrid de 15 de marzo de 2001 en la que, ante un supuesto sustancialmente idéntico, no reconoció el derecho a la prestación por desempleo del demandante. Concurriendo contradicción en el caso, el ponente entra a analizar el fondo del asunto para terminar reconociendo que en efecto, no cabe reconocer el derecho a la prestación por desempleo del actor por entender que, pese a ser socio minoritario, el hecho de que pudiera ejercer poderes tan amplios que implican el ejercicio de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad supone que posea el control efectivo de la sociedad conforme al apartado 1 de la Disposición Adicional Vigésima Séptima LGSS. Igualmente concluye el ponente que, por estas mismas razones, ni siquiera le es aplicable el régimen de asimilación al alta previsto por el artículo 97.2.k) LGSS.

3. Se identifica automáticamente la posibilidad de ejercer los poderes descritos en las escrituras societarias con el ejercicio de control efectivo sobre la sociedad mercantil por parte del actor, lo que desde mi punto de vista resulta contradictorio en términos de eficacia si de hecho no se ha probado que el actor ejerció tales poderes, manteniendo además su posición minoritaria en el capital social de la entidad. Entiendo que sería necesaria la aportación de prueba del ejercicio efectivo de las facultades otorgadas para evitar la manipulación de estas situaciones y la privación de derechos generados por su contribución al sistema por parte de estos sujetos que poseen la doble condición de socios y trabajadores.

– **STSJ de Cantabria de 8 de febrero de 2005** (recurso de suplicación 21/2005), I.L. J 350.

1. En esta ocasión el tribunal debe resolver un proceso de despido iniciado por el actor contra la sociedad de responsabilidad limitada "Prisma Social y Cultural", dedicada a la actividad de publicidad. En el supuesto concurren las siguientes circunstancias: El actor, junto a otros cuatro socios, constituye la sociedad demandada, cuyo capital social de 3.400 euros representados por 3.400 participaciones sociales se divide entre las partes correspondiendo a uno de los socios, Rubén, 986 participaciones, al actor, 680 y al resto 578 participaciones cada uno. Asimismo, se designa al socio con mayor participación como administrador único de la sociedad. El actor es dado de alta en el RGSS y recibe una nómina mensual de 842 euros con prorrata de pagas extraordinarias por el ejercicio de labores de director de la entidad. En un determinado momento se le concede un poder para que ejerza determinadas facultades de representación de la sociedad. Finalmente se le da de baja en el RGSS lo que se concibe por el actor como un acto de despido no formal. Planteada la demanda de despido en primera instancia el Juzgado de lo Social valora la posición de socio-fundador minoritario del actor así como su encuadramiento en el RGSS y las funciones laborales ejercidas en la empresa como indicios suficientes para declarar la existencia de una relación laboral común y la improcedencia del despido. Ante esta resolución la sociedad demandada recurre al TSJ.

2. Resolviendo el recurso de suplicación la sentencia objeto de comentario viene a confirmar la decisión de instancia, apoyándose para ello en la doctrina ya consolidada del TS en

sentencias tales como las de 29 y 30 de enero de 1997, 19 de octubre de 1994, 11 de noviembre de 1997, entre otras. Conforme a la misma se admite en el seno de las sociedades mercantiles la convivencia de las relaciones laboral y societaria de un socio incluso dándose la circunstancia de que éste ejerza alguna de las funciones inherentes a la administración de la sociedad. En el presente caso se atiende al hecho de que el socio lo sea en posición minoritaria de manera que por sí solo no puede determinar la voluntad de la sociedad, y el de que no consta como probado el ejercicio de poderes que impliquen la representación de la sociedad, éstos unidos a su alta en el RGSS así como a la percepción de una nómina y a las funciones ejercidas en el desarrollo de su actividad profesional permiten al tribunal concluir la existencia de una relación laboral ordinaria que no resulta alterada por la existencia, a un tiempo, de una relación mercantil como es la del socio-fundador. Por esta razón reconoce igualmente la improcedencia del despido efectuado.

3. Resulta llamativo el interés de la parte demandada por destacar el carácter de socio-fundador del actor con independencia de su posición minoritaria en el capital social. Bajo mi particular punto de vista se trata de un elemento que puede ser tomado en consideración ya que en algunas ocasiones la autoridad que confiere la condición de fundador en un socio puede ser determinante a la hora de adoptar decisiones por el resto de sus compañeros, incluso cuando aquél lo sea minoritariamente. Pero la cuestión deviene de la autoridad que da la condición de fundador no de ésta de forma directa. Si tal autoridad y su influencia no está demostrada de nada sirve acentuar la doble condición del socio. Así pues, entiendo que en el presente caso se ha de aplicar la doctrina consolidada del TS y admitir la convivencia de relaciones asociativa y cambiaria en la medida en que ninguna de ellas parece interrumpir el libre desarrollo de la otra.

C) Exclusiones

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

– **STS de 24 de enero de 2005** (recurso de casación para la unificación de doctrina 363/2004), I.L. J 70.

1. Son hechos probados que el demandante viene prestando servicios como arquitecto para una Diputación Provincial y se encuentra, en consecuencia, dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social. Su jornada es de siete horas y media al día, con una presencia obligatoria desde las 9 a las 14 horas; el resto de la jornada lo realiza con libertad dentro de determinadas franjas horarias. Además, tiene autorizada la compatibilidad con la actividad privada de arquitecto. Paralelamente, el mismo actor es administrador de una sociedad de responsabilidad limitada dedicada a la promoción de edificaciones, de la que es titular en el 100 por 100 de las participaciones sociales; primero fue administrador único y, con posterioridad, pasa a ser administrador solidario con su hija con la que convive. Una resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social acuerda la procedencia del encuadramiento del actor en el RETA por entender que, junto a su condición de administrador de la sociedad mercantil, posee el control de la misma. El Tribunal Superior de Justicia de Valencia rectifica la sentencia de instancia que había estimado la demanda de

revocación del alta en el RETA; contra ella plantea el actor un recurso de casación para la unificación de doctrina.

2. La cuestión dilucidada gira en torno a la pertinencia o no del alta en el RETA del administrador de una sociedad que ejerce el control de ésta. Ante todo, el Tribunal Supremo constata la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la aportada de contraste en la que resulta decisivo que, a pesar del control de la sociedad, no constaba dato alguno que acreditara que la labor propia de su condición de administrador fuera realizada de forma remunerada. A partir de este punto, la sentencia se remite a la doctrina unificada fijada por el Tribunal en pronunciamiento de 7 de mayo de 2004. En él, se comparaban las diversas redacciones de la Disposición Adicional Vigésima Séptima LGSS en relación con el sentido que había de atribuirse al requisito de la actividad del administrador ejecutivo con el control efectivo de la sociedad. Así, si inicialmente se exigía retribución, remuneración u otra contraprestación por los servicios prestados, en la ahora vigente sólo se alude al desempeño a título lucrativo. Pues bien, se entiende que esta última expresión es más amplia que la de servicios retribuidos, de tal manera que quien dispone del control de la sociedad mercantil capitalista con la mitad o más de su capital y lleva a cabo en ella funciones de dirección y gerencia realiza tal actividad con la intención de obtener beneficios que en todo caso obtiene, aunque no haya retribución directa, como atribución patrimonial propia de la actividad empresarial. A mayor abundamiento, la citada sentencia precisa que la esencia de la actividad mercantil societaria se encuentra vinculada a la obtención de un lucro como elemento integrante del propio concepto, tal y como refleja el artículo 116 del Código de Comercio. Por todo ello, se concluye que el desempeño del cargo societario con carácter no remunerado no impide que se considere que la actividad se llevaba a cabo a título lucrativo, con la consiguiente aplicación de la Disposición Adicional Vigésima Séptima LGSS y su obligatoria inclusión en el RETA.

3. La problemática en torno al encuadramiento de los socios administradores y su tortuosa regulación cuentan aquí una nueva manifestación. En este caso, el aspecto conflictivo atañe a la previsión de que la actividad desempeñada por el socio debe serlo a título lucrativo. El criterio seguido por el Tribunal Supremo es el más restrictivo y acertado, en el sentido de que la difuminación de la nota de ajenidad tiene como consecuencia que resulte imposible separar la participación del socio de la suerte de la actividad empresarial.

– **STS de 27 de julio de 2005** (recurso de casación para la unificación de doctrina 2940/2005).

1. La sentencia analiza el supuesto de unos trabajadores que, habiendo estado afiliados y de alta en el Régimen General, han solicitado su encuadramiento en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar y que, asimismo, se declare su derecho a que se les aplique el coeficiente de reducción de la edad de jubilación que dicho Régimen Especial establece. Los trabajadores han venido desempeñando actividades administrativas en empresas de estiba y desestiba, realizando sus actividades sobre el muelle con la misión de organización del trabajo, dirección y control de esa actividad laboral por cuenta de empresas marítimas. La

empresa para la que se prestó servicios se encuentra incluida en el Censo de la Sociedad Estatal de estiba y desestiba del Puerto de Bilbao.

2. La sentencia que reitera la doctrina de la STS de 4 de mayo de 2005, recurso de casación para la unificación de doctrina 1546/2004, que entendió que procedía el encuadramiento de dichos trabajadores en el Régimen General de la Seguridad Social, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.a).6º RD 2864/1974, el Decreto 2309/1979 y el vigente III Acuerdo para la Regulación de las relaciones laborales del sector, aprobado por Resolución de 19 de noviembre de 1999. La argumentación se centra en el hecho de que el RD citado no establezca expresamente la inclusión por asimilación de los trabajadores administrativos de empresas de estiba en el RETM, frente a lo que sucede con otras empresas marítimas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.a).5º RD 2864/1974. En la interpretación de lo que haya de considerarse por estibador, considera la sentencia que ha de estarse, para las actividades desarrolladas antes de 2 de marzo de 1995, a lo que disponía el Decreto 2309/1970 y la Disposición Transitoria Segunda RD 2390/2004, si bien con la nueva norma reglamentaria aprobada ha de llegarse también a la misma solución. Tal criterio viene asimismo reforzado por lo dispuesto en el III Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales del sector que, al definir las actividades portuarias en su artículo 3, no incluye en dicho ámbito las actividades realizadas por los actores.

3. La sentencia deja definitivamente clarificado el encuadramiento de los trabajadores administrativos de empresas de estiba y desestiba, al entender que no procede su encuadramiento en el RETM por vía de aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 2.a) RD 2864/1974. Ello no obstante, aún se siguen produciendo fallos de TSJ que no se ajustan en su totalidad a dicha doctrina, como por ejemplo, la reciente STSJ del País Vasco de 22 de febrero de 2005, recurso 2403/2004, que ha entendido que no cabe otorgar diferente trato a los trabajadores administrativos de las empresas marítimas y pesqueras en relación con los de las empresas de estiba y desestiba, máxime cuando considera que las actividades realizadas por los actores se desarrollaban en el propio puerto, en la medida en que cooperan, dirigen o controlan la actividad de aquellos trabajadores que sí se dedican a la estiba y desestiba en sentido estricto.

c) Actividades excluidas del sistema de Seguridad Social

– **STS de 8 de marzo de 2004,** Sala Tercera (recurso de casación 5143/2001), I.L. J 289.

1. Se trata en vía contencioso-administrativa de que los trabajadores del Hipódromo de San Sebastián tengan el mismo trato que fue asignado a los trabajadores del Hipódromo de Madrid por Decreto 1382/1972, de 6 de mayo, con base en la previsión del artículo 7.6 LGSS, en el que se reconoce al Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y oídos los Sindicatos más representativos o el Colegio Oficial competente, a instancia de los interesados, la posibilidad de excluir del campo de aplicación de la seguridad social a las personas cuyo trabajo por cuenta ajena sea o pueda considerarse, en atención a su jornada o retribución, marginal y no constitutivo de medio fundamental de vida. En el Hipódromo de San Sebastián, según la parte recurrente, se vienen desarrollando pocas carreras al año, que fueron, las de 11 días en 1997, 15 días en 1998, y 15 días en 1999.

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social desestimó, por Resolución de 9 de marzo de 1999, la pretensión de que transmitiera al Consejo de Ministros la propuesta de exclusión del campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social (RGSS) a los colaboradores en día y temporada de caballos del Hipódromo de San Sebastián.

2. Decide la sentencia que la petición de la parte recurrente de que fuera reconocida su exclusión del campo del RGSS no puede ser adoptada directamente por el órgano jurisdiccional.

Añade que el artículo 7.6 LGSS contiene una potestad discrecional del Gobierno para la exclusión, que se ha de sujetar a ciertos requisitos, entre ellos, la marginalidad del trabajo por cuenta ajena, en función de la jornada y de la retribución, de modo que no pueda considerarse medio fundamental de vida. Pugnan, en concurrencia, la naturaleza discrecional de la potestad y el derecho a la igualdad de trato del artículo 14 CE.

Se decide en la sentencia denegar la pretensión de la parte recurrente, con base en la nueva configuración y significado legal de los contratos a tiempo parcial. El principio de igualdad de trato permite desigualdades que vengan establecidas con racionalidad justificada y sin arbitrariedad y cuando dicha justificación sea asumible desde elementos o parámetros de racionalidad. De este modo se ha de respetar la libertad de opción. Por el contrario la diversidad de trato será discriminatoria cuando no presente justificación alguna o esté ostensiblemente equivocada.

En cuanto al fondo de la argumentación se tiene en cuenta que, desde que se aprobó el Decreto 1382/1972, se han dictado disposiciones en orden a una mayor flexibilización de las formas de contratación, de modo que prácticamente todas las personas que tienen la condición de trabajadores por cuenta y dependencia ajenas, se benefician de la acción protectora de la seguridad social. En el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores (LET) se han ido adoptando medidas reformadoras (Ley 32/1984 de 2 de agosto, RD-Ley 15/1998, de 27 de noviembre) que han llevado a conjugar la realización de una jornada reducida con el alta y cotización –ésta también reducida– en el sistema de la seguridad social. Ha cambiado el concepto de contrato a tiempo parcial, de manera que se han regulado (RD-Ley 18/1993, de 3 de diciembre) los llamados "contratos marginales" con cotizaciones y prestaciones reducidas, que luego (Ley 63/1997, de 26 de diciembre y RD 489/1998, de 27 de marzo) pasaron a ser comunes a cualquier otro trabajador que preste el trabajo a tiempo parcial.

La normativa sobre el contrato a tiempo parcial (RD-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, Directiva 97/81 CE de 15 de diciembre, artículo 1 Ley 12/2001, de 9 de julio y RD 1131/2002) llevan a una nueva redacción de la Disposición Adicional Séptima LGSS, y a compatibilizar la contributividad del sistema de seguridad social con la igualdad de trato y proporcionalidad en el trabajo a tiempo parcial, de modo que se aplica al trabajador a tiempo parcial el principio de asimilación al trabajador a tiempo completo. Los contratos a tiempo parcial han venido a disponer de una mayor flexibilidad y se ha efectuado una

regulación de los contratos de fijos discontinuos que hacen que la decisión administrativa de denegación de la excepción a los trabajadores de que se trata, de la regla general, no sea lesiva del artículo 14 CE. La referencia del recurso a la comparación con el Decreto 1382/1972 es lejana y de contenido de base diferente al vigente.

3. El argumento del TS se muestra dotado de una lógica jurídico-formal intachable a lo que se une un elemento de lógica material que no se puede olvidar y es que la marginalidad o fundamentalidad de la prestación y del salario no se exigen en la normativa laboral aplicable (artículo 1.1 LET) donde cabe la diversidad de contratos de trabajo, en su duración y en su jornada, con admisión del pluriempleo tanto en jornada ordinaria como a tiempo parcial. El salario tiene el mismo concepto, requisitos y caracteres en cualquier tipo de contrato. La marginalidad de la contratación es un calificativo accesorio y carente de base legal segura, pues la ausencia de una retribución igual al SMI tiene que hacerse en homogeneidad de jornadas, sin que las comparaciones heterogéneas sean eficazmente posibles. Existen modalidades para la compatibilización de varios trabajos en jornadas parciales, a efectos de cumplir la obligación de cotizar (artículos 9 y 65 RD 2064/1995, de 22 de diciembre). La "marginalidad" del contrato por no superar una cierta jornada o una cierta duración, que venga a ser la "fundamental" del mismo, es un concepto subjetivo ajeno a la normativa que regula el contrato de trabajo, del que no puede derivarse trato distinto, excepción hecha de la calificación como contrato a tiempo parcial o fijo por tiempo indefinido, siendo posibles cualesquiera contratos en su duración y en su jornada, incluso compatibilizando el trabajo por cuenta ajena y el por cuenta propia, sin ninguna necesidad de justificación o de proporcionalidad interna.

Maravillas Espín Sáez
Jesús González Velasco
Miguel Ángel Limón Luque
Lourdes López Cumbre
María De Sande Pérez-Bédmar
Borja Suárez Corujo
Diego De la Villa De la Serna
Luis Enrique De la Villa De la Serna

III. EMPRESARIO

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Empresario. A) Responsabilidad solidaria del administrador de la empresa. **3. Grupo de empresas.** A) Responsabilidad solidaria de las empresas del grupo. B) Integración de los trabajadores de la empresa filial en la empresa matriz. **4. Contratas.** A) Diferencias con la cesión ilegal. B) Sucesión de contratas prevista en Convenio Colectivo. C) Responsabilidad solidaria de la empresa principal respecto de la retribución por vacaciones no disfrutadas. **5. Empresas de Trabajo Temporal.** A) Fraude legal en la reiteración de contratos de puesta a disposición para una misma empresa usuaria. **6. Cesión ilegal.** A) Cesión ilegal de trabajadores mediante contrata de obras o servicios. B) Efectos de la declaración judicial de cesión ilegal. **7. Sucesión de empresas.** A) Consentimiento del trabajador en supuestos de sucesión contractual. B) Determinación del momento de la transmisión. C) Caducidad de la acción por despido en supuestos de transmisión de empresas.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 1 a 4 de 2005 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1 a J 588) que afectan a materias relativas a la figura del empresario. Se analizan cuestiones ligadas a la determinación del verdadero empleador en supuestos de relaciones triangulares (contratas, cesiones y empresas de trabajo temporal) y grupos de empresas, así como las relativas a la determinación de los sujetos responsables y al alcance de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores en supuestos de sucesión de empresas. Las Sentencias del Tribunal Supremo analizadas pertenecen, casi en su totalidad, a la Sala Cuarta del mismo, si bien en aquellos supuestos en que la resolución objeto de crónica no perteneciese a la precitada, aparecerá reflejada la Sala correspondiente. Por otra parte, las sentencias dictadas en unificación de doctrina están indicadas con la abreviatura u.d.

2. EMPRESARIO

A) Responsabilidad solidaria del administrador de la empresa

La separación de los patrimonios de las sociedades y de sus socios es regla general del ordenamiento jurídico civil, que reconoce la existencia de personalidades jurídicas diferenciadas. En aplicación de dicha regla general, los socios y administradores de las empresas no responden personalmente de las deudas sociales y, particularmente, de las deudas que las empresas mantengan con sus trabajadores. No obstante, la demostración de la existencia de un fraude de ley permite, mediante la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, traspasar las sólidas fronteras de la personalidad jurídica de las sociedades, para responsabilizar a los socios o administradores, técnica que por constituir una excepción debe utilizarse de manera prudente y restrictiva; aparte de que por basarse en el principio de no presunción del fraude, la carga probatoria del mismo recae en todos sus extremos sobre quien la alega. En el ámbito laboral, la apreciación judicial del fraude requiere constatar la creación de una empresa aparente con el objetivo de ocultar y proteger el patrimonio del empresario real, supuesto de hecho que responde a los requisitos establecidos con carácter general por la normativa civil, en aplicación del artículo 6.4 CC: "la realización de una conducta que suponga la violación de una norma jurídica en cuanto contradiga su finalidad, y que la norma o ley de cobertura en la que se ampara esta conducta no proteja la finalidad perseguida por el actor", **STSJ de Cataluña de 31 de enero de 2005**, I.L. J 513.

Aunque el Tribunal considera empresario real a la administradora de la misma, y por tanto debiera considerarla responsable directa, termina por declarar la responsabilidad solidaria de la administradora al pago de las indemnizaciones reclamadas por los trabajadores demandantes. La condena de la administradora tiene en cuenta la existencia de una voluntad fraudulenta en la creación o utilización de la personalidad jurídica de las empresas, circunstancia que en el caso de autos se considera probada por la confusión de los patrimonios y domicilios de la empresa y de quien actúa como administradora de ésta. En concreto, la empresa "se constituyó en el año 1998, con un capital de 3.000 euros, subrogándose en los derechos y obligaciones laborales del negocio que había iniciado su esposo don L.M. hasta su fallecimiento en el año 1987, constituyendo la citada sociedad junto a sus dos hijas, no habiéndose aportado ningún tipo de patrimonio, coincidiendo el domicilio social con el suyo particular, siendo también titular de los contratos de suministros de agua, luz y teléfono, así como de los cargos de la actividad empresarial y los particulares, a excepción del suministro de gas, pagándose a la Sra. A. la renta del alquiler del local empresarial, habiendo suscrito ésta el contrato de préstamo de fecha 26 de enero de 2000 con el Institut Català de Finances para ampliar el negocio, siendo datos todos ellos que determinan la existencia de una confusión patrimonial y que Mupemec, SL, existe únicamente a efectos meramente formales y aparentes, ya que en la práctica quien ejercía como empresario real era la Sra. A., concurriendo, por consiguiente, elementos suficientes para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, y para declarar su condición de empresaria de las trabajadoras recurrentes (…)".

Con diferente aparato argumental, la **STSJ de Madrid de 8 de marzo de 2005,** I.L. J 363, condena a los esposos propietarios de un grupo de empresas a responder solidariamente por las deudas laborales de éstas. En dicho supuesto, no se considera preciso probar la existencia de fraude, pues se admite la lícita creación de las diversas empresas implicadas; sin embargo, en palabras de la sentencia, la responsabilidad solidaria "nace respecto de los trabajadores, *ex* artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores, al existir una comunidad de bienes para la que en fin prestan aquéllos sus servicios, aunque aparentemente los realicen sólo para una empresa en cuya nómina figuran, siendo por tanto todos los empleadores y respondiendo solidariamente frente a sus empleados", con lo que nuevamente se produce una cierta confusión entre responsables directos y solidarios. El Tribunal considera probado que "el actor ha prestado servicios, sucesivamente para distintas mercantiles cuya (...) es siempre la Sra. Rebeca, siendo ella y su esposo los propietarios de la demandada, así como de los locales donde se ubica el centro de trabajo, y de los bienes muebles con que se desempeña, por lo que en fin son los verdaderos empresarios siendo meramente instrumental la personalidad jurídica que sucesivamente y con distintos nombres se interpone como empleadora, por lo que todos ellos han de responder del despido (…)".

3. GRUPO DE EMPRESAS

A) Responsabilidad solidaria de las empresas del grupo

El artículo 1.2 ET reconoce la condición de empresario a quien efectivamente recibe la prestación de servicios realizada por un trabajador, siempre que en dicha relación contractual concurran las clásicas notas definitorias que, para la delimitación del ámbito de aplicación del ET, exige el artículo 1.1. La complejidad del tráfico jurídico posibilita que una pluralidad de personas físicas o jurídicas intervengan en el desarrollo de la relación de trabajo, adoptando alguno de los papeles tradicionalmente encomendados al empresario. Dicha realidad no resulta enteramente rechazada por el ordenamiento laboral que admite y regula fenómenos como la contrata y subcontrata de servicios o las empresas de trabajo temporal o, en ausencia de regulación legal específica, admite por vía jurisprudencial la circulación de trabajadores en el ámbito de un grupo de empresas, siempre que dicha situación no perjudique los intereses de aquéllos. Fuera de los anteriores supuestos, el legislador prohíbe expresamente la cesión de trabajadores *ex* artículo 43 ET, mientras que nuestros Tribunales tienen a bien condenar solidariamente a las personas físicas o jurídicas que administran las empresas o componen el grupo de empresas, como consecuencia de obligaciones derivadas de una relación laboral, cuando la constitución de la empresa o del grupo de empresas se realiza con un objetivo fraudulento o cuando, habiendo sido creados con lícito objetivo, se producen fenómenos de confusión de dirección, administración, patrimonio o plantillas.

En este contexto, se suceden numerosos pronunciamientos judiciales en torno a la responsabilidad de las empresas que forman parte de un grupo de empresas por las deudas que éstas mantienen con sus trabajadores, en los que, en ausencia de discusión sobre la existencia del grupo de empresas, el debate se centra en determinar la existencia de algu-

no de los elementos adicionales exigidos por la doctrina jurisprudencial. En concreto, la **STS de 17 de enero de 2005,** u.d., I.L. J 43, no aprecia contradicción entre los pronunciamientos judiciales sometidos a su consideración, considerando adecuada la condena solidaria de la empresa titular del 100% de las acciones de la empresa filial, resaltando que la sentencia recurrida "estima que concurre el requisito de la dirección unitaria de las empresas del grupo Napesa y de las empresas integradas en el grupo Berge, concretamente desde el 24 de marzo de 2000 en que cesó la administradora general única de tal Grupo y no fue nombrado nuevo administrador hasta el 24 de octubre siguiente, unidad de dirección que no constituyó un fenómeno puramente formal, sino que se materializó en una absorción de la actividad del grupo Napesa, hasta el punto de conformarse una confusión en la actividad entre ese Grupo y el Grupo Berge, siendo este último ordenador y director de la actividad del Grupo Napesa".

Por su parte, la **STSJ de Galicia de 26 de enero de 2005**, I.L. J 333, reiterando la doctrina jurisprudencial unificadora sobre la materia, concluye que existe responsabilidad entre las empresas demandadas al acreditarse la existencia de los siguientes elementos:

> "la existencia de una dirección unitaria, pues ante la situación negativa de Aplistone es Fadesa, a través de un ingeniero industrial de su plantilla y ahora es (…) de Aplistone quien realiza un informe de viabilidad de la empresa y se reúne junto al personal de Aplistone en las oficinas de Fadesa junto con los representantes de los trabajadores de aquélla, para negociar recolocaciones, así como ofrecer pagos a los trabajadores que quisieran marchar voluntariamente; existiendo frente a terceros una apariencia externa de unidad, si a ello le unimos que el hecho de que Fadesa ostenta 374 participaciones sociales en el capital de Aplistone y que ambas tienen el mismo domicilio, siendo el Sr. Baltasar, ingeniero de Fadesa, (…) de Aplistone, prestando servicios sino simultáneamente, al menos sucesivamente para ambas empresas, de que se impone la declaración de responsabilidad solidaria de ambas empresas demandadas".

B) Integración de los trabajadores de una filial en la plantilla de la empresa matriz

La constatación de que una pluralidad de empresas forman parte de un grupo de empresas no ha de producir efectos sobre las relaciones laborales que se desarrollan en su seno. Únicamente cuando a dicha existencia se adiciona una serie de elementos como el funcionamiento unitario, la confusión de plantillas o la creación de empresas aparentes sin sustrato real, cabe comunicar las responsabilidades laborales de las empresas del grupo. Distintas consecuencias impone la **STSJ del País Vasco de 18 de enero de 2005,** I.L. J 446, para quien la mera constatación de la existencia de un grupo de empresas determina la integración de los trabajadores de la empresa filial en la plantilla de la empresa matriz. La decisión judicial se justifica mediante la socorrida doctrina del levantamiento del velo, en esta ocasión sustentada en la tesis de que la empresa filial es meramente formal, pues bajo la apariencia de independencia únicamente se limita a realizar una parcela de la actividad de la empresa matriz. Siendo así, el Tribunal debiera haber debatido sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos por los artículos 42 y 43 ET, que sucesivamente determinan el

cauce normativo de la lícita subcontratación de obras y servicios y prohíben la cesión de trabajadores, únicamente permitido a las empresas de trabajo temporal. Por el contrario, la sentencia destaca, como elemento decisorio, el hecho de que 'Babcock Montajes, SA, se creara hace más de diez años [la empresa antecesora (…) se creó hace más de cincuenta años] y siempre ha estado sometida su gestión y actividad primero a 'Babcock Wilcox Española, SA' y después y actualmente a 'Babcock Borsing España, SA.'". Y además, mantiene permanentemente un altísimo porcentaje de trabajadores temporales, que en la actualidad es del ochenta por ciento. Todo ello casa mal con una empresa consolidada e independiente, pero se explica porque no es lo uno ni lo otro, sino un departamento más de 'Babcok Borsing España, SA'. La sentencia no tiene en cuenta datos como que el desarrollo de la actividad empresarial de la empresa filial se realice en las instalaciones de su propiedad, ni el hecho de que mantenga relaciones mercantiles con terceros o que regule sus relaciones laborales por el convenio colectivo del sector. Por el contrario, y sin adentrarse en argumentos demostrativos de la existencia de un fraude de ley, termina por sentenciar que si "a los aquí demandantes se les mantuviera al margen de la empresa dominante, ésta se vería libre de la carga social que aquéllos representan si hubieran de tomarse medidas de conflicto colectivo en una situación de crisis cronificada e irreversible a la que pudieran conducir los acontecimientos que vienen produciéndose durante los últimos años. En evitación de ello, el levantamiento del velo, en atención a todas las razones expuestas, ha de llevar al reconocimiento del derecho de integración en la empresa dominante".

4. CONTRATAS

A) Diferencias con la cesión ilegal

La dificultad de aplicación práctica del régimen jurídico laboral previsto para contratas y subcontratas de obras y servicios (artículo 42 ET) tiene su origen en la paralela dificultad de diferenciar este fenómeno de las cesiones de trabajadores declaradas ilícitas por el legislador laboral, salvo cuando la empresa cedente es una Empresa de Trabajo Temporal (artículo 43 ET). Con toda probabilidad, en esta materia, el problema más importante se produce cuando la contrata tiene por objeto la prestación de servicios en el marco de la empresa principal, situación en la que en la práctica resulta tremendamente complejo diferenciar entre un mero suministro de mano de obra y una descentralización de servicios plenamente lícita. En tales supuestos, la doctrina judicial recurre a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración de carácter complementario. La actuación empresarial en el marco de la contrata cobra a tales efectos una importancia decisoria, negándose la licitud del supuesto cuando la empresa contratista aporta la mano de obra sin ejercer los poderes de dirección propios del empleador, pero también cuando lo hace de manera meramente formal, ejerciendo como delegado de la empresa principal.

En ocasiones, la ilegalidad de la cesión de trabajadores en el marco de una contrata no queda desvirtuada por elementos formales como el hecho de que las empresas principal y contratista posean objetos sociales diversos, pesando más aspectos materiales tales como el que la actividad de las trabajadoras de la empresa contratista sea la de atender a los clientes de la empresa principal,

> "tomando nota de los pedidos, aclarándole las dudas y escuchando sus reclamaciones, funciones idénticas a las de los administrativos informáticos de dicha empresa que hacían junto con ellas ese mismo trabajo.
>
> A ello se añade que Estradel no ejercía dirección ni control alguno sobre tales operarias, haciéndolo el persona de Telefónica España, SA (…), lo que refuerza la tesis de la cesión ilegal" **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 31 de enero de 2005**, I.L. J 314.

En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Cantabria de 3 de febrero de 2005**, I.L. J 349, en el que además de la ausencia de utilización de los poderes de dirección se añaden otros elementos indiciarios:

> "Constituye, pues, un elemento indiciario la propiedad de los instrumentos de trabajo que los empleados deben utilizar que la contratista proporcione al empleado la ropa de trabajo y equipos individuales de protección, circunstancias no presentes en la contrata analizada, en que los medios productivos son de la empresa principal, el servicio se presta en las dependencias de ésta y sin diferenciarse de sus empleados, sometiéndose, incluso, al poder directivo de los mandos jerárquicos de la principal únicos que coinciden en el desempeño diario del servicio de los actores. Coincidiendo los actores con los empleados de la principal, únicamente (aunque el trabajo realmente ejecutado no se confunda con el desempeñado por los operarios de la principal), siendo los jefes de la contratista los presentes para resolver las cuestiones que puedan plantearse a los empleados que por su cualificación profesional de auxiliares administrativos no tiene capacidad decisoria, integrándose dicha actividad como complementaria de la principal, necesariamente debe atender a los presentes a diario, pues lo contrario equivale a la autonomía de un profesional sin facultad de mando, dentro de las instalaciones de la principal, si bien, por las características del servicio, las directrices serán sencillas genéricas, pero resueltas por la empresa principal, puesto que los mandos de la contratista no están presentes ni se relacionan habitualmente a diario, o con frecuencia similar con los actores. No es el hecho de que se contrate el servicio de administración posible, sino la falta de suministro del material y de organización empresarial interpuesta y real, propias de la empresa contratada, frente a la empresa principal, lo que determina que existe cesión ilegal en este litigio (…)"

B) Sucesión de contrata prevista en Convenio Colectivo

Como en otras ocasiones hemos señalado, en supuestos de contrata de determinados servicios, especialmente limpieza y vigilancia, la jurisprudencia española rechaza la aplicación del art. 44 ET en ausencia de transmisión de elementos patrimoniales, circunstancia habitual en tales supuestos por tratarse de actividades intensivas en mano de obra. Cerrada la posibilidad de subrogación empresarial *ope legis*, la sucesión de empresa puede producirse en aplicación de los correspondientes convenios colectivos, que tradicionalmente establecen acuerdos en esta materia. En tales supuestos, la aplicabilidad del pre-

cepto convencional queda condicionada por el ámbito del convenio colectivo, negándose todo efecto fuera de dicha esfera.

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 7 de marzo de 2005**, I.L. J 434, resuelve el debate de si un Ayuntamiento estaría obligado a subrogarse en el personal de limpieza de la adjudicataria de tal servicio al concluir la contrata, tras ser asumidas las labores de limpieza por el Ayuntamiento con su propio personal o por personal contratado al efecto. La sentencia, sin entrar a valorar la aplicabilidad del art. 44 ET, rechaza de plano dicha posibilidad, sosteniendo sucesivamente la ausencia de fuerza de obligar de la norma convencional con respecto a las relaciones laborales dependientes de la Administración local:

> "(…) la cuestión a dilucidar radica en determinar si el citado Convenio y por tanto la subrogación prevista en el mismo es también aplicable al Ayuntamiento que ha asumido el servicio de limpieza de la citada Residencia como sostiene la actora y el Juzgador de Instancia o por el contrario no resulta aplicable al Ayuntamiento citado Convenio como se afirma en el recurso; parece claro que un Ayuntamiento no es una empresa dedicada al servicio de limpieza aunque en las diversas dependencias y edificios de titularidad municipal se deban realizar labores de limpieza que puede gestionar directamente por su propio personal o indirectamente mediante contratas con empresas dedicadas precisamente a dicha actividad; pues bien no existiendo en sentido estricto en los casos de sustituciones de empresas en una contrata de limpieza un supuesto de sucesión empresarial a que se refiere el art. 44 ET del Estatuto de los Trabajadores y no viniendo por ello obligada la empresa entrante a subrogarse en las relaciones laborales de los trabajadores de la saliente salvo que exista una norma sectorial o convencional que lo imponga, y no resultando de aplicación el Convenio Colectivo antes citado al Ayuntamiento recurrente por no constar que formara parte de la asociación de empresarios de limpieza de Salamanca que negoció dicho Convenio cuyo ámbito funcional está referido en su artículo primero a las empresas dedicadas a la limpieza, abrillantado y pulimentado de edificios y locales de Salamanca y de su Provincia, se ha de concluir que no viene obligada la recurrente a subrogarse en la relación laboral de la actora (…)".

Por el contrario, y poniendo de manifiesto que la polémica sobre la aplicabilidad del artículo 44 ET no ha quedado totalmente resuelta, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 24 de enero de 2005**, I.L. J 123, profundiza en dicho debate recogiendo la doctrina comunitaria, concluyendo:

> "a) La mera sucesión en la actividad no determina la existencia de sucesión laboral.
>
> b) Para que exista sucesión laboral es preciso que, además de sucesión en la actividad, exista una sucesión en un conjunto de elementos organizados asociados a la actividad productiva que mantenga su identidad. Este conjunto de medios organizados puede consistir exclusivamente en la totalidad o mayor parte de la plantilla adscrita a la actividad.
>
> c) Cuando, abstracción hecha de la plantilla, existe sucesión en un conjunto de medios productivos organizados que mantiene su identidad, la empresa sucesora está obligada a hacerse cargo de la plantilla de la sucedida.

d) Cuando, por el contrario, no existe sucesión en un conjunto de medios productivos organizados, el nuevo empresario no está obligado a hacerse cargo de la plantilla por el mero hecho de la sucesión en la actividad, salvo que dicha obligación le venga impuesta por otras normas o contratos, entre los cuales, significadamente, están los convenios colectivos, como es el de seguridad privada.

e) Si el nuevo empresario que sucede en la actividad, voluntariamente o porque le venga impuesto por norma o contrato, se hace cargo de la plantilla en su totalidad o mayor parte, entonces no encontramos ante una sucesión del artículo 44 ET del Estatuto de los Trabajadores (…)"

C) Responsabilidad solidaria de la empresa principal respecto de la retribución por vacaciones no disfrutadas

El artículo 42.2 ET obliga al empresario principal, durante el año siguiente a la terminación de su encargo, a responder solidariamente por las deudas salariales contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores durante el período de vigencia de la contrata. La **STS de 9 de marzo de 2005,** u.d., I.L. J 479, decide sobre si el concepto retributivo "vacaciones" tiene naturaleza jurídica salarial o indemnizatoria, a los efectos de resolver si la empresa principal debe o no responder solidariamente de su abono, en aplicación de lo dispuesto en el art. 42.2 ET, conjuntamente con la empresa contratista responsable directa de su pago. La Sala, con toda rotundidad, afirma que "la retribución correspondiente al concepto de 'vacaciones' es salario a todos los efectos y en concreto a los efectos previstos en el art. 42.2 del Estatuto de los Trabajadores (…)"

5. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

A) Fraude legal en la reiteración de contratos de puesta a disposición para una misma empresa usuaria

El TSJ de Baleares, en sucesivas sentencias, pone de manifiesto la irregularidad que supone la realización de sucesivos contratos de puesta a disposición de una misma empresa usuaria. Cuando las empresas deciden cubrir con un mismo trabajador una necesidad de carácter no temporal, sirviéndose de sucesivos contratos de puesta a disposición, a tal fin celebrado con una o varias empresas de trabajo temporal, se produce el supuesto de hecho previsto en el artículo 6.4 CC, pues al amparo de una norma legal, la Ley de Empresas de Trabajo Temporal, se persigue la consecución de objetivos no deseados por la misma, la cobertura de necesidades de carácter indefinido mediante contratos de carácter temporal. En concreto, la **STSJ de Baleares de 14 de enero de 2005**, I.L. J 311, reitera la doctrina precedente conforme a la cual "de las prescripciones del art. 6.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, (…) se desprende que los contratos de puesta a disposición sólo pueden celebrarse con el objetivo de satisfacer necesidades temporales de la empresa usuaria en los mismos supuestos y con arreglo a los mismos requisitos en que esta misma puede acudir a la contratación de duración determinada. La puesta del trabajador a disposición

de la empresa usuaria es esencial que se efectúe con carácter temporal, de acuerdo con lo que dispone el art. 1 de la Ley de mérito. De ahí que la concurrencia de alguna de las causas típicas de temporalidad laboral constituya capital exigencia de validez del contrato de puesta a disposición". Por su parte, la **STSJ de Baleares de 24 de enero de 2005**, I.L. J 510, recuerda cómo la empresa usuaria "decidió acudir a la indicada técnica para satisfacer sus necesidades permanentes y esenciales y ahí, como se ha dicho, radica el fraude cuya sanción, como es sabido, consiste en aplicar la norma defraudada (art. 6.4 CC) lo que implica que la antigüedad de la actora en la empresa demandada sea la pretendida en la demanda y concedida en la Sentencia de instancia".

6. CESIÓN ILEGAL

A) Cesión ilegal de trabajadores mediante contrata de obras o servicios

El artículo 43.1 ET prohíbe la contratación de trabajadores por una empresa con el objetivo de cederlos temporalmente a otra empresa, posibilidad únicamente abierta para empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas. Cuando el lugar de la empresa que somete a sus trabajadores a tráfico prohibido es ocupado por una empresa contratista o subcontratista y la realización de dichos trabajos o servicios tiene lugar en el centro de trabajo de la empresa principal la delimitación del supuesto legal se hace más compleja, resultando decisivo si ésta pone o no en juego los elementos organizativos propios en la ejecución de la contrata. En este sentido, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de enero de 2005**, I.L. J 320 insiste, en línea con la doctrina judicial sentada por el Tribunal Supremo, que

> "cuando se discute si existe una contrata entre empresas o una cesión ilegal de trabajadores, hay que individualizar el análisis de los elementos de juicio en cada caso concreto.
>
> Como norma general se ha establecido que existe verdadera subcontratación cuando la empresa auxiliar cuenta con patrimonio, organización y medios propios, sin que se trate de una mera ficción o apariencia de empresa; asumiendo el riesgo empresarial correspondiente y ejerciendo facultades de dirección de sus trabajadores (…)"

En la práctica, dicha doctrina permite declarar la existencia de cesión ilegal cuando "todos los medios materiales e infraestructuras necesaria para el desempeño de la actividad de la actora fueron aportados por la empresa Gillete; trabajadora que actuaba atendiendo a las particulares y concretas órdenes e instrucciones, distribución de trabajo y organización general impartidos por el personal de Gillete"; cuando "(…) aunque el titular de la concesión del locutorio desempeñase funciones de dirección y organización del trabajo, lo hacía completamente al margen de una organización empresarial propia, pues tanto las instalaciones, como los medios de producción y las relaciones comerciales con los clientes quedaban en el ámbito de la principal hasta el punto de que, incluso, la relación del contratista encargado del locutorio con aquélla se ha calificado de laboral" **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 31 de enero de 2005**, I.L. J 314; pues puede afirmarse que no "es el hecho de que se contrate el servicio de administración posible, sino la falta de

suministro del material y de organización empresarial impuesta y real, propias de la empresa contratada, frente a la empresa principal, lo que determina que existe cesión ilegal (…)" **STSJ de Cantabria de 3 de febrero de 2005,** I.L. J 349.

B) Efectos de la declaración judicial de cesión ilegal

El art. 43 ET considera ilegales la contratación de trabajadores por un empresario y su posterior puesta a disposición de otro empleador, fenómeno únicamente permitido a las empresas de trabajo temporal legalmente constituidas. En la práctica, dicha situación puede manifestarse de diversas maneras, pues la cesión ilegal puede producirse entre empresas reales, legalmente constituidas y con estructura y actividad propia, o entre una empresa de carácter ficticio y otra real. Aunque el art. 43.3 ET no hace diferencia alguna, reconociendo a los trabajadores sometidos a tráfico prohibido el derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria, la ausencia de matices en la consecuencia jurídica prevista por el precepto estatutario ha sido completada por la jurisprudencia entendiendo que la norma que establece el derecho de opción a favor del trabajador, parte del supuesto de que la empresa cedente tenga entidad real, pues cuando una de las empresas sólo cuenta con apariencia de tal, no existe posibilidad de materializar dicho derecho; es decir, la decisión del trabajador sólo puede tener lugar cuando existan sendas empresas con las cuales éste pueda establecer o mantener una relación laboral.

Tras adquirir la condición de fijo en la empresa cesionaria, los derechos y obligaciones del trabajador han de ser los que correspondan a un trabajador que ocupe similar puesto de trabajo o, en su ausencia, un puesto de trabajo equivalente, debiéndose reconocer a ésta la antigüedad correspondiente, computándose ésta desde el inicio de la cesión ilegal. Dicha declaración plantea algunos interrogantes, particularmente el relativo al carácter constitutivo o declarativo de la sentencia. En concreto, la **STSJ de La Rioja de 27 de enero de 2005**, I.L. J 524, pone de manifiesto cómo "(…) si se trata de dos empresas reales, como pasa en el caso presente, aunque ello no excluya la situación de cesión ilegal por falta de puesta en juego de la organización empresarial de la cedente, la posibilidad de opción es real, y si el trabajador no la ha ejercitado no puede reclamar los salarios de empresa distinta a la que le ha contratado y abonado el salario. La reclamación de diferencias salariales con efectos retroactivos solamente es posible, según la misma jurisprudencia, cuando se está ante un fenómeno de pura interposición, es decir ante una empresa ficticia, en cuyo caso no tiene sentido la opción que regula el precepto, pero por el contrario cuando se trata de empresas reales –como sucede en estos autos– hay que tener en cuenta la eficacia *ex nunc* que tiene la sentencia constitutiva sobre la cesión (…)". "Efectivamente las sentencias que determinan la existencia de una cesión ilícita de trabajadores, regulada en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, tienen efectos constitutivos y no meramente declarativos, y tales efectos, en los casos de empresarios reales, se producen *ex nunc*, es decir, desde el momento que lo establece la resolución judicial, que, como cualquier otra, ha de esperar a su firmeza para desplegar toda su eficacia". Con todo, entiende "la

recurrente que como la sentencia de instancia adquirió firmeza el día 3 de marzo de 2004, y dada la eficacia *ex nunc* de este tipo de resoluciones, la opción que prevé el artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores, sólo podía ejercitarse a partir de tal fecha, lo que, obviamente, era imposible para el actor, que no pertenecía a la empresa demandada desde el 21 de octubre de 2003, fecha en que fue despedido". Ahora bien, que "el efecto constitutivo se produzca *ex nunc* quiere decir que, a los efectos del presente procedimiento sólo pueden tenerse en cuenta los servicios prestados por el actor en la empresa recurrente desde el día 27 de marzo de 2002, no los efectuados con anterioridad, y sólo hasta el 21 de octubre de 2003, fecha de su despido en dicha empresa, pero, en ningún caso, la fecha de referencia a tales efectos puede ser la de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2004, la cual evidentemente, sólo determina el comienzo de un plazo durante el cual el trabajador puede ejercitar formalmente su derecho de opción mediante la oportuna reclamación a las empresas afectadas (…)"

7. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Consentimiento del trabajador en supuestos de sucesión contractual

Como hemos comentado en otras ocasiones, resulta doctrina judicial firme la que afirma "la separación entre los efectos de una sucesión empresarial producida de conformidad con las exigencias de la normativa vigente sobre el particular (art. 44 ET y Convenios Colectivos de aplicación), y los efectos de una cesión de contratos entre empresas aun cuando la cesión haya sido aceptada por los representantes de los trabajadores (…), para llegar a la importante conclusión de que mientras la sucesión normativa tiene carácter imperativo para empresario y trabajador, la cesión contractual requiere para su validez el consentimiento del trabajador, como exige el artículo 1205 del Código Civil y disposiciones concordantes, sin que ese consentimiento pueda estimarse sustituido por los representantes legales que intervinieran en el Acuerdo celebrado con ambas empresas interesadas" **STS de 21 de enero de 2005,** u.d., I.L. J 50. Dicha línea jurisprudencial ha sido elaborada en torno al proceso de liberalización del transporte aéreo desarrollado en el marco de la Directiva comunitaria 96/67 CEE, y más concretamente, como consecuencia de la apertura a la competencia de un segundo operador de actividades u operaciones que "Iberia, SA" desarrollaba antes en régimen de monopolio. En aplicación de dicha tesis, "no cabe una declaración general de ilegalidad y anulación de las subrogaciones y cesiones de contrato efectuadas. Éstas son lícitas en principio; y pueden ser válidas o no, respecto de cada trabajador individual, según se haya obtenido o no el consentimiento del mismo al acuerdo de 'Iberia' de ceder sus contrato de trabajo al segundo concesionario" En el supuesto de autos, la sentencia considera que la aceptación del trabajador no se produjo, ni de manera tácita ni de manera expresa, pues queda acreditado que una vez hubo tenido conocimiento de la sucesión la impugnó, sin dejar transcurrir un plazo que pudiera ser significativo, motivo por el cual se entiende que "la subrogación que ambas empresas demandadas acordaron en relación con el trabajador demandante fue nula porque se hizo a sus espaldas y sin su consentimiento" STS de 21 de enero de 2005, u.d., I.L. J 50. En el mismo sentido se pronuncian las **SSTS de 15 de marzo, de 7 de febrero** y **de 31 de enero de 2005,** u.d., I.L. J 471, 142 y 245.

Por el contrario, cuando el trabajador se demora en expresar su oposición al acuerdo subrogatorio, la doctrina jurisprudencial entiende que por tratarse de un supuesto de anulabilidad, sometido por tanto a prescripción, debe entenderse que el consentimiento debido se produjo de manera tácita; en palabras de la sentencia,

> "no estamos ante una prohibición legal absoluta, sino ante una decisión empresarial de cesión del contrato, cuya validez queda condicionada al consentimiento del trabajador; consentimiento que puede ser expreso o tácito, produciéndose éste por la aceptación pacífica de los trabajadores afectados, lo que no conforma un supuesto de nulidad absoluta en atención a que el defecto inicial de la operación subrogatoria consistente en no haber contado con el preceptivo consentimiento del trabajador genera anulabilidad o nulidad simple y no nulidad radical o absoluta, debiendo entenderse subsanada la eventual falta de consentimiento por el transcurso, sin oposición, de un período de tiempo a todas luces relevante a estos efectos.
>
> Por ello, constatado en el caso que, si bien no ha concurrido el consentimiento de los demandantes a la cesión de sus contratos de trabajo acordada entre Iberia y Eurohalding, sí se ha superado con creces el plazo de un año entre la subrogación y la reclamación (…)" **STS de 27 de enero de 2005,** u.d., I.L. J 58.

B) Determinación del momento de la transmisión

La **STJCE de 26 de mayo de 2005**, I.L. J 588, se pronuncia sobre la interpretación del artículo 3.1 de la Directiva sobre el mantenimiento de los trabajadores en supuestos de transmisión de empresa y, en concreto, sobre el momento que debe tomarse como referencia para determinar las relaciones de trabajo que se verán afectadas por la normativa comunitaria de protección. En concreto, se trata de determinar si a la luz de la Directiva debe considerarse que existe un momento preciso en el que tiene lugar la transmisión de la empresa y, en caso afirmativo, cómo puede determinarse ese momento preciso que tomaremos como referencia para establecer las relaciones laborales existentes y los derechos derivados de las mismas a mantener. Reiterando jurisprudencia precedente, la sentencia termina por concluir:

> "El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 77/187 debe interpretarse en el sentido de que la fecha de la transmisión a efectos de esta disposición corresponde a la fecha en que se realizó la transmisión, del cedente al cesionario, de la condición de empresario responsable de la explotación de la entidad transferida. Esta fecha es un momento preciso, que no puede ser fijado en una fecha distinta a elección del cedente o del cesionario.
>
> A efectos de la aplicación de dicha disposición, se considera que los contratos y las relaciones laborales existentes, en la fecha de la transmisión en el sentido precisado anteriormente, entre el cedente y los trabajadores adscritos a la empresa trasferida se transmiten, en dicha fecha, del cedente al cesionario, cualesquiera que sean las modalidades acordadas al respecto entre éstos."

C) Caducidad de la acción por despido en supuestos de transmisión de empresas

La determinación del *dies a quo* del plazo de caducidad de la acción de despido, en los supuestos que se alega la existencia de sucesión de empresas, es un tema que continúa siendo fuente de controversia jurídica. En ocasiones se ha tenido en cuenta la fecha en que los contratos de trabajo fueron objeto de extinción, mientras en otros supuestos se entiende que el cómputo ha de iniciarse a partir del momento en que el trabajador despedido tiene conocimiento de que una nueva empresa ha continuado con la actividad sometida a juicio. La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 14 de febrero de 2005**, I.L. J 408, distingue entre dos supuestos, en función de que pueda o no acreditarse fraude en la actuación empresarial. En palabras del Tribunal, "la garantía fijada en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores resultaría ineficaz si se computara el *dies a quo* de la acción de despido desde la fecha de extinción de contrato y no desde la fecha en que se efectúa la transmisión pues, dada la brevedad del plazo de ejercicio de dicha acción, al empresario transmitente le sería suficiente con esperar veinte días desde el despido del trabajador para exteriorizar la transacción de empresa (que con toda probabilidad se ha efectuado con anterioridad, en la fecha en la que aún el trabajador podía reclamar contra el despido) evitando así la aplicación de las garantías del artículo 44 del Estatuto". En la misma línea, la sentencia argumenta "lo establecido en el artículo 1969 del Código Civil que dispone que el *dies a quo* para el cómputo de los plazos se contará desde el día en que la acción pudiera ejercitarse, resulta de plena aplicación. En efecto es contrario a la tutela judicial efectiva, proclamada por el artículo 24 de la Constitución, el entender que el plazo de caducidad de la acción de despido ha de comenzar a correr a partir de que éste se produce y no desde que posteriormente se realiza el acto de transmisión de la empresa, cometido en fraude de ley, y frente al que el trabajador ya no podría accionar si se entendiera que el día inicial del cómputo ha de fijarse en la fecha de la extinción del contrato y no en la fecha de la transmisión".

En otros supuestos, la extinción contractual previa determina la inaplicabilidad del art. 44 ET, aunque la distancia temporal entre la fecha en que ésta se produce y la creación de la nueva empresa sea corta, siempre y cuando no pueda acreditarse la voluntad fraudulenta de las empresas afectadas. La **STSJ del País Vasco de 18 de enero de 2005**, I.L. J 522, aborda la posibilidad de aplicar las consecuencias previstas en el art. 44 ET en un supuesto en que la empresa cesionaria es una empresa constituida por algunos trabajadores procedentes de una empresa en situación de crisis. El Tribunal rechaza esta posibilidad negando "(…) la existencia de una sucesión empresarial, ya que los contratos de los trabajadores de la empresa Fondo de Promoción de Empleo se extinguieron en virtud de un ERE del artículo 51 ET mediante la correspondiente autorización de la Dirección General de Trabajo, tras la cual, unos quince días más tarde, parte de los trabajadores cuyos contratos se extinguieron, en número no determinado, constituyó la empresa Fondo de Promoción de Euskadi, con el mismo domicilio social, el mismo representante en la contratación de la demandante y una actividad, al menos parcialmente, similar, cual la de impartición de cursos de formación profesional, para lo que, además, utiliza un bien inmueble del Fondo de Promoción de Empleo, en régimen de cesión de uso.

Nos hallamos, pues, en un supuesto en el que los trabajadores cuyos contratos de trabajo se han extinguido en virtud de un ERE de la empresa, que había entrado en un proceso de liquidación, han tratado de desarrollar una actividad similar, en el área comercial que conocen y dominan, para tratar de ocupar parte del mercado liberado por la empresa desaparecida y levantar otra partiendo de los restos de aquélla. No han existido maniobras fraudulentas que hayan tratado de ocultar lo acontecido, ni de eludir responsabilidades (…)".

Jesús Cruz Villalón
Rafael Gómez Gordillo
Patrocinio Rodríguez-Ramos Velasco

IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Cuestiones generales en materia de contratación. A) Período de prueba. **3. Contratación temporal.** A) Supuestos. a) Contrato para obra o servicio determinado. b) Contrato eventual por circunstancias de la producción. c) Contrato de interinidad. d) Contratos de inserción. B) Reglas generales. a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales. b) Conversión en indefinidos. c) Tratamiento de la extinción contractual. **4. Contratos formativos.** A) Contratos para la formación. B) Contratos en prácticas. **5. Contratación a tiempo parcial y fijos discontinuos.** A) Contrato a tiempo parcial. B) Contrato fijo discontinuo. **6. Contratación en la Administración Pública.** A) Contratos laborales y contratos administrativos. B) Contratación laboral: Irregularidades en la contratación laboral.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Entre las sentencias analizadas en este período (las publicadas en los números 1 a 4 de 2005 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*) merece la pena destacar frente a otros pronunciamientos que se limitan a reiterar criterios ya consolidados, la novedad de la doctrina jurisprudencial contenida en varios pronunciamientos. En primer lugar, las **SSTS de 2 de noviembre de 2004,** I.L. J 565 y **de 25 de enero de 2005,** I.L. J 74, sobre el cálculo de la prestación por desempleo y la antigüedad, respectivamente, en los supuestos de extinción del contrato con jornada reducida por el cuidado de un hijo menor. En segundo lugar, la **STS de 18 de enero de 2005,** I.L. J 90, en relación con la prohibición de establecer un período de prueba cuando la aptitud del trabajador ha sido acreditada en contrato anterior con otra empresa y la segunda empresa es conocedora de dicha aptitud. En tercer lugar, la **STS de 20 de diciembre de 2004,** I.L. J 570, sobre la base reguladora de la prestación de invalidez de los fijos discontinuos que han trabajado sólo algunos días un mes.

2. CUESTIONES GENERALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

A) Período de prueba

En relación con este tipo de pacto, cabe destacar la **STS de 18 de enero de 2005,** I.L. J 90, que resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina sobre la prescripción

contenida en el art. 14.1 ET, que establece que será nulo este pacto cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier forma de contratación. En el caso enjuiciado, dada la sucesión temporal de contratos con dos entidades empresariales, y aún no existiendo una unión empresarial entre las mismas, el tribunal estima que partiendo de la *ratio* de la norma, el pacto de un período de prueba es nulo en tanto que la segunda empresa era suficientemente conocedora de la aptitud de la trabajadora. Sin embargo, a estos efectos, si el trabajador –que en el caso concreto, era colaborador periodístico– prestó servicios con anterioridad, pero no en régimen de dependencia, ello no invalida la fijación de un período de prueba cuando la relación es laboral **(STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 21 de febrero de 2005,** I.L. J 460).

Por otro lado, algún pronunciamiento modaliza aspectos concretos del régimen jurídico del período de prueba en función de tratarse de una relación laboral especial. Es el caso de la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 10 de enero de 2005**, I.L. J 119, donde se interpreta el art. 10.2 del RD 1368/1985, entendiendo que para la relación especial de minusválidos en centros especiales de empleo no cabe fijar un período de prueba de duración superior al previsto en el artículo 14 ET, al no existir el necesario dictamen de un equipo multiprofesional exigido por la normativa.

En cuanto al desistimiento empresarial durante el período de prueba, éste no se halla sujeto a formalidad alguna. Así no es preciso comunicar expresamente al trabajador que la extinción se produce por la no superación del período de prueba (**STSJ del País Vasco de 25 de enero de 2005,** I.L. J 523).

Finalmente, debe darse cuenta de algún pronunciamiento que deniega la posibilidad de solicitar una excedencia voluntaria por incompatibilidad en el puesto de trabajo, al precisar que no se producía tal incompatibilidad ya que uno de los puestos de trabajo no se había consolidado al no superarse el período de prueba, ya que el trabajador ni tan siquiera llegó a prestar efectivamente su trabajo en el mismo (**STSJ de Extremadura de 24 de febrero de 2005,** I.L. J 530).

3. CONTRATACIÓN TEMPORAL

A) Supuestos

a) Contrato para obra o servicio determinado

De entrada, es remarcable la **STS de 16 de marzo de 2005,** I.L. J 476, sobre la impugnación de una cláusula convencional que permitía la extinción de este tipo de contratos por disminución real del volumen de la obra o servicio. El Alto Tribunal entiende que esta posibilidad no supone una elusión de lo dispuesto en los arts. 51 y 52.c) del ET, siempre que esta extinción afecte solamente a los trabajadores que desarrollen la actividad concreta en la que la disminución del volumen se produzca.

En segundo lugar, conviene remarcar la **STS de 20 de abril de 2005,** I.L. J 554, que dilucida la naturaleza de la contratación de una profesora de guardería que durante varios años sucesivos es contratada, bajo el amparo formal de un contrato de obra o servicio desde principios de septiembre hasta el 31 de julio. El pronunciamiento aplica la doctrina anterior del Tribunal Supremo sobre la consideración del carácter fraudulento de este tipo de contratos que se constituyen en la actividad natural y ordinaria del centro, por lo que considera que la contratación había devenido indefinida, sin que pudiera considerarse como una relación fija discontinua, pues la prestación de servicios se extendería a toda la anualidad, exceptuando al mes de agosto.

En relación con la finalización de la obra o servicio determinante de la contratación, la **STS de 31 de enero de 2005,** I.L. J 103, y la **STS de 30 de noviembre de 2004,** I.L. J 563, reiteran la interpretación de que si bien el contrato de obra o servicio puede ser utilizado en supuestos de contratas, no resulta válido el cese del trabajador sino cuando finaliza la obra o servicio objeto del contrato, constituyendo en caso contrario, el cese un despido improcedente.

Ya en doctrina judicial de suplicación, existen algunos pronunciamientos que enjuician la validez de estos contratos en supuestos donde la temporalidad se vincula esencialmente a la falta de una dotación presupuestaria estable. De entrada, una primera sentencia que abunda en esta doctrina es la **STSJ de Cantabria de 18 de enero de 2005,** I.L. J 118, donde se señala que la falta de asignación presupuestaria por parte de la Administración no es una condición suficiente para la validez de los contratos de obra o servicio determinado. Asimismo, el tribunal pondera el dato de que en estos supuestos la Administración podría recurrir a la extinción del contrato por la vía del art. 52.e) ET. En este sentido, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de febrero de 2005,** I.L. J 351, estima que se ha utilizado en fraude de ley este contrato temporal para sucesivas ejecuciones de planes de empleo de un ayuntamiento, cuando los mismos constituían una actividad propia de la competencia de dicha entidad local y constituían una actividad permanente y no temporal.

b) Contrato eventual por circunstancias de la producción

Nuevamente, una cuestión que se debe remarcar de las sentencias dictadas en el período analizado es la existencia de varios pronunciamientos que enjuician la causa de este contrato. En primer lugar, la **STSJ de Galicia de 28 de enero de 2005,** I.L. J 337, ratifica el carácter indefinido de la relación laboral cuando la causa de la contratación temporal es excesivamente genérica y queda desvirtuada por la prestación de servicios en otros centros de trabajo no determinados como causa del contrato temporal, sin que resulte admisible una cláusula contractual de disponibilidad aceptada por el trabajador. En segundo lugar, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de enero de 2005,** I.L. J 321, donde aplicando jurisprudencia unificada se considera adecuada la utilización de esta modalidad contractual para hacer frente a situaciones de déficit de plantilla en la Administración pública como consecuencia de transferencias de gestión y personal a una comunidad autónoma, pese a la generalidad o inconcreción en la identificación de la causa de la contratación eventual. Sin embargo, puede apreciarse cómo esta misma doctrina no puede ser aplicada fuera de las Administraciones públicas. Esto se ejemplifica claramente en la **STSJ del País Vasco de**

11 de enero de 2005, I.L. J 392, que estima fraudulenta la utilización del contrato eventual por circunstancias de la producción para cubrir ordinarios períodos de disminución de la plantilla por el período vacacional.

c) Contrato de interinidad

De entrada, en punto a la interinidad por vacante, la **STS de 21 de marzo de 2005,** I.L. J 421, aplica la doctrina unificada sobre el incumplimiento de los requisitos esenciales de este contrato ante la falta de identificación y de acreditación de la existencia de la plaza.

También en relación con los supuestos de interinidad por vacante en las Administraciones públicas, cabe destacar por la originalidad de su enfoque, la **STSJ del País Vasco de 25 de enero de 2005,** I.L. J 395, que estima improcedente el cese del trabajador interino cuando la plaza pase a desempeñarse por un personal estatutario fijo, pero con carácter provisional. El Tribunal ha entendido, de acuerdo con la Ley 30/1999, que la plaza debería haber sido ocupada en propiedad entendiendo que "la causa del cese viene determinada no sólo por la condición de fijo de quien pasa a ocuparla sino, también, por el carácter de fijeza con que pasa a hacerlo".

Por otra parte, nuevamente se ha de hacer alusión en este período a algún pronunciamiento sobre el cese de trabajadores interinos por cobertura de las vacantes en la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos. En concreto, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 21 de enero de 2005,** I.L. J 316, se ocupa del límite temporal de tres meses aplicable a este tipo de contratos, que como en sabido, no se aplica si el empleador ostenta la condición de Administración pública. Atendiendo a la transformación de la naturaleza jurídica del organismo de Correos y Telégrafos en una sociedad jurídico-mercantil y su consiguiente sometimiento al ordenamiento privado, ello implica la conversión en fijo del contrato de interinidad por vacante que supere los tres meses.

En fin, ya en relación con la interinidad por sustitución, cabe reseñar la **STS de 19 de enero de 2005,** I.L. J 49, que se ocupa de un supuesto en que la prestación de servicios del interino continúa una vez desaparecida la causa que justifica el nombramiento de sustitución, declarando la nulidad del cese del interino ante el retraso y pasividad de la Administración en la terminación del contrato.

d) Contrato de inserción

En relación con este contrato, interesa destacar las **SSTSJ de Madrid de 17** y **de 24 de enero de 2005,** I.L. J 171, que justifican las diferencias salariales para los trabajadores con contratos de inserción prevista en el convenio colectivo, en atención a los peculiares objetivos de este tipo de contratación que persigue la mejora de la ocupabilidad de sectores de la población.

B) Reglas generales

a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales

Ante todo, es preciso dar cuenta de algunos pronunciamientos que aplican el principio de igualdad establecido en el artículo 15.6 ET, para garantizar que los trabajadores con contratos de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con duración indefinida. En este sentido, se reconoce, por ejemplo, el derecho al cobro de trienios al personal laboral interino **(SSTSJ de Cantabria de 20 de enero** y **de 9 de febrero de 2005,** I.L. J 116 y 348 y **STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 28 de enero de 2005,** I.L. J 389), o el del complemento de antigüedad para el personal temporal **(STSJ de Cantabria de 20 de enero de 2005**, I.L. J 115, **SSTSJ de Castilla y León, Burgos, de 20 de enero** y **de 10 de febrero de 2005**, I.L. J 323 y 354). Esta doctrina se aplica para reconocer derecho a trienios a los trabajadores temporales, y no únicamente a los indefinidos, computando todo el período de prestación de servicios, aunque existan períodos de discontinuidad entre contratos superior a 20 días **(STSJ de la Comunidad Valenciana de 25 de enero de 2005,** I.L. J 526).

Ello no obstante, la aplicación del principio de igualdad de trato entre trabajadores fijos y temporales exige una valoración en función de las circunstancias del caso y del tipo de derecho. Un ejemplo paradigmático de la aplicación de este derecho es la **STS de 1 de marzo de 2005,** I.L. J 467, que en el análisis de un convenio colectivo estima ilegal la exclusión de los trabajadores temporales del derecho a la utilización del economato laboral por no existir razón alguna que justifique su preterición. Pero, en cambio, admite la validez de su exclusión respecto a derechos tales como el anticipo de haberes, la ayuda por gastos médicos y la ayuda por estudios. El Alto Tribunal valora, a estos efectos, la duración media de los contratos temporales y las condiciones de reconocimiento de estos derechos en el convenio colectivo. También se sitúa en esta línea la **STS de 9 de marzo de 2005,** I.L. J 480, que entiende que no vulnera el principio de igualdad de trato la regulación convencional de un complemento de puesto de trabajo, cuando éste se devenga a partir de la permanencia de un trabajador, fijo o no, en la empresa.

Al hilo de lo anterior, debe tenerse en cuenta que si no existe un término de comparación respecto al personal fijo, esto es, si no se acredita el derecho automático para el personal con relación indefinida, no cabe alegar la doctrina anteriormente mencionada para reconocer al personal temporal un premio de antigüedad **(STSJ de Andalucía, Sevilla, de 3 y 19 de enero de 2005**, I.L. J 308 y 309).

Sin embargo, aun cuando exista un término comparativo, cabe destacar un grupo de pronunciamientos del Tribunal Supremo que matizan los efectos de la regla de igualdad dada la espacialísima normativa que regula el régimen de retribución del personal estatutario de la Seguridad Social. En concreto, se reconoce que el nacimiento del derecho a la percepción de trienios sólo aparece para este personal a partir del nombramiento en propiedad, sin perjuicio de que la normativa reconozca el cómputo a estos efectos de los servicios prestados con carácter temporal **(SSTS de 26 de enero de 2005,** I.L. J 111, **de 31 de enero de 2005,** I.L. J 71, **de 2 de febrero de 2005,** I.L. J 82, **de 17 de**

marzo de 2005, I.L. J 428, **de 7 de abril de 2005,** I.L. J 560 y **de 21 de abril de 2005,** I.L. J 556).

Por otra parte, la **STS de 16 de marzo de 2005,** I.L. J 466, abunda en la doctrina ya establecida, sobre la interpretación de una cláusula del convenio colectivo aplicable en "Correos y Telégrafos", donde se concede el derecho de opción en casos de despido improcedente al trabajador fijo de origen. Pese al cambio de naturaleza jurídica de la entidad empleadora, el Alto Tribunal mantiene que dicha cláusula –que privaba inicialmente de este derecho a los trabajadores que vieron transformado su contrato por irregularidades en la contratación– debe continuar interpretándose literalmente, admitiendo por consiguiente la exclusión de este derecho de opción a los trabajadores contratados como temporales aunque posteriormente devengan fijos.

b) Conversión en indefinidos

Pocas novedades, en fin, en este terreno. La **STSJ de Baleares de 24 de enero de 2005,** I.L. J 510, respecto a la antigüedad de los trabajadores temporales, señala que si los contratos temporales anteriores lo fueron en fraude de ley, aunque fueran instrumentados a través de una empresa de trabajo temporal, la antigüedad en la empresa usuaria debe de computarse desde el primer contrato.

c) Tratamiento de la extinción contractual

Entre las sentencias examinadas, cabe reseñar, en primer lugar, la **STS de 28 de febrero de 2005,** I.L. J 276, que reitera doctrina jurisprudencial señalando la improcedencia del reconocimiento de la antigüedad cuando entre los diversos contratos temporales mediaba un plazo superior a los 20 días hábiles:

> "Transcurrido el plazo para impugnar la extinción contractual, sin que el trabajador afectado haya intentado la impugnación del cese, aquel contrato queda definitivamente extinguido y no produce efecto alguno. Y no puede posteriormente beneficiarse de efectos de aquel contrato, a no ser que en el correspondiente convenio colectivo se disponga otra cosa."

En la misma línea, si los contratos se sucedieron, en cambio, sin solución de continuidad, el período computable para el cálculo de la indemnización es de los correspondientes a toda la relación, desde el primer contrato (**STS de 19 de abril de 2005,** I.L. J 550).

En relación con el valor liberatorio del finiquito destaca, en primer término, la **STS de 7 de diciembre de 2005,** I.L. J 578, que abunda en la doctrina jurisprudencial que viene admitiendo que no obsta a este valor liberatorio, el que el contrato temporal haya sido declarado fraudulento, si consta de manera clara la voluntad del trabajador de extinguir el contrato. En segundo término, la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de enero de 2005,** I.L. J 525, aplica la doctrina de que no cabe otorgar valor liberatorio a los finiqui-

titos firmados a la finalización de los sucesivos contratos temporales, cuando se acredita el carácter indefinido de la relación.

4. CONTRATOS FORMATIVOS

A) Contrato para la formación

Dentro del marco temporal que abarca esta crónica, hay algún pronunciamiento que aplica la regla de que la retribución en este tipo de contratos será la fijada en el convenio colectivo, sin que, en su defecto, pueda ser inferior al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo. La **STSJ de Extremadura de 17 de enero de 2005,** I.L. J 169, entiende que si no se hubiera fijado previsión alguna en el convenio colectivo ni en el contrato de trabajo, no cabe que la empresa pretenda posteriormente fijar el salario en atención al tiempo efectivo de trabajo.

B) Contrato en prácticas

En punto a este contrato, es remarcable la **STS de 10 de enero de 2005,** I.L. J 35, que descarta la aplicación de la retribución prevista en el art. 11 ET para los contratos en prácticas a los contratos de trabajo para la formación como especialistas por el sistema de médicos de residencia.

5. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL Y FIJOS DISCONTINUOS

A) Contrato a tiempo parcial

Cuestión que se debe destacar de las sentencias analizadas en este período es el número de pronunciamientos que inciden sobre aspectos concretos del contrato a tiempo parcial. En primer término, la **STJCE de 10 de marzo de 2005**, I.L. J 283, que resuelve una cuestión prejudicial sobre la exclusión de las trabajadoras del servicio de limpieza de determinadas condiciones previstas en el convenio colectivo. El Tribunal comunitario entiende que las disposiciones convencionales atentarían contra determinadas comunitarias y entrañarían una discriminación por razón de sexo.

En segundo término, cabe destacar un grupo de pronunciamientos del Tribunal Constitucional que son a su vez consecuencia de una sentencia anterior del mismo tribunal donde se declaró la inconstitucionalidad del art. 12.4 ET por considerarlo contrario a los derechos de los trabajadores a tiempo parcial. Estos pronunciamientos revocan pronunciamientos de instancia donde se había aplicado el precepto declarado inconstitucional (**SSTC de 14 de marzo de 2005,** I.L. J 202 y 203).

En tercer lugar, hay que remarcar dos pronunciamientos del Tribunal Supremo que parecen consolidar un criterio de atribución de derechos en función de la parte proporcional de la jornada, aun cuando el contrato se haya reducido por motivos familiares. En este

terreno, hay que hacer mención en primer término de la **STS de 25 de enero de 2005,** I.L. J 74. En la misma se desestima el derecho de los trabajadores con jornada reducida por razones derivadas de la voluntad de la empresa o de los motivos previstos en la Ley 39/1999 al importe íntegro del complemento de antigüedad. En su lugar, se considera ajustado a derecho, interpretando el convenio colectivo de aplicación, el reconocimiento de este derecho en una cuantía proporcional al de su jornada. En segundo término, la **STS de 2 de noviembre de 2004,** I.L. J 565, resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina sobre la manera de proceder al cálculo de la base reguladora de la prestación de desempleo en los supuestos de extinción del contrato por jornada reducida por cuidado de hijo menor. El Tribunal, en su interpretación mayoritaria –pues se formula un voto particular– rechaza la aplicación analógica de la doctrina del paréntesis en supuestos de excedencia por cuidado de hijos, que permitía una retroacción para tener en cuenta los períodos de tiempo de trabajo anteriores a esta situación y realizados a jornada completa. En su lugar, estima que en los casos de reducción de jornada por motivos familiares, el cómputo debe realizarse aplicando un puro criterio de proporcionalidad y teniendo en cuenta, por consiguiente, la jornada reducida efectivamente realizada antes de la prestación. La sentencia hace hincapié en las diferencias entre ambas situaciones:

> "La excedencia tiene una duración no superior a tres años, mientras que el límite máximo de la reducción de jornada no está definida, puede llegar hasta los seis años en el caso de la guarda de menores o más si se trata de minusválido. Ello, unido a que el margen de reducción se mueve entre un tercio y la mitad de la jornada, podría llevar en determinados supuestos a resultados paradójicos si se aplicara la regla del paréntesis, pues la prestación calculada conforme al período anterior a la reducción podría ser inferior a la procedente conforme a la regla general, si el período de retroacción es muy amplio y la reducción de jornada mínima."

En punto a la protección social en este tipo de contratos tiene cierto interés la **STS de 8 de marzo de 2004,** I.L. J 289, que tras trazar la evolución normativa de la Seguridad Social en punto a los contratos marginales, destaca la orientación actual de protección obligatoria de estos trabajadores, mediante la inclusión en el sistema incluso de contratos de trabajo a tiempo parcial "marginales".

Finalmente, la **STS de 21 de marzo de 2005,** u.d., I.L. J 539, admite la posibilidad de simultanear dos contratos a tiempo parcial temporales con una misma empresa, cuando los mismos obedezcan a diversas causas de temporalidad y tengan distinto objeto. Partiendo de esta posibilidad, no prohibida legalmente, se considera que el cese en uno de los contratos da derecho a percibir prestación por desempleo compatible con el segundo contrato a tiempo parcial.

B) Contrato fijo discontinuo

La aportación más importante en este período en relación con este contrato hace referencia al cálculo de la base reguladora en el marco de la prestación de invalidez para este tipo

de trabajadores. Concretamente, la **STS de 20 de diciembre de 2004,** u.d., I.L. J 570, entiende que los meses en que los trabajadores fijos discontinuos sólo hayan trabajado unos días, deben integrarse con las bases mínimas de cotización, estableciendo como límite a esta integración que la base no puede resultar superior a la que tuviera un trabajador a tiempo completo que cotizara durante ese tiempo por la base mínima.

En segundo lugar, la **STS de 16 de marzo de 2004,** I.L. J 540, resuelve un conflicto colectivo planteado sobre la interpretación de un convenio colectivo en relación con el cálculo de las horas extraordinarias realizadas por trabajadores fijos discontinuos. El Alto Tribunal, teniendo en cuenta el carácter intermitente del trabajo fijo discontinuo, establece que sólo podrán computarse como horas extraordinarias las horas de trabajo que rebasen la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, cuantificada en 40 horas de trabajo efectivo en promedio anual, y no las que lo superen aisladamente.

Por otra parte, existe algún pronunciamiento que, en función de las circunstancias del caso concreto, determina que la sucesión de contratos temporales encubría en realidad una relación fija de carácter discontinuo (**STSJ de Baleares de 14 de enero de 2005,** I.L. J 311). Lógicamente, esto comporta la consecuencia de que deba computarse a efectos de antigüedad los servicios que el trabajador prestó en virtud de contratos de puesta a disposición con empresas de trabajo temporal.

6. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A) Contratos laborales y contratos administrativos

La **STS de 4 de abril de 2005,** I.L. J 548, se ocupa de declarar la competencia del orden social para fijar una indemnización para un trabajador contratado en régimen laboral por el retraso de la Administración en proporcionarle una plaza acorde con su categoría. El Tribunal apoya la competencia de la jurisdicción laboral en que la reclamación se dirige contra la Administración en su condición de empleadora.

B) Contratación laboral: Irregularidades en la contratación laboral

En relación con la figura jurisprudencial del contrato indefinido pero no fijo de plantilla debe mencionarse la **STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de febrero de 2005,** I.L. J 351, donde se declara este efecto ante la utilización fraudulenta de la modalidad del contrato de obra o servicio determinado por una entidad local.

José María Goerlich Peset
María Amparo García Rubio
Luis Enrique Nores Torres
Mercedes López Balaguer
María Amparo Esteve Segarra

V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Salario. A) Definición y composición de la estructura salarial. a) Plus de penosidad. Directora de escuela-hogar. b) Complemento salarial de disponibilidad. No procede por no estar previsto ni en el contrato individual ni en el convenio colectivo. B) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación. a) Exclusión de los trabajadores temporales en Convenio Colectivo del percibo de determinadas partidas económicas. **2. Jornada de trabajo.** A) Días festivos. a) Indisponibilidad por la negociación colectiva. B) Horario. a) La subrogación del artículo 44 no da derecho al mismo horario que disfrutan los trabajadores de la empresa cesionaria. No discriminación. C) Horas extraordinarias. a) Retribución. El artículo 35.1 del ET no es disponible mediante la negociación colectiva. b) Compensación por tiempo de descanso. Convenio que sucede a uno anterior con distinto cálculo. No alcanza la retroactividad genérica. D) Reducción de jornada por cuidado de hijo menor. a) Reducción proporcional del complemento de antigüedad. **3. Clasificación profesional.** A) Proceso de clasificación profesional: objeto y recurso de suplicación. **4. Movilidad funcional.** A) Retribuciones por realización de funciones de superior categoría: inexistencia de la categoría y derecho a las retribuciones. **5. Movilidad geográfica.** A) RENFE. Traslado forzoso por falta de aptitud por razones psicofísicas. No procede la indemnización por kilometraje para traslados forzosos por razones técnicas, económicas, organizativas o de producción. B) Despido improcedente. Inexistencia de desobediencia alegada. Apariencia de orden de desplazamiento que encubre un traslado. Negativa del trabajador al mismo. Requisitos del traslado. Derecho de opción del trabajador. **6. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo.** A) Modificación sustancial de condiciones. Existencia. Modificación de la jornada que implica modificación del descanso e incidencia en su vida personal. Plazo de prescripción. Procedimiento ordinario. B) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Caducidad de la acción. Inexistencia. **7. Excedencias.** A) Excedencia voluntaria: reingreso.

Adscripción provisional y concurso de traslado. B) Excedencia voluntaria: cómputo a efectos del cálculo de indemnización por despido. C) Excedencia voluntaria: percepción de retribuciones. D) Excedencia por incompatibilidad.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 1 a 4 de 2005 de la Revista de *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 1 a J 588).

1. SALARIO

A) Definición y composición de la estructura salarial

a) Plus de penosidad. Directora de escuela-hogar. Unificación de doctrina

La trabajadora –Directora de una Escuela-Hogar dependiente de la Junta de Andalucía– alega la infracción del artículo 50 del Convenio Colectivo de Personal Laboral al servicio de la Junta de Andalucía. Con arreglo al tenor literal del precepto, los pluses de penosidad, toxicidad o peligrosidad, deberán responder a circunstancias verdaderamente excepcionales por cuanto la regla general debe ser su eliminación cuando desaparezcan las circunstancias negativas que la justifiquen. Además de las circunstancias expuestas, podrá tenerse en cuenta y en su caso, valorarse, la exposición a los riesgos diversos por parte de los trabajadores.

La **STS de 31 de enero de 2005,** u.d., I.L. J 240, estima el recurso y señala que debe partirse de la consideración del plus reclamado como una compensación por circunstancias que sin ser consustanciales al puesto que se desempeña, hacen aún más oneroso el servicio prestado. En efecto, en el caso de la Escuela-Hogar los menores que se encuentran en situación de "guarda", "desamparo" y "reforma" es razonable esperar que por sí o por sus familiares representen un riesgo potencional de penosidad e inseguridad. Éstos son aspectos que acompañan a la labor formativa y de control que se ejerce sobre menores procedentes de tales condiciones, dureza en las condiciones de trabajo que afecta a quienes tiene contacto directo, como el responsable del Centro. Lo que supone un empeoramiento de dichas condiciones de modo coyuntural es que no vayan acompañadas de unas medidas de protección que garanticen un mínimo de seguridad. No se constata la presencia de personal de seguridad y la directora efectúa en su vehículo particular acompañada de la trabajadora social los traslados de menores a centros hospitalarios, Juzgados de Menores, Fiscalía, agravándose de esta forma las condiciones en que deben llevar a cabo su tarea.

b) Complemento salarial de disponibilidad. No procede por no estar previsto ni en el contrato individual ni en el convenio colectivo. Unificación de doctrina

La cuestión que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina consiste en determinar si corresponde o no el abono de un plus de disponibilidad a los vigilantes de seguridad en un supuesto en el que concurren las siguientes circunstancias: a) está previsto en el documento escrito del contrato que el trabajador está obligado a prestar servicios de vigilancia en oficina bancaria y de otro a estar pendiente y disponible para acudir a llamadas telefónicas de alarma en vista a comparecencia en la sucursal; b) el propio documento del contrato dice que la retribución total será según convenio, sin indicación de cantidad alguna en concepto de disponibilidad; c) las disposiciones sobre estructura del salario del convenio colectivo aplicable establecen además del salario base, distintos pluses y complementos salariales para los vigilantes de seguridad, pero no de disponibilidad.

La **STS de 10 de marzo de 2005**, u.d., I.L. J 473, llega a la conclusión que los vigilantes de seguridad contratados en las condiciones concretas no tienen derecho a un plus de disponibilidad no previsto ni en el convenio colectivo ni en el contrato de trabajo y por tanto tampoco calculado o calculable de acuerdo con factores predeterminados en dichas fuentes de regulación de la relación individual de trabajo. La no percepción del citado plus no significa que el tiempo de disponibilidad que no es en principio tiempo de trabajo, según nuestra jurisprudencia, no suponga un coste personal de libertad de acción y de movimientos para el trabajador, o que dicha disponibilidad para el servicio no deba ser compensada, sino que, tal y como se encuentra regulada en la actualidad la relación de trabajo del demandante, la compensación se incluye en el importe del salario pactado como "retribución global".

B) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación

a) Exclusión de los trabajadores temporales en Convenio Colectivo del percibo de determinadas partidas económicas

La cuestión objeto de análisis es la petición de nulidad de varios preceptos del Convenio Colectivo de la empresa "Autopistas del Atlántico, Concesionaria Española, SA" (AUDASA), por considerar su contenido contrario al principio de igualdad en cuanto excluye de su aplicación a los trabajadores temporales. Los artículos en concreto son el artículo 37 referido a los anticipos sobre haberes, el artículo 38 sobre ayuda para gastos médicos, el artículo 42 relativo al economato y el artículo 43 referido a la ayuda de estudios.

La **STS de 1 de marzo de 2005,** I.L. J 467, responde a esta cuestión de la siguiente manera. Afirma el Tribunal Supremo que los citados preceptos no atentan al principio constitucional de igualdad, máxime si se tiene en cuenta la duración media de los contratos temporales (entre cinco y seis meses) en el período al que se refiere el relato fáctico. En efecto, atendida la regulación contenida en dichos artículos sobre las materias, respectivamente,

de anticipo de haberes, ayuda por gastos médicos y ayudas por estudios, difícilmente puede cohonestarse aquélla con la relación laboral establecida con carácter temporal.

En cuanto al anticipo de haberes –que no puede exceder de tres mensualidades de ingresos brutos– su amortización contempla un máximo de veinticinco pagas, que es periodo que excede notablemente de la media contractual antes expresada, siendo manifiestas, por otra parte, las dificultades de una atemperación proporcional al período contractual que pueda hacer eficaz el anticipo.

En lo relativo a la ayuda por gastos médicos, la circunstancia de la excepcionalidad de los supuestos que comprende, unida a su previsible importe en algunos casos y a la posible duración del tratamiento en otros, sirve de fundamento para apreciar la razonabilidad de la medida que se cuestiona, ante las dificultades de su adaptación a las características de las diferentes modalidades contractuales que no confieren al trabajador carácter de permanencia en la empresa.

En lo que se refiere a la ayuda de estudios, el propio objeto de la ayuda –curso académico por beneficiario– exige una vinculación del trabajador con la empresa que alcance al menos un curso académico o escolar, lo cual hace evidente la imposibilidad de una previsión de este tipo de ayuda para los trabajadores temporales.

A otra conclusión ha de llegarse respecto del artículo 42 del Convenio, relativo al economato. El hecho de que se trate de la inclusión de trabajadores de la empresa en alguno de los dos economatos concertados por ésta con dos fundaciones laborales no comporta de suyo la existencia de dificultades objetivas de entidad para que los trabajadores temporales puedan disfrutar plenamente de este derecho mientras permanezcan en la empresa.

2. JORNADA DE TRABAJO

A) Días festivos

a) Indisponibilidad por la negociación colectiva

La **STSJ de Castilla y León de 21 de febrero de 2005**, I.L. J 461, analiza la disponibilidad de las fiestas locales de los municipios a través de la negociación colectiva.

En el supuesto aquí contemplado, el calendario laboral pactado con los representantes de los trabajadores, fija para el disfrute de la fiesta local fechas diferentes a las señaladas en la Resolución de la Oficina Territorial de Trabajo de la Delegación Territorial de León de la Junta de Castilla y León.

Entiende citada Sentencia que si bien el artículo 37.2 del Estatuto de los Trabajadores permite a la Comunidad Autónoma modificar el calendario fijado por la Administración

del Estado, esta potestad no es extensible a los ciudadanos particulares ni siquiera por la vía de la negociación colectiva.

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

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

B) Horario

a) La subrogación del artículo 44 no da derecho al mismo horario que disfrutan los trabajadores de la empresa cesionaria. No discriminación

La **STS de 12 de enero de 2005**, I.L. J 37, resuelve el conflicto colectivo por el que un grupo de trabajadores subrogados en virtud de lo previsto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores demanda la aplicación del mismo horario de verano que disfrutan los trabajadores de la empresa cesionaria.

Para el TS esta petición excede del contenido del apartado 1 del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, el cual impone al empresario que subroga el respeto de los derechos preexistentes de los trabajadores subrogados, sin que ello suponga la adquisición de los que tuvieran conferidos los trabajadores que vinieran prestando servicios anteriormente en la empresa.

Concurre la circunstancia de que la imposición de una jornada de verano en la empresa que subroga no devenía de una decisión unilateral del empresario, sino fruto de un acuerdo colectivo, que fracasó con los trabajadores de la empresa subrogada.

En base a esta circunstancia entiende la Sala de lo Social del TS que no cabe sustituir el fracaso en la negociación colectiva por un igualitarismo, que no garantizaría el respeto al principio de igualdad, si se examina tan sólo el horario de verano de unos y otros trabajadores, al margen del resto de condiciones laborales que disfrutan ambos colectivos.

C) Horas extraordinarias

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

Son varias las Sentencias que en esta crónica, se ocupan de la naturaleza del artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores, concluyendo que se trata de una norma de derecho necesario absoluto, lo que prohíbe a la negociación colectiva pactar el valor de la hora extraordinaria por debajo del valor de la hora ordinaria.

En este sentido se pronuncian las **SSTS** (Sala de lo Social) **de 21 de diciembre de 2004,** I.L. J 257, **22 de diciembre de 2004,** I.L. J 249, **12 de enero de 2005,** I.L. J 36, **24 de febrero de 2005,** I.L. J529 y **14 de marzo de 2005,** I.L. J 472.

Se trata en todas ellas de trabajadores de la misma empresa dedicada al transporte de marítimo de viajeros, que demandan la retribución de las horas extraordinarias con un valor mínimo igual al valor de la hora ordinaria. Y ello porque el convenio colectivo de citada empresa establece la retribución de la hora extraordinaria por debajo del valor de la hora ordinaria.

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

> "(...) el valor pactado de cada hora extraordinaria en ningún caso podrá ser inferior al de la hora ordinaria. Se trata de una norma legal imperativa y de derecho necesario, que garantiza a los trabajadores la indisponibilidad de los derechos que la misma les confiere (artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores)".

Interesa recordar que citada doctrina, supone una superación de la interpretación que la misma Sala diera al artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores, antes de la Reforma que en este precepto introdujera la Ley 11/1994.

Así, entre otras, la STS de 27 de febrero de 1995, recurso 981/2004, señalaba con apoyo en otros fallos anteriores que:

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

Doctrina esta que, pese a encontrarse ya superada por las Sentencias más arriba señaladas, continúa citando la **STSJ de Cantabria de 26 de enero de 2005,** I.L. J 117, en pronunciamiento *obiter dicta*.

El cambio doctrinal se fundamenta de forma detallada en la **STS de 14 de marzo de 2005,** I.L. J 472. Se explica así cómo la doctrina anterior se enmarca en un contexto en el que

el valor de la hora extraordinaria había sido encarecido bruscamente por el legislador en el ánimo de erradicar la realización de las horas extraordinarias (primero en un 25 por 100 en la Ley de Jornada Máxima y después en un 50 por 100 con la Ley de Relaciones Laborales).

De esta manera cuando las horas extraordinarias en la negociación colectiva se pactaban por debajo de lo dispuesto en el Estatuto de Trabajadores (75 por 100 de recargo) se entendía lícito por la anterior jurisprudencia, máxime si el trabajador disfrutaba de otro tipo de compensaciones dentro de los mandatos legales.

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

Ante este cambio legislativo, entiende la Sala que no hay motivo que justifique mantener la disponibilidad del valor de la hora extra por la negociación colectiva, cuando el anterior recargo excesivamente gravoso (75 por 100) ha desaparecido.

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

b) Compensación por tiempo de descanso. Convenio que sucede a uno anterior con distinto cálculo. No alcanza la retroactividad genérica

Con frecuencia los convenios colectivos son firmados meses más tarde de la expiración del convenio precedente, el cual suele encontrarse en situación de prórroga. E igualmente con frecuencia, suele otorgarse al nuevo convenio efectos retroactivos al momento en que venció el precedente a fin de evitar vacíos legislativos.

El problema surge cuando ese lapso de tiempo es muy dilatado, y la regulación posterior de una determinada materia (dotada de efectos retroactivos), es diferente a la del convenio prorrogado y aplicado durante la negociación del convenio.

Éste es el supuesto que analiza la **STS de 29 de diciembre de 2004,** I.L. J 22, la cual analiza un supuesto de sucesión de convenios donde el tiempo de descanso en compensación por las horas extraordinarias, era superior en el convenio posterior respecto del convenio anterior aplicado en forma de prórroga anual.

No se decanta la Sala de lo Social del TS respecto de una solución general en estos casos, y no determina si debe ser aplicable el convenio posterior (por aplicación retroactiva) o el anterior (vigente en situación de prórroga). Señala el Tribunal que la "solución adecuada habrá que deducirla del propio contenido de cada convenio".

Aplicado al caso concreto que estudia, pone el acento en la naturaleza no salarial de la compensación por la realización de horas extraordinarias, lo que eludiría la aplicación de la cláusula general de retroactividad respecto de las disposiciones salariales.

D) Reducción de jornada por cuidado de hijo menor

a) Reducción proporcional del complemento de antigüedad

La reducción de jornada por cuidado de hijo menor conlleva una reducción proporcional del salario percibido, conforme lo dispuesto en el artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores.

La **STS de 25 de mayo de 2004,** I.L. J 305, analiza si citada doctrina general es aplicable también al complemento de antigüedad, concluyendo de forma afirmativa toda vez que:

> "(...) citado complemento tiene carácter salarial, con independencia de que sea calificado como complemento personal (...)".

Por ello, entiende la Sala de lo Social que no hay razón para entender que el abono del mismo a prorrata de la reducción de jornada incurre en vulneración alguna del ordenamiento jurídico.

3. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

A) Proceso de clasificación profesional: objeto y recurso de suplicación

La modalidad procesal especial de clasificación profesional no admite recurso de suplicación. Sin embargo, esta materia puede acceder a las salas de nuestros TTSSJ en función del contenido de la pretensión lo que determinará su calificación. Delimitar la pretensión y compararla con el objeto de la modalidad procesal de clasificación profesional es, en consecuencia, determinante a los efectos de elección de la vía procesal a seguir y consiguiente posibilidad de recurso. Así, transitarán a través de esta modalidad procesal de clasificación profesional las reclamaciones relativas al reconocimiento de una determinada categoría profesional o clasificación profesional en general del trabajador, pretensión que parte de la divergencia entre el encuadramiento profesional del trabajador y sus funciones (STS de 30 de diciembre de 1998). La normativa procesal y sustantiva –artículo 39.4 ET–, permite acumular o no la pretensión económica por diferencias salariales a la de clasificación profesional, acción principal frente a la primera que debe considerarse como subordinada (STS de 2 de diciembre de 1999).

Pero, siguiendo la estela marcada por la STS de 2 de diciembre de 2002, (u.d.) (recurso de casación para la unificación de doctrina 1153/2002), I.L. J 2584, en la tarea de delimitar el objeto del proceso especial de clasificación profesional, la STS de 6 de octubre de 2003, I.L. J 1481 (recurso 6/2003), y **de la STS 18 de marzo de 2005** (recurso u.d. 2256/2004) I.L. J 424, reafirman el criterio del Alto Tribunal al manifestar que la modalidad procesal de clasificación profesional "debe utilizarse exclusivamente cuando la reclamación de categoría profesional esté fundada en el desempeño de actividades de categoría superior en la que son determinantes 'los hechos y circunstancias del trabajo efectivamente desarrollado', pero no cuando la clave de la decisión jurisdiccional se encuentra en la interpretación de preceptos", incluidos los del convenio colectivo.

Es decir, no se seguirá esta modalidad procesal cuando la resolución judicial no "depende o al menos no depende 'exclusivamente' de los cometidos laborales realizados por la actora, sino que ha de tener en cuenta otras consideraciones 'de derecho' y no 'de hecho'", consideraciones que en los casos de autos se correspondían con el encaje de las antiguas categorías profesionales de los distintos convenios colectivos del personal laboral de las Administraciones Públicas en los grupos profesionales del Convenio colectivo único del personal laboral de la Administración General del Estado, caso primero, y con el proceso de homogeneización de las condiciones laborales de los trabajadores afectados por la fusión de ENHER con FECSA dando lugar a "Endesa distribución Electrica, SL", homogeneización efectuada por el I Convenio Marco de 25 de octubre de 2000, caso de la última de las sentencias citadas.

Consideraciones que se reproducen en las SSTS (Sala Cuarta) de 27 de enero de 2004, (recurso u.d. 1903/2003), I.L. J 185, de 9 y 28 de septiembre de 2004, (recursos u.d. 3802/2003 y 3631/2003), I.L. J 1195 y J 1488 y **STS de 25 de enero de 2005,** I.L. J 53 (recurso u.d. 5515/2003) –relativa esta última al encuadramiento de un oficial 1ª, de oficio conductor nivel 6–, señalando como vía jurisdiccional adecuada la del proceso ordinario siendo en consecuencia la sentencia de instancia recurrible en suplicación.

4. MOVILIDAD FUNCIONAL

A) Retribuciones por realización de funciones de superior categoría: inexistencia de la categoría y derecho a la retribución

La **STS de 31 de enero de 1995,** (recurso u.d. 6373/2003) I.L. J 110, es de gran interés pues advierte claramente que la inexistencia en la empresa de la plaza de categoría superior, categoría superior cuyas funciones efectivamente se realizan, no condiciona la percepción de las correspondientes retribuciones. Sentencia que se fundamenta en dos argumentos. En primer lugar, ni el artículo 39 ET ni el artículo 15 del III Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Xunta de Galicia, aplicable al caso enjuiciado, contemplan como requisito la existencia de la plaza de superior categoría cuyas funciones se realizan. Y, en segundo lugar, aceptar que la persona que desempeña funciones superiores a las propias no tiene derecho a la retribución correspondiente por inexistencia de la plaza superior constituiría la "instauración de una auténtico fraude, cual sería la cober-

tura de una necesidad de trabajo con trabajador menos cualificado y con una retribución inferior". Fraude y doctrina que, añadimos, es necesario interpretar excepción hecha de la falta de la titulación requerida por el legislador estatal para el desempeño de las funciones de categoría superior, pues tal exigencia constituye asimismo jurisprudencia reiterada de nuestro Alto Tribunal.

5. MOVILIDAD GEOGRÁFICA

A) RENFE. Traslado forzoso por falta de aptitud por razones psicofísicas. No procede la indemnización por kilometraje para traslados forzosos por razones técnicas, económicas, organizativas o de producción

La **STS de 8 de marzo de 2005,** I.L. J 204, examina el recurso de casación para la unificación de doctrina referido a trabajadores que fueron declarados no aptos por pérdida de facultades psicofísicas siendo trasladados y acoplados a otros puestos de trabajo de la empresa, por lo que interesaron las indemnizaciones previstas para la movilidad forzosa. La sentencia señala que cada supuesto es distinto, pues en los casos de "traslado forzoso por falta de aptitud por razones psicofísicas, para el desempeño del puesto de trabajo que ocupaba el trabajador, la causa que lo determina es personal de éste, que origina la necesidad de encontrarle un puesto de trabajo acorde con su situación, sin acudir al expediente de incapacidad permanente total, como pudo hacerse, pactándose incluso sus retribuciones en el período intermedio, y una vez acoplados definitivamente, es decir, no estamos ante un supuesto de movilidad geográfica impuesta a diferencia de lo que acaece con la movilidad forzosa por amortización del puesto de trabajo que desempeñaba el trabajador en donde dicha situación es ajena a este (...)".

B) Despido improcedente. Inexistencia de desobediencia alegada. Apariencia de orden de desplazamiento que encubre un traslado. Negativa del trabajador al mismo. Requisitos del traslado. Derecho de opción del trabajador

Al trabajador le fue comunicada una misión de trabajo en Francia, con duración total prevista de 11 meses, incluidas las vacaciones, después de diversas vicisitudes el trabajador rechazó la oferta de atender el proyecto encomendado por lo que la empresa procedió al despido del trabajador. El juzgado *a quo* declaró el despido procedente. La **STSJ de Madrid de 1 de febrero de 2005,** I.L. J 360, examina la diferencia entre el desplazamiento y el traslado y concluye que estamos ante un traslado revestido de desplazamiento, con lo que este traslado tiene carácter voluntario para el trabajador y no podrá imponerse de forma unilateral por el empresario bajo la apariencia de un desplazamiento, eludiendo los requisitos del artículo 40.1 ET para el traslado, por tanto no existe el incumplimiento alegado por la empresa y por ello la decisión del despido es improcedente.

6. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

A) Modificación sustancial de condiciones. Existencia. Modificación de la jornada que implica modificación del descanso e incidencia en su vida personal. Plazo de prescripción. Procedimiento ordinario

La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 1 de febrero de 2005,** I.L. J 343, analiza en primer lugar la caducidad de la acción y recoge lo reiteradamente señalado por la doctrina jurisprudencial en el sentido que para darse el plazo de caducidad es necesario que la decisión empresarial de modificación de condiciones de trabajo ha de ser adoptada conforme el trámite establecido en el artículo 41 ET, por el contrario, cuando no se ha seguido el cauce procedimental, la impugnación de dicha decisión empresarial se debe encauzar por el procedimiento ordinario y no rige la regla de caducidad.

Se cuestiona en la *litis* la sustancialidad de la modificación y se analiza la misma, esto es, si se ha producido una transformación de aspectos básicos de la relación laboral. En el presente supuesto, un cambio de horario y del sistema de retribución del trabajador para el trabajador, supone para el mismo el paso de un sistema de jornada corrida a otro de jornada partida, con una hora de interrupción entre jornada, el aumento de las horas de prestación de servicios y, además, la eliminación del sistema de ajustes, por el que se trabajaban menos horas siempre que se alcanzaran las tareas encomendadas cada día. Ello conlleva una alteración significativa de la distribución diaria del tiempo de trabajo del operario afectado y consecuentemente el régimen de descansos, alterando, por tanto el plan de vida del trabajador, haciendo más gravosa su prestación de trabajo con afectación en su vida privada y familiar... Siendo sustancial la medida queda sometida al artículo 41 ET y por tal excluida del *ius variandi* del empresario, con lo que sólo por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción cabe su modificación, lo que al no realizarse de tal forma se confirma la sentencia que dejó sin efecto la modificación operada.

B) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Caducidad de la acción. Inexistencia

La **STS de 15 de marzo de 2005,** I.L. J 477, examina la caducidad en los procedimientos de modificación sustancial de condiciones de trabajo y a tal efecto reitera la doctrina sostenida en la sentencia en unificación de doctrina de 10 de abril de 2000 para revocar la sentencia del TSJ que acogió la caducidad y es que señala que no es adecuado acoger el proceso ordinario y por tal admitir el recurso de suplicación y apreciar la caducidad prevista exclusivamente para la modalidad procesal especial, en la que es irrecurrible la sentencia de instancia.

7. EXCEDENCIAS

A) Voluntaria: reingreso. Adscripción provisional y concurso de traslado

La cuestión planteada en la **STS de 17 de diciembre de 2004,** (recurso u.d. 4150/2003), I.L. J 17, consistía en determinar si el desempeño con carácter provisional de plaza, que

se ha producido por adscripción a plaza vacante de las llamadas "de cupo y zona" de un médico de la Seguridad Social con nombramiento definitivo (especialista de odontología, en el caso), reingresado al servicio activo en la plaza "de cupo y zona" a la que había sido adscrito, después de un período de excedencia voluntaria (de 1983 a 1995, en el caso) y cuyo nombramiento se ha prolongado un cierto tiempo (al menos hasta la interposición de la demanda), eximía al demandante, que había recibido una notificación de la entidad gestora, en la que se le comunicaba que estaba obligado a participar en un concurso convocado para la cobertura de plazas no del sistema tradicional "de cupo y zona", sino integradas en "equipos de atención primaria", de tal participación. El actor sostuvo que tal obligación no existe, invocando que, a su juicio, tiene derecho de opción a permanecer en la plaza de cupo y zona a la que ha sido adscrito. La solución desestimatoria de la pretensión del actor se fundamenta en que "La Disposición Adicional Sexta del RD 118/1991, así como el RD-L 1/1999, de 8 de enero y la Ley 30/1999, han establecido que el reingreso al servicio activo del personal que no tiene derecho a reserva de plaza, supuesto en el que se encuentran los excedentes voluntarios, se efectuará en principio por participación en concurso de traslado, dejando no obstante abierta la posibilidad de adscripciones provisionales a plazas vacantes, las cuales se incluirán en el primer concurso de traslado que se celebre. Estas previsiones normativas atribuyen al personal médico derechos profesionales de participación en concurso y de adscripción provisional, pero, en contrapartida, le asignan el deber de participar en los concursos de traslado que se convoquen en vistas a la obtención de plaza propia o reservada. La tardanza en la convocatoria de estos concursos o incluso el eventual incumplimiento de la obligación de la entidad gestora de sacar a concurso las plazas de adscripción provisional, prolongan la situación de provisionalidad, pero no enervan el deber de concursar ni generan derechos de permanencia indefinida en la plaza ocupada".

B) Excedencia voluntaria: cómputo a efectos del cálculo de indemnización por despido

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de febrero de 2005, (**recurso 1769/2004), I.L. J 353, reitera una consolidada doctrina jurisprudencial (SSTS de 26 de junio de 1998 y 12 de marzo de 2003) que establece que "el tiempo de excedencia no puede computarse como tiempo de trabajo a los efectos del cálculo de la indemnización".

C) Excedencia voluntaria: percepción de retribuciones

La **STSJ del País Vasco de 18 de enero de 2005**, recurso 1556/2004, I.L. J 444, analiza el derecho a la percepción de retribuciones a una trabajadora del Servicio Cántabro de Salud, declarada en situación de excedencia voluntaria, declarando la ausencia del derecho al devengo de las mismas. La sentencia aclara la denominación dada por la Administración a una determinada situación administrativa, no vincula al Juez, debiendo indagar su auténtica naturaleza.

D) Excedencia por incompatibilidad

La **STSJ de Extremadura de 24 de febrero de 2005** (recurso 812/2004), I.L. J 530, analiza un supuesto de solicitud de excedencia por incompatibilidad en el ámbito de una Administración Pública, concluyendo que no resulta posible la concesión de lo pedido dado que es requisito imprescindible ostentar la condición de personal laboral fijo, condición que requiere de la previa superación de un período de prueba, superación que no concurría en el caso enjuiciado.

Jesús R. Mercader Uguina
César Tolosa Tribiño
Ana María Badiola Sánchez
David Lantarón Barquín
Fernando Breñosa Álvarez de Miranda
Ana Belén Muñoz Ruiz
Montserrat Ruiz Cuesta

VI. DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Sumario:

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

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica recoge la doctrina judicial relativa a la extinción del contrato de trabajo y al despido, emanada del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, incluida en la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, números 1 a 4 del año 2005.

La sistemática observada en ella intenta separar, en la medida de lo posible, la exposición de las cuestiones relativas a la extinción del contrato de trabajo, en general, de aquellas otras, más específicas, concernientes al despido. Estas últimas se desglosan atendiendo a las tres categorías que de este último contempla el legislador, reseñando los aspectos que en cada una de ellas son objeto de consideración –con mayor o menor profusión o intensidad– en la doctrina judicial. Posteriormente, se abordan los aspectos relativos a la impugnación del des-

pido, que afectan no sólo al ejercicio de la acción y las cuestiones que plantea, sino también a las posibles calificaciones judiciales del mismo y las consecuencias derivadas de ellas.

2. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESPIDO

A) Causas de extinción contractual

La primera de las causas de extinción del contrato de trabajo, el **Mutuo acuerdo de las partes** [artículo 49.1.a) ET] que se documenta a través del denominado "Finiquito", es analizada en la **STSJ de Madrid de 28 de enero de 2005** (recurso 6498/2004), I.L. J 340, que le otorga valor liberatorio al enjuiciar el supuesto de la válida extinción contractual. La Sala argumenta en su FJ 2º:

> "La negación de la eficacia liberatoria del finiquito se ha producido en otros supuestos por completo distintos del presente, tales como: finiquitos tras contratos temporales fraudulentos, o firmados entre contrato y contrato que se suceden en una cadena, o suscritos a la finalización de períodos de trabajo fijo discontinuo (en acciones de despido) y también en casos en que claramente no se ha incluido un concepto determinado o se producen diferencias salariales por convenio posterior con efectos retroactivos (en acciones de reclamación de cantidad). Por lo que se refiere a los finiquitos firmados a la conclusión de un contrato por no superación del período de prueba, se ha declarado su ineficacia cuando tal período era inexistente, por haber sido rebasada su duración o por no haberse pactado por escrito, así en la sentencia del TS de 19 de junio de 1990 y en el supuesto contemplado en la Sentencia del TS de 5 de octubre de 2001. Pero ya se ha dicho que el caso analizado era diferente por las razones expuestas, por lo que se ha de dar plena validez al finiquito."

A la extinción del contrato de trabajo por muerte, jubilación, en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, o incapacidad del empresario [artículo 49.1.g) ET] se refiere la **STSJ de Extremadura de 27 de enero de 2005** (recurso 758/2004), I.L. J 127. Confirma la sentencia de instancia que desestima la demanda de despido, en el supuesto de una trabajadora, en la que: "acreditada la relación laboral con el empresario manteniéndose hasta el fallecimiento de éste, del que tuvo oportuno conocimiento, y a partir del tal acaecimiento fue la esposa del finado la que continuó, en calidad de usufructuaria universal de la herencia del marido, con el desempeño y gestión del negocio de hostelería, haciendo abono de los salarios a la demandante y continuando la actividad empresarial de aquél hasta su jubilación". El fallo rechaza la existencia de despido por jubilación de la titular del negocio, y se pronuncia a favor de la extinción de la relación laboral. Para la Sala:

> "es claro que de conformidad con la ya consolidada doctrina sustentada por el Tribunal Supremo entre otras coincidentes Sentencias de 28 de junio de 1984, 16 de junio de 1988, 18 de diciembre de 1980 y 13 de marzo de 1992, la única empresaria y continuadora en

la titularidad del negocio para la que la demandante siguió prestando servicios lo fue la aludida esposa del finado de conformidad con lo prevenido por el núm. 2 del artículo1 del Estatuto de los Trabajadores sin que pese a haberse producido, por razón de tales circunstancias, un cambio en la titularidad de la empresa, a tenor de lo determinado por el artículo 44 del mismo ET, a la demandante, en calidad de trabajadora, le correspondieran otros ni más derechos que los de 'quedar subrogado el nuevo empresario en los mismos derechos y obligaciones del anterior'. Y si –igualmente constatado como probado– el posterior 30 de junio de 2002 la referida y única titular del negocio decide jubilarse causando baja en el régimen especial de trabajadores autónomos y cerrando el establecimiento en el que desarrollaba su actividad de empresaria –sin que se haya discutido ni siquiera puesto en duda que la misma no reuniera las exigencias legales establecidas para adoptar tal decisión de jubilación– poniendo tal hecho en conocimiento de la trabajadora demandante, es claro que sea cual fuere el tamiz a que tales hechos y procederes se sometan sólo como determinantes de extinción de la relación laboral conforme a lo prevenido en el apartado g) del núm.1 del artículo 49 ET, y tan constante como reiterada doctrina sobre el mismo contenida entre otras coincidentes Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1990, 9 de abril de 1996, y 25 de abril y 20 de junio de 2000, puede jurídicamente valorarse al estimarlo y decidirlo".

Relativa a la extinción del contrato de trabajo "por voluntad del trabajador" (artículo 50 ET), la **STSJ de Madrid de 20 de enero de 2005** (recurso 4791/2004), I.L. J 178, niega la existencia de dimisión de un trabajador, y por tanto esta última en un supuesto en que el empleado es despedido, una vez incoada ante el juzgado de lo social demanda por despido (que es declarado improcedente, optando la empresa por la readmisión del trabajador), declara la suspensión de la relación laboral con motivo de la gravosa situación generada. La Sala argumenta en su FJ 2º:

"Efectivamente es correcta y aplicable la doctrina jurisprudencial que considera que la extinción de la relación laboral a instancias del trabajador por incumplimiento de las obligaciones de la empresa, sólo puede producirse desde una situación de activo, de manera que, con carácter general, se exige el mantenimiento de la relación laboral y la continuidad de las recíprocas prestaciones hasta que se declare judicialmente la extinción. Sin embargo, también se ha permitido por la jurisprudencia que la dureza de este requisito puede matizarse en casos extraordinarios, basados no en motivos de incomodidad o de simple deseo del trabajador, sino por la situación especialmente gravosa a que puede conducir el mantenimiento de la relación laboral; en este sentido, diversas sentencias admiten la suspensión de las recíprocas obligaciones de prestar servicios y de abonarlos, en supuestos en que existan razones de índole física, psíquica, económicas o morales que la justifiquen, con la finalidad de impedir mayores males que la propia ruptura del vínculo (STCT de 5 de mayo de 1988 y del TS de 26 de diciembre de 1986) (...) Existe, pues, causa de extinción por incumplimiento de la empresa de sus obligaciones en materia de seguridad del trabajador; y existe, igualmente, causa que justifica la suspensión de la relación laboral llevada a cabo por el trabajador y explicada por escrito a la empresa en fecha 5 de noviembre de 2001, por lo que procederá efectuar los dos pronunciamientos solicitados, es decir: declarar improcedente su despido y estimar la demanda por extinción."

Asimismo, las **STSJ de Madrid de 8 de marzo de 2005** (recurso 5531/2004), I.L. J 363 y la **STSJ de Cataluña de 31 de enero de 2005** (recurso 6776/2004), I.L. J 513, niegan que exista dimisión de sendos trabajadores ante dos casos de falta de abono del subsidio por incapacidad temporal durante un largo período. Las Salas argumentan que el incumplimiento no es de tal gravedad como para extinguir la relación laboral.

Según la Sala, la dimisión voluntaria de su puesto de trabajo decae, porque:

> "Se había venido pagando puntualmente todas las mensualidades desde el inicio de esta situación en el mes de junio de 2001, y pagó también aún con retraso, los meses de noviembre y diciembre, y sobre todo, que aquella irregularidad obedece al hecho de que había fallecido el socio mayoritario que dirigía la empresa en una situación de falta de liquidez de la misma, de forma que hasta que no se produjo la aceptación de la herencia por parte de los herederos a primeros de octubre de 2002 no pudieron éstos conseguir los créditos necesarios para hacer frente a los pagos pendientes. Hecho que no es lo suficientemente grave como para dar lugar a la extinción indemnizada del contrato de trabajo por voluntad del trabajador."

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 28 de febrero de 2005** (recurso 226/2005), I.L. J 459, versa sobre un supuesto de extinción de contrato de trabajo por voluntad de un trabajador con categoría profesional de Jefe de sección de la empresa. El empleado alega ser objeto de *mobbing* al venir realizando un horario de trabajo superior al ordinario, encomendándosele, además, la realización de un curso de formación y tras haber mantenido una conversación irrespetuosa con su superior. La Sala deniega la calificación de despido. La Sentencia en su FJ 2º argumenta:

> "El que la empresa demandada tenga una política de personal con los jefes de sección en el que la flexibilidad de horario se vuelve una espada de Damocles contra el trabajador, si bien autoriza a efectuar las protestas oportunas en la medida en que el horario efectivamente realizado excede de los mínimos o máximos legales, ello no puede implicar que exista un incumplimiento grave susceptible de motivar la extinción de la relación laboral por el citado artículo 50 ET. En este supuesto estamos ante una movilidad funcional que no ha conllevado (al menos al momento de ejercitar la acción) un cambio de condiciones de trabajo que altere lo antes obtenido por la vía de la concertación entre las partes, pues no puede hablarse de un traslado forzoso a la necesidad de realizar un curso de formación, aunque sea fuera de su localidad de origen y de trabajo, salvo que se acreditara una evidente mala fe en su ubicación, lo que no consta; tampoco puede estimarse que una conversación fuera de tono e irrespetuosa, como lo fue la realizada, suponga la manifestación de una situación de acoso moral, pues consta su condición de extraordinaria y puntual, lo que no puede incluirse dentro del concepto doctrinal de *mobbing* a que antes se ha hecho mención. Por ello y con independencia de las posibles acciones que pueda conservar el actor en el ejercicio de sus derechos laborales, al igual que el resto de sus compañeros afectados por similar problemática, no puede considerarse que exista una especial situación de discriminación o afectación especial del actor, por lo que procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia de la instancia."

3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CAUSAS QUE LO MOTIVAN

Al incumplimiento contractual consistente en la "desobediencia a una orden de la empresa", como causa de despido disciplinario [artículo 54.2.a) ET] se refiere la **STSJ de Madrid de 1 de febrero de 2005** (recurso 4805/2004), I.L. J 360. La Sala declara la procedencia del despido disciplinario efectuado, frente a la sentencia de instancia que lo declaró improcedente.

La Sala de lo Social del TSJ de Madrid, en su FJ 2º, expone que el trabajador está en la obligación de cumplir la orden y después formular la reclamación procedente:

> "El trabajador no puede erigirse en definidor de sus propias obligaciones, sino que, ante una orden emanada de la empresa, lo primero es cumplirla, salvo que la misma pueda comportar riesgos inminentes para el operario, pudiendo éste, tras ejecutar lo mandado, formular la reclamación que procediera y, por eso, el Tribunal Supremo ha declarado, por ejemplo, en SSTS de 8 de julio de 1986 y 25 de junio de 1987, entre otras, que la desobediencia determina el despido cuando se ofrece como una directa contradicción a una orden del empresario, dada en base al poder directivo que le reconoce el artículo 5.c) ET, pues no constituyendo el cumplimiento de lo obligado riesgo de un perjuicio grave e irreparable para el trabajador, viene obligado a efectuar el trabajo, pudiendo aducir con posterioridad las razones que tuviere, con objeto de que la situación no pueda repetirse caso de que la orden no sea ajustada a derecho o bien para la indemnización de los perjuicios causados."

A la cuarta de las causas motivadoras de un despido disciplinario, consistente en la "transgresión de la buena fe contractual" [artículo 54.2.d) ET], se refiere expresamente la **STSJ de Valencia de 20 de enero de 2005,** (recurso 2591/2004), I.L. J 449, que confirma la improcedencia del despido de un trabajador. La Sala, respecto a la transgresión de la buena fe contractual reafirma su improcedencia dada la falta de intención defraudatoria del trabajador afectado:

> "Viene insistiendo la doctrina jurisprudencial (Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1984, 18 y 28 de junio de 1985, 12 y 17 de julio, 13 y 23 de octubre y 11 de noviembre de 1986, 21 de enero y 13 de noviembre de 1987, 7 de junio, 11 de julio y 5 de diciembre de 1988 y 15 de octubre de 1990 que en aquellas cuestiones situadas en el área de disciplinaria o sancionadora de esta rama del ordenamiento jurídico, han de ponderarse todos sus aspectos, objetivos y subjetivos, pues los más elementales principios de justicia exigen una perfecta proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, y en este orden de las cosas no puede operarse objetiva y automáticamente, sino que tales elementos han de alzarse para buscar en su conjunción la auténtica realidad jurídica que de ella nace, a través de un análisis específico e individualizador de cada caso concreto, con valor predominante del factor humano, pues, en definitiva, se juzga sobre la conducta observada por el trabajador en cumplimiento de sus obligaciones contractuales o con ocasión de aquéllas. De igual forma, el Tribunal Supremo interpretando el artículo 54 del ET ha precisado que es necesario quede evidenciado que se trate de un incumplimiento grave y culpable, pues el despido por ser la sanción más grave en derecho

laboral obliga a una interpretación restrictiva, pudiendo, pues, imponerse otras sanciones distintas del despido si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos impugnados, si bien son merecedores de sanción no lo son de la más grave, como es el despido. Respecto del apartado d) en su número 2, que tipifica como justa causa del despido la transgresión de la buena fe contractual así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo, que la buena fe es consustancial al contrato de trabajo, en cuanto por su naturaleza sinalagmática genera derechos y deberes recíprocos: que el deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajadores es una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual, y que la deslealtad implica siempre una conducta contraria a la que habitualmente ha de observar el trabajador respecto de la empresa, como consecuencia del postulado de fidelidad (…) la jurisprudencia requiere –como hemos visto– para que el trabajador sea despedido por transgresión de la buena fe contractual, que haya actuado de un modo consciente y doloso, excluyéndose de esta causa la imprudencia. Se afirma así que el trabajador debe actuar en conciencia de que su conducta vulnera el deber de fidelidad para con la empresa, por lo que exige que la conducta sancionable con despido sea calificable de dolosa (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 y 28 de junio de 1985 y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 11 de junio de 1992)."

4. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS

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

La interpretación de la causa de despido económico o por necesidades técnicas, organizativas o de producción de la empresa [artículo 52.c) ET] se plantea en la **STSJ de País Vasco de 25 de enero de 2005** (recurso 2727/2004), I.L. J 134. Frente a la sentencia de instancia, que declaró la improcedencia de la extinción del contrato de trabajo de la trabajadora demandante fundado en causas objetivas, la Sala declara la procedencia de la extinción del contrato de trabajo por dichas causas, debido a la pérdida de los cuatro clientes que la empresa tenía en la provincia, la disminución importante de la facturación, el descenso del número de trabajadores dados de alta y dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa. Para ello, la Sala, en su FJ 2º, razona:

"Deben entenderse que han quedado constatadas las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa, a las que alude el artículo 52.c) ET como requisito de aplicación de la figura del despido objetivo (...) De modo que como se ha señalado también con reiteración, el ámbito del control judicial sobre la decisión empresarial extintiva basada en alguna de las causas mencionadas, debe ir dirigido a determinar la razonabilidad de la medida adoptada, es decir, que el juez deberá llegar a la convicción de que las medidas empresariales adoptadas son, razonablemente interpretadas, necesarias para la consecución de los fines pretendidos por el empresario. Y en el presente supuesto (...) la medida adoptada no puede calificarse de irrazonable o arbitraria pues (...) la decisión de amortizar el

> único puesto de trabajo que la empresa tenía dedicado a la gestión administrativa en esa provincia se vislumbra como una decisión razonable en cuanto apoyada en las circunstancias descritas (...) Lo expuesto conduce a la estimación del recurso interpuesto por la empresa en el sentido de declarar la procedencia de la extinción del contrato de trabajo de la trabajadora demandante."

Asimismo, la **STS de 15 de diciembre de 2004,** Sala Cuarta (recurso de casación para unificación de doctrina 6400/2003), I.L. J 571, ante un supuesto de extinción del contrato por causas objetivas, debido a la amortización de puesto de trabajo, alega que la misma es distinta a una extinción administrativa. Por conversión del puesto de trabajo en plaza de funcionario. La Sala argumenta:

> "La diferencia es sustancial: en la sentencia de contraste, sin entrar ahora en si la decisión es acertada o no, se resuelve sobre una amortización de plaza que acarrea la doble consecuencia de la extinción de la relación de servicios y de la pérdida del puesto de trabajo. En la sentencia recurrida, en cambio, la denominada 'amortización del puesto de trabajo' es en realidad una conversión del mismo, lo que ha permitido a la parte demandante seguir desempeñándolo en calidad de funcionaria interina. Es de notar, además, que tal vez podrían existir otras diferencias sustanciales entre las sentencias comparadas, al regirse una y otra por disposiciones autonómicas distintas. Pero no es necesario en la presente resolución profundizar en este aspecto del recurso de unificación de doctrina."

B) Modalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación

La **STS de 2 de febrero de 2005,** Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 761/2004), I.L. J 235, al analizar, en un despido por causas objetivas, el ofrecimiento de indemnización legalmente exigida, expone que la carga de la prueba corresponde al empresario, siendo irrelevante su ofrecimiento ante el SMAC, pues ha de realizarse al entregar la carta de despido [artículo53.1.b) ET], dado que el ofrecimiento ulterior no subsana el incumplimiento de los requisitos legales.

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

A) La caducidad de la acción

Las **STS de 23 de diciembre de 2004,** Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 1736/2003), I.L. J 20 y **STSJ de Madrid de 25 de enero de 2005** (recurso 4922/2004), I.L. J 132 y **STSJ de Cataluña de 13 de enero de 2005,** (recurso 7636/2004), I.L. J 326, desestiman la excepción de caducidad de la acción de despido. A tal respecto las Salas desestiman la excepción de caducidad de la acción en el cómputo del plazo. Alegan que el cómputo del plazo de caducidad se reanudará al día siguiente a aquél en el que el trabajador reciba la notificación de la designación de un abogado de oficio, con independencia de que le haya llegado o no al abogado correspondiente. Las Salas argumentan para ello que "La suspensión del plazo de caducidad se mantiene durante todo el tiempo que duren los trámites que se desarrollen para la designación del abogado de oficio".

Asimismo, la **STS de 15 de marzo de 2005,** Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 1565/2004), I.L. J 470, desestima la excepción de caducidad de la acción de despido, al apreciarse la aplicabilidad del artículo 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a las demandas de despido, y la validez de la presentación del escrito al día siguiente hábil al del vencimiento del plazo.

> "Por ello, nuestra doctrina anterior ha tenido que ser modalizada por esta Sala para adecuarla a la nueva regulación de la LEC, que es de aplicación supletoria en el Orden Social, por mandato de la Disposición Adicional Primera.1 de la Ley de Procedimiento Laboral. Muestra de ello, son los Autos, resolutorios de recursos de queja, de 18 de julio de 2001 (rec. 1080/2001), 20 de julio de 2001 (rec. 1079/2001), y dos de 27 de septiembre de 2001 (rec. 1078/2001 y 1100/2001 respectivamente). En el Auto de 27 de septiembre de 2001 (rec. 1100/2001), se afirma, en síntesis, que, en tanto se mantenga la vigencia del artículo 45.1 LPL, debe entenderse, de acuerdo con la Disposición Adicional Primera.1 LPL y el artículo 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que la regulación de la materia en cuestión que realiza la primera de dichas leyes se complementa con la de la segunda. Por tanto, si la parte se acoge al sistema del artículo 45.1 LPL y pretende presentar válidamente un escrito el último día de plazo en horas en que no esté abierto el registro del Juzgado o de la Sala de lo Social, podrá acudir al Juzgado de Instrucción en funciones de Guardia y luego ponerlo en conocimiento del Juzgado o Sala de lo Social al día siguiente hábil. Pero puede utilizar también, alternativamente, el nuevo sistema introducido por el artículo 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y presentar directamente ante el Juzgado o la Sala de lo Social, hasta las 15 horas del que podríamos llamar 'día después', es decir, el siguiente hábil al del vencimiento del plazo, su escrito; en cuyo caso, como es lógico, no precisa cumplir con la previsión del artículo 45.1 LPL."

Por el contrario, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 5 de junio de 2003** (recurso 67/2003), I.L. J 1044, estima la excepción de caducidad en el cómputo del plazo. En el supuesto analizado, la Sala estima la excepción de caducidad fundamentando el fallo en que "ya se había superado el plazo de 20 días hábiles que para la caducidad de la acción de despido se establece en el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores".

B) El procedimiento por despido

La **SJCE de 27 de enero de 2005** (Asunto C-188/2003), I.L. J 6 y la **STSJ de Madrid de 11 de enero de 2005** (recurso 5004/2004), I.L. J 128, con ocasión de la infracción de las normas esenciales del procedimiento de despido, analizan los requisitos necesarios del mismo. Las Salas argumentan:

> "Es preciso recordar que, como constante doctrina emanada del Tribunal Supremo ha establecido, para que pueda tener viabilidad el motivo basado en la infracción de normas esenciales del procedimiento es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos: A) Que se haya infringido una norma procesal. B) Que se cite por el recurrente el precepto

que establece la norma cuya infracción se denuncia. C) Que el defecto no sea invocado por la parte que lo provoca, pues sólo el perjudicado puede denunciar el defecto. D) Que la infracción de la norma procesal haya producido indefensión. E) Que se haya formulado protesta en tiempo y forma, pidiendo la subsanación de la falta, con el fin de que no pueda estimarse consentida."

6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

La **STSJ de Castilla y León de 21 de enero de 2005** (recurso 2546/2004), I.L. J 122, al declarar la procedencia del despido efectuado a un trabajador que prestaba servicios durante el período de incapacidad temporal, por transgredir la buen fe contractual, lo analiza en relación con la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador, y concluye que no es acorde con la libertad y dignidad de la persona ni con el respeto a su vida privada. La Sala argumenta:

"Así las cosas, la concepción del tiempo libre del trabajador, no como tal, sino como un tiempo de descanso a disponibilidad del empresario, y de la sumisión del deber de trabajo y rendimiento no sólo a una comprobación objetiva durante el cumplimiento de la prestación, sino también durante el tiempo de descanso, de las que parten las Sentencias impugnadas para declarar la procedencia del despido por realizar trabajos para otra empresa durante el período vacacional, no resulta en modo alguno acorde con la configuración actual del derecho a vacaciones anuales retribuidas en nuestro ordenamiento jurídico laboral, ni, lo que es más importante aún, con la primacía de la libertad de la persona y el respeto a su vida privada que la Constitución garantiza. Una concepción del derecho del trabajador a las vacaciones retribuidas como la mantenida en las resoluciones judiciales impugnadas equivale a desconocer la dignidad personal del trabajador, entendida ésta como el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, la capacidad de 'autodeterminación consciente y responsable de la propia vida' (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8º), así como el libre desarrollo de su personalidad (artículo 10.1 CE). Recordemos una vez más que 'la regla del artículo 10.1 CE, proyectada sobre los derechos individuales, implica que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona' [SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4º, y 57/1994, de 28 de febrero, FJ 3º.a)].

La dignidad personal del trabajador se vería severamente limitada de aceptarse un tan omnímodo control como el que se permite en las Sentencias impugnadas sobre la persona y vida privada del trabajador por parte de la empresa para que presta servicios. Sostener que el empresario pueda tener un derecho o un interés jurídico legítimo a que el trabajador dedique exclusivamente sus vacaciones al descanso en orden a la recuperación de sus energías físicas y mentales 'para que (...) se encuentre en plenas condiciones' concluido el período vacacional, en el que ha de dedicarse 'exclusivamente a recuperar

fuerzas', 'en bien propio' y de su empresa, al reincorporarse al trabajo, con la grave consecuencia de que, de no hacerlo así, incurrirá en un 'incumplimiento grave y culpable' que podrá dar lugar a que sea válidamente despedido 'por transgresión de la buena fe contractual' (artículo 54 LET), supone una interpretación del principio de buena fe que produce un desequilibrio patente o irrazonable, a partir, como ha quedado expuesto, de pautas axiológicas constitucionales indiscutibles, por lo que no puede considerarse como una respuesta fundada en Derecho que satisfaga el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 24.1 CE. A lo anterior cabe añadir que esa interpretación efectuada por los órganos judiciales resulta manifiestamente infundada en un sistema jurídico presidido por la libertad y el derecho al trabajo (artículo 35.1 CE), que hace posible, entre otros fenómenos, la prestación simultánea de servicios profesionales para dos o más empresarios (*v.gr.*, artículo 21.1 LET, *a contrario*, y artículos 110.2 y 120.3 de la Ley General de la Seguridad Social), salvo casos de concurrencia desleal que afecten a intereses empresariales protegibles y sin perjuicio de los pactos de plena dedicación que puedan celebrarse entre empresario y trabajador (artículo 21.1 LET) o de otros supuestos legalmente previstos, lo que conduce a la misma conclusión de reputar las resoluciones judiciales impugnadas como lesivas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

La concepción del período anual de vacaciones como tiempo cuyo sentido único o principal es la reposición de energías para la reanudación de la prestación laboral supone reducir la persona del trabajador a un mero factor de producción y negar, en la misma medida, su libertad, durante aquel período, para desplegar la propia personalidad del modo que estime más conveniente. Una tal concepción, según la cual el tiempo libre se considera tiempo vinculado y la persona se devalúa a mera fuerza de trabajo, resulta incompatible con los principios constitucionales que enuncia el artículo 10.1 CE (dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad), a cuya luz ha de interpretarse, inexcusablemente, cualquier norma de Derecho y, para lo que importa ahora, la cláusula legal de la buena fe. La resolución judicial que desconoce tales principios constitucionales al interpretar y aplicar esta cláusula no puede entenderse, por tanto, fundada en Derecho."

En sentido análogo, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 7 de febrero de 2005** (recurso 18/2005), I.L. J 420, estima la procedencia del despido de un trabajador basado en no tener preparada la contabilidad de la empresa al día, ocasionando descubiertos bancarios para la empresa, incurriendo en transgresión de la buena fe contractual. Para la Sala, dicha actuación, determina la procedencia del despido disciplinario efectuado:

"considera incumplimientos contractuales susceptibles de ser sancionados con el despido disciplinario, b) la indisciplina o desobediencia en el trabajo, y d) la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo. El actor ha incurrido en tales incumplimientos y los hechos que la sentencia declara probados tienen por sí solos entidad y gravedad suficientes como para ser sancionados con el despido disciplinario".

La **STSJ de Madrid de 25 de enero de 2005** (recurso 4885/2004), I.L. J 177 y la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 31 de enero de 2005** (recurso 939/ 2004), I.L. J 315, declaran la procedencia de sendos despidos disciplinarios, basados en la desobediencia a una orden de la empresa, de dos trabajadores que, pese a tener pactado verbalmente con la empresa que deben realizar un servicio de guardia (de turno rotatorio semana) fuera de las horas ordinarias de la jornada laboral y durante los fines de semana, se negaron a llevarlo a cabo. Las Salas exponen que:

> "El trabajador no puede erigirse en definidor de sus propias obligaciones, sino que, ante una orden emanada de la empresa, lo primero es cumplirla, salvo que la misma pueda comportar riesgos inminentes para el operario, pudiendo éste, tras ejecutar lo mandado, formular la reclamación que procediera y, por eso, el Tribunal Supremo ha declarado, por ejemplo, en SSTS de 8 de julio de 1986 y 25 de junio de 1987, entre otras, que la desobediencia determina el despido cuando se ofrece como una directa contradicción a una orden del empresario, dada en base al poder directivo que le reconoce el artículo 5.c) ET, pues no constituyendo el cumplimiento de lo obligado riesgo de un perjuicio grave e irreparable para el trabajador, viene obligado a efectuar el trabajo, pudiendo aducir con posterioridad las razones que tuviere, con objeto de que la situación no pueda repetirse caso de que la orden no sea ajustada a derecho o bien para la indemnización de los perjuicios causados."

En el mismo sentido, la **SSTSJ de Castilla y León (Valladolid) de 7 de marzo de 2005,** I.L. J 498 (recurso 268/2005), al enjuiciar un supuesto de trabajador, despedido disciplinariamente por falta de asistencia al trabajo, confirman las sentencias de instancia que estimaban la procedencia de despido. La Sala niega la existencia de un desistimiento del trabajador.

> "Para que concurra abandono del puesto de trabajo es necesario, cuando no se hace de forma expresa, que derive de forma inequívoca de conductas, acciones u omisiones que rotundamente evidencien la voluntad en tal sentido del aplicado –Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 27 de junio de 1983 y de 3 de junio e 1988–, esto es, y dicho de otro modo, que el consentimiento claro de acusar baja voluntaria ha de evidenciarse –SSTS de 29 de junio de 1989 y de 2 de enero de 1990– o ha de constar una conducta que manifieste un deliberado propósito de dar por terminado el contrato –STS de 7 de mayo de 1990– y la actitud de la actora no pude tildarse de concluyente en cuanto a su voluntad de romper el nexo, sino todo lo contrario: lo quiso mantener vigente como demuestra el hecho de su intento de reincorporación."

Finalmente, las **SSTTSJ de Cataluña de 18 de enero de 2005** (recurso 4227/2004), I.L. J 325 y **La Rioja de 10 de febrero de 2005** (recurso 34/2005), I.L. J 531, declaran la procedencia de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas. La primera de ellas basada en la disminución del rendimiento continuado, voluntario y grave que impide el buen funcionamiento de la empresa. La segunda sentencia analizada debida a la transgresión de la buen fe contractual por la venta por el trabajador de producto de la empresa a precio más bajo que el de coste, produciendo pérdidas para la empresa. Para ello, la Sala, en su FJ 2°, alega:

> "Deben entenderse que han quedado constatadas las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa, a las que alude el artículo 52.c) ET como requisito de aplicación de la figura del despido objetivo (...) De modo que como se ha señalado también con reiteración, el ámbito del control judicial sobre la decisión empresarial extintiva basada en alguna de las causas mencionadas, debe ir dirigido a determinar la razonabilidad de la medida adoptada, es decir, que el juez deberá llegar a la convicción de que las medidas empresariales adoptadas son, razonablemente interpretadas, necesarias para la consecución de los fines pretendidos por el empresario. Y en el presente supuesto la medida adoptada no puede calificarse de irrazonable o arbitraria pues la decisión de amortizar el único puesto de trabajo que la empresa tenía dedicado a la gestión administrativa en esa provincia se vislumbra como una decisión razonable en cuanto apoyada en las circunstancias descritas. Lo expuesto conduce a la estimación del recurso interpuesto por la empresa en el sentido de declarar la procedencia de la extinción del contrato de trabajo de la trabajadora demandante."

7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

Un significativo número de resoluciones analizan la improcedencia de los despidos efectuados en supuestos de contratación temporal sucesiva:

– La **STS de 18 de enero de 2005** (Sala Cuarta) (recurso de casación para la unificación de doctrina 253/2004), I.L. J 90, falla a favor de la conversión de la relación de trabajo en indefinida, en el caso de varios contratos temporales sucesivos debido a que "un contrato temporal inválido por infracción de los límites establecidos en su regulación propia con carácter necesario, constituye una relación laboral indefinida y no pierde esa condición por novaciones aparentes con nuevos contratos temporales ni se rompe por cortas interrupciones que buscan parecer una nueva".

– La **STSJ de Galicia de 28 de enero de 2005** (recurso 5837/2004), I.L. J 337, ante la existencia de los contratos temporales sucesivos por circunstancias de la producción, celebrados en fraude de ley, analiza, en el supuesto de contrato de puesta a disposición, las responsabilidades de las empresas de trabajo temporal y usuarias. Para la Sala:

> "La responsabilidad de las codemandadas, por cuanto la responsabilidad solidaria que se establece en el artículo 16.3 de la Ley 14/1994, cuando el contrato de puesta a disposición, que existió en todos los casos, incumpla lo dispuesto en los artículos 6 y 8 de la propia Ley, atinentes a los supuestos en los que cabe su celebración, está limitada a las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición, sin que por ello pueda extenderse a responsabilidades de otra naturaleza, como las indemnizatorias derivadas del despido, e incluidos por tal razón los salarios de tramitación –STS de 14 de julio de 1998, recurso 3482/1997–, sin que sean

> de aplicación las previsiones del artículo 43.2 ET para los supuestos de cesión ilegal de trabajadores, pues no tiene tal consideración la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa cuando ésta se ha llevado a cabo a través de una empresa de trabajo temporal, debidamente autorizada para ello."

– La **STSJ del País Vasco de 11 de enero de 2005** (recurso 2509/2004), I.L. J 392, determina la improcedencia del despido efectuado a un trabajador objeto de sucesivos contratos temporales sucesivos por circunstancias de la producción, celebrados en fraude de ley.

De otro lado, diversas resoluciones judiciales, al fallar a favor de la improcedencia del despido, analizan el requisito de proporcionalidad entre el hecho determinante y la sanción que ha de mediar para la calificación de un despido procedente. Así, la **STSJ de Madrid de 11 de enero de 2005,** I.L. J 172 (recurso 4813/2004), al analizar un supuesto de despido improcedente, argumenta que la sanción ha de responder a la exigencia de proporcionalidad y adecuación entre le hecho cometido y la sanción impuesta. La Sala falla a favor de la improcedencia del despido efectuado porque no se ha podido determinar qué trabajador fue el instigador inicial de la agresión verbal, por lo que el despido del actor es sanción desproporcionada. Asimismo, la **STSJ de Madrid de 25 de enero de 2005** (recurso 5187/2004), I.L. J 173, falla a favor de la improcedencia de un despido aplicando la doctrina gradualista. Para la Sala el hecho de que un trabajador, haga uso del lenguaje de manera inapropiada, no supone una ofensa verbal a personas que trabajan en la empresa y, por ende, se ve desprovisto de proporción entre la infracción y la sanción de despido.

La **STSJ de Castilla y León de 10 de enero de 2005** (recuso 2412/2004), I.L. J 119, analiza la improcedencia de un despido efectuado a un trabajador con posterioridad a la finalización del período de prueba, en un supuesto en el que el trabajador comienza a prestar sus servicios para la empresa con anterioridad a la firma del contrato de trabajo. La Sala expone:

> "Parte del contrato es ajustado a la ley y por ello, acreditado que el actor no pudo comenzar a prestar servicios con anterioridad a la fecha de su otorgamiento, el cese se produce dentro del período de prueba pactado. En este sentido, tomando como fecha inicial de la relación de trabajo el que se dice en la sentencia es evidente que el cese, acordado más allá del tiempo fijado por las partes como período de prueba, ha de tacharse de despido improcedente. En este sentido el Tribunal Supremo tiene declarado, STS de 5 de abril de 1991, que habiendo pactado un período de prueba de x días, comunicada la decisión extintiva dentro del plazo de vigencia del citado lapso, estableciendo el artículo 14 del ET la facultad potestativa de terminar la relación sin consecuencias derivadas de tal extinción, conforme establece el artículo 14.2 del cuerpo legal mencionado, es evidente que no se han cometido las vulneraciones acusadas lo que, en el presente caso, no ocurre. Ello es así por cuanto las posibilidades del artículo 14 quedan ceñidas al ámbito temporal fijado como de 'prueba' por lo que, según constante jurisprudencia y como se resume en la STS de 18 de febrero de 2002 dicho cómputo ha de contarse de fecha a fecha, por aplicación del artículo 5 del Código Civil, debiendo calificarse como despido improcedente el cese acordado una vez que se ha completado dicho período de prueba."

La **STSJ de Cantabria de 8 de febrero de 2005** (recurso 21/2005), I.L. J 350, ante un supuesto de despido verbal de un trabajador y su concreción en un cierre empresarial, declara la improcedencia del mismo al considerar que forman parte de la misma realidad.

En este sentido, la Sala argumenta que:

> "En relación con la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo, relativa a la consideración del cierre empresarial como supuesto de despido tácito, es evidente que constituye una conclusión coherente con las pruebas practicadas y enmarcada dentro de la situación de hecho planteada en la demanda la valoración del cierre empresarial, como un dato que acredita la existencia del despido y le dota de virtualidad para considerar que el mismo debe ser calificado como de improcedente."

Asimismo, la **STSJ de Cataluña de 11 de enero de 2005** (recurso 7302/2004), I.L. J 512, estima la improcedencia del despido efectuado a una trabajadora, en el supuesto en que la misma continúa desempeñando sus funciones laborales a pesar de estar incursa en un proceso de Incapacidad Temporal. La Sala argumenta, aplicando la teoría de la proporcionalidad, que la falta cometida no está revestida de la gravedad ni culpabilidad suficientes como para ser constitutiva de despido.

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

B) La indemnización: cuantía y cálculo

La **STS de 19 de abril de 2005,** Sala Cuarta, (recurso de casación para la unificación de doctrina 805/2004), I.L. J 550, analiza un caso de despido improcedente, analiza el Importe de la indemnización de despido, ante una prestación de servicios continuada, que se amparó en distintos y sucesivos contratos temporales, mediando entre ellos interrupciones breves no significativas nunca superiores al plazo de veinte días de caducidad. Concluye que para el cálculo de esa indemnización, la antigüedad que se ha de tener en cuenta es la del primero de tales contratos. La Sala argumenta:

> "si en un contrato temporal concluye el plazo de vigencia que le es propio o se produce la causa extintiva del mismo, y a continuación, sin interrupción temporal alguna, es seguido por un contrato indefinido entre las mismas partes, bien porque el trabajador continúe la prestación de sus servicios, bien concertándose en forma escrita el nuevo contrato, se entiende que la antigüedad del empleado en la empresa se remonta al momento en que se inició el trabajo en virtud del primer contrato temporal. La novación extintiva sólo se

> admite si está objetivamente fundada en la modificación del contenido de la obligación y por ello en los supuestos en que la relación sigue siendo la misma la diversidad de contratos no provoca la existencia de relaciones (sucesivas) diferentes".

La **STS de 15 de marzo de 2005, Sala Cuarta** (recuso de casación para la unificación de doctrina 1356/2004), I.L. J 287, al analizar la relación existente entre la indemnización y los salarios de tramitación, determina que a esos efectos forman parte del salario todas las percepciones o remuneraciones del trabajador que traen causa, directa o indirecta, del trabajo prestado, excepto las cantidades correspondientes a un seguro de vida, salvo que exista pacto en contrario. Asimismo, expone que el ofrecimiento empresarial de la indemnización y de los salarios de tramitación "han de realizarse con la debida separación cuantitativa de forma que el trabajador tenga conocimiento cabal de las dos partes que componen la proposición empresarial. La ausencia de la apuntada separación, así como el desacierto, total o parcial, de los parámetros de cálculo manejados por la empresa para fijar la suma ofertada, conducirá a que la condena al pago de los salarios de tramitación se realice como si no hubiese tenido lugar el ofrecimiento patronal".

8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

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

Diversas resoluciones judiciales desestiman la nulidad de los despidos enjuiciciados, calificándolos de improcedentes al no constar alegación de móvil discriminatorio ni de violación de derecho fundamental. Así, la **STSJ de Madrid de 25 de enero de 2005,** (recurso 4691/2004), I.L. J 339, revoca la sentencia de instancia y desestima la nulidad de un despido, calificándolo de improcedente en un supuesto de sucesivos contratos temporales celebrados en fraude de ley, al no constar alegación de móvil discriminatorio ni de violación de derecho fundamental. Razona la Sala:

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

En sentido análogo, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 15 de febrero de 2005,** (recurso 1017/2004), I.L. J 344, falla a favor de la inexistencia de nulidad de un despido, al no concurrir el hecho del que pueda derivarse una presunción o apariencia de discriminación. La Sala argumenta:

> "…habiendo sido iniciado expediente de invalidez permanente, el cual había manifestado a sus compañeros de lista y a algún encargado de la empresa que iba a dejar su cargo, no habiendo comunicado en ningún momento dicha circunstancia a la empresa demandada; por lo tanto si toda argumentación respecto al despido nulo que hace el recurrente está orientada a que la empresa conocía que el candidato elegido iba a renunciar a su cargo y que éste le iba a sustituir, habiendo quedado suficientemente acreditado que la empresa no conocía esta circunstancia, no concurre el hecho del que pueda derivarse una presunción o apariencia de la discriminación alegada, es por ello por lo que el motivo ha de ser desestimado".

Por el contrario, la **STSJ del País Vasco de 18 de enero de 2005,** (recurso 2773/2004), I.L. J 136, estima la nulidad del despido efectuado a un trabajador, delegado de sección sindical en la empresa, cuando la misma solapa el verdadero motivo de despido, en forma de despido objetivo, –basado en que el estado de salud del trabajador, constatado por los servicios médicos de la Mutualidad con la que tiene la prevención de riesgos y salud laboral, no le permite desarrollar las actividades inherentes a su puesto de trabajo–. Para ello, la Sala descarta la justificación del despido objetivo y declara la nulidad del mismo.

> "Cuando menos habría de reputarse precipitada la decisión empresarial tomada en base a un simple dictamen médico (...) que revela que la dolencia es reversible, aun paliada en la actualidad con un cambio de puesto de trabajo adecuado a sus condiciones presentes (...) No habiéndose probado que la decisión empresarial de despido objetivo obedezca a causa justificada y acreditado el conocimiento por la empresa de la condición de delegado o secretario de la sección sindical de CCOO por parte del actor y su actuación en calidad de tal, ha de llegarse a la misma conclusión que el Juzgador de instancia y el recurso ha de desestimarse."

La **STSJ de Madrid de 18 de enero de 2005** (recurso 5072/2004), I.L. J 175, confirma el pronunciamiento de instancia que declara nulo el despido efectuado a una trabajadora, que con posterioridad a haber interpuesto demanda de cantidad, es despedida por la empresa sin poder justificar los motivos de despido. La Sala aduce que:

> "Como recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 7 de abril de 2002: la jurisprudencia constitucional ha tenido ocasión de manifestar que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo deriva de irregularidades producidas dentro del proceso que ocasionen la privación de garantías procesales, sino que puede verse lesionado tal derecho también cuando de su ejercicio resulta una conducta ilegítima de reacción o de respuesta a la acción judicial por parte del empresario. Por ello, una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y nula por contraria a ese mismo derecho fundamental (STC 7/93) ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo, mientras que el Convenio núm. 158 de la Organización Internacional de Trabajo, en su artículo 5°,

apartado c), dispone que no podrá darse por terminada una relación de trabajo por haber presentado una queja o procedimiento contra el empleador por vulneraciones legales, aun las supuestas o que no puedan ser comprobadas finalmente. La tutela judicial no se satisface solamente mediante la actuación de jueces y tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, en virtud de la cual el ejercicio de la acción judicial no pueden derivarse para el trabajador consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas. Así, en el ámbito de la relación de trabajo, la citada garantía se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por parte del trabajador de su derecho a pedir la tutela de los jueces y tribunales en orden a la satisfacción de sus derechos e intereses legítimos."

La **STSJ de Madrid de 8 de marzo de 2005** (recurso 5539/2004), I.L. J 362, argumenta la nulidad de una cláusula convencional que regula la edad de jubilación forzosa de los trabajadores de una empresa, al declarar la nulidad del despido efectuado a una trabajadora, por haber superado la edad de jubilación regulada en dicho convenio, por discriminación por razón de la edad. Al efecto la Sala resuelve que "el convenio colectivo puede mejorar las previsiones del Estatuto de los Trabajadores, que es una norma de mínimos, pero no cercenar o rebajar los derechos reconocidos en él, no pudiendo, por tanto, regular ni limitar derecho fundamental alguno. Está vedado a los convenios el establecimiento de una edad de jubilación forzosa de la misma manera que lo está el determinar cuál sea la edad mínima para acceder al mercado de trabajo".

La **STSJ del País Vasco de 18 de enero de 2005** (recurso 2230/2004), I.L. J 522, determina la nulidad del segundo despido efectuado a una trabajadora embarazada, cuyo estado conocía ya, previamente, la empresa. La Sala fundamenta el fallo en su FJ 7º:

"La interpretación del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores ha de acometerse partiendo de la letra y del espíritu de la norma misma, y del contexto en el que se ha promulgado, sin olvidar la Directiva comunitaria que ha traspuesto a nuestro ordenamiento interno. La Directiva 92/85/CEE, del Consejo es bien explícita en cuanto al objeto a que se aplica y a su alcance; se refiere, como su texto explica, a la 'aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo', no de todas las mujeres en general, sino de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, y para tales supuestos, el artículo 10 de la Directiva encomienda a los Estados miembros que tomen las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 de la norma comunitaria, es decir, 'durante el período comprendido entre el comienzo de un embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo'; cuando se despida a una trabajadora, 'el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito'. La remisión que en el artículo 10 se hace al artículo 2 supone que, a estos efectos, por mujer embarazada ha de entenderse 'cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a la legislación y/o prácticas nacionales'. Es evidente por tanto, que con la reiteración normativa sobre los mismos conceptos, lo que en realidad se protege en este caso no es la igualdad de sexos, sin más, sino la maternidad, poniendo a la mujer a salvo de decisiones empresariales motivadas,

> directa o indirectamente, por su embarazo, evitando con ello la finalización de su relación laboral en conexión con su estado de gravidez. Por tanto, a la vista de cuanto se ha probado en este caso, no es procedente plantear el problema que se puede suscitar por el desconocimiento por la empresa del embarazo, como de seguido se razonará."

Finalmente, la **STS de 9 de marzo de 2005,** Sala Cuarta (recuso de casación para la unificación de doctrina 794/2004), I.L. J 536, ante un supuesto de despido objetivo, determina la responsabilidad solidaria empresarial, desestimando la demanda en la que se solicitaba que los efectos se retrotrajeran a fecha anterior a los supuestos despidos. Los trabajadores formularon demanda frente a las empresas, impugnando los despidos de que dicen haber sido objeto; el Juzgado de lo Social estimó tal pretensión, declaró la nulidad de tales despidos y condenó, conjunta y solidariamente, a todos los demandados a la inmediata readmisión de los actores en las mismas condiciones que regían antes del despido; los once recursos de suplicación interpuestos por los demandados fueron desestimados por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la sentencia que ahora recurren en casación unificadora, recursos que se analizan y resuelven por separado. La Sala argumenta en su FJ 4º:

> "Con indudable acierto se señala en la sentencia referente que no es posible revisar por el orden social de la jurisdicción el hipotético efecto retroactivo de la segunda resolución administrativa, pues la distribución de la competencia que por razón de la materia hace el artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial impide tal censura. Por consiguiente, la mencionada resolución se toma como antecedente obligado e inamovible para decidir la controversia. No obstante, para salir al paso de algunas afirmaciones que contiene la resolución combatida, debe hacerse una doble precisión, que deriva de la lectura de los hechos probados: en primer lugar, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 29 de octubre de 2001 no anuló en su totalidad el expediente de regulación de empleo ya iniciado, sino que se limitó a depurar ciertas anomalías observadas en su tramitación, reponiendo las actuaciones al momento de la apertura de consultas para que la empresa aportara cierta documentación y, en segundo término, no se ajusta a la realidad la afirmación de que, posteriormente, se iniciara nuevo expediente de regulación de empleo, pues fue el original el que prosiguió sus trámites, una vez purgado el vicio que lo invalidaba, hasta concluir con la resolución de 27 de mayo de 2002."

Mª. Carmen Ortiz Lallana
Begoña Sesma Bastida

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

Sumario:

1. Libertad sindical. A) Contenido de la libertad sindical. B) Secciones y delegados sindicales. C) Régimen interno de los sindicatos. Relación con los afiliados. D) Proceso de tutela de la libertad sindical. E) Legitimación procesal en la defensa de intereses colectivos. **2. Representación unitaria de los trabajadores.** A) Naturaleza jurídica. B) Derechos y garantías de los representantes. C) El Comité Intercentros. **3. Conflictos colectivos.** A) Competencia para el conocimiento del conflicto. B) Ámbito de aplicación del proceso de conflicto colectivo. C) Legitimación. **4. El derecho de huelga.** A) Alcance del derecho. B) Servicios de seguridad y mantenimiento.

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Contenido de la libertad sindical

El derecho de libertad sindical, como es sobradamente conocido, tiene una vertiente individual y una vertiente colectiva, cada una a su vez con un contenido complejo –esencial y adicional–. En su vertiente individual esta libertad ampara, como ya señalara en su día el Tribunal Constitucional, la "fase presindical" (STC 197/1990, de 29 de noviembre), entendida en el sentido de desarrollo de actividades preparatorias de la acción sindical en la empresa por parte de los trabajadores individualmente considerados (sin vinculación a organizaciones sindicales), por ejemplo, con miras a la constitución de un órgano de representación unitaria en el centro de trabajo. La necesidad de proteger esta porción de la libertad sindical vuelve a ponerse de manifiesto en el asunto de la **STC de 18 de enero de 2005,** I.L. J 136, en el que la trabajadora en cuestión había sido contratada mediante un contrato para obra poniendo fin la empresa a la relación laboral antes de que la obra llegase a su fin y sin que se hubiese producido denuncia alguna del contrato de prestación de servicios con la empresa para la que la empleadora realizaba la obra. Considera el Tribunal que esta extinción contractual esconde una represalia empresarial que responde a la activa participación (había realizado sondeos entre sus compañeras) de la trabajadora en la promoción de elecciones en la empresa, que carecía de representación unitaria pese a sus considerables dimensiones.

La vertiente colectiva de la liberad sindical, por su parte, comprende varios derechos, engrosando el contenido esencial el que permite a las organizaciones sindicales federarse y confederarse. El ejercicio de este derecho no afecta a la personalidad jurídica de los sindicatos que participan en este tipo de procesos de integración, como se recuerda en la **SAN de 14 de octubre de 2004,** I.L. J 370. En este caso varios sindicatos se habían federado formando la organización SAP (Sindicatos de la Administración Pública), que algún tiempo después absorbió a FESIA (Federación de Sindicatos Independientes de la Administración Pública), constando en los estatutos de SAP, tal como quedaron redactados tras esta fusión, que FESIA perdía su personalidad jurídica. USO, sindicato demandante, pedía que se declare que en tanto que FESIA había perdido su personalidad jurídica con la fusión también debían perderla las organizaciones integradas en ella. El Tribunal Constitucional ya había aclarado en su día (STC 187/1987, de 24 de noviembre) que la constitución de federaciones o confederaciones no comportaba la pérdida de la personalidad jurídica propia de cada sindicato, ni, en su caso, de su denominación específica. Retomando esta doctrina la Audiencia concluye que los sindicatos que en su día se federaron para formar la FESIA no perdieron su personalidad jurídica entonces y no tienen por qué perderla ahora con la absorción de esa organización por SAP.

Otro de los derechos que integran el contenido esencial de la libertad sindical colectiva es la negociación colectiva en condiciones de igualdad. Este derecho se sujeta, sin embargo, a las reglas de legitimación contenidas en el Estatuto de los Trabajadores, que según se recuerda en la **STS de 17 de febrero de 2005**, I.L. J 273 y en la **STS de 20 de diciembre de 2004**, I.L. J 264, son totalmente indisponibles incluso para los negociadores, que en modo alguno pueden rebajar las exigencias de representatividad para la negociación formuladas en el citado cuerpo legal. Como se sabe, estas reglas de legitimación se combinan para la negociación colectiva en las Administraciones Públicas, en las que funciona un criterio mixto conforme al cual tendrán legitimación para la negociación por parte de los trabajadores las organizaciones sindicales más representativas y las suficientemente representativas en el ámbito correspondiente (legitimación para convenios supraempresariales), recibiendo la Administración correspondiente el mismo trato que un empresario (legitimación para convenios de nivel empresarial). En la **STS de 24 de noviembre de 2004,** I.L. J 246, se explica el porqué de este criterio recordando la doctrina contenida en la SSTS de 24 de abril de 2001 y de 17 de junio de 2002 (recogida también en otras ocasiones), en las que se decía que esta unidad negocial presenta características singulares, pues por una parte, se reconoce que dada la unidad de dirección y el carácter público de las entidades empleadoras que han de negociarlo, se excluye que puedan asumir su representación las asociaciones empresariales, mientras que por otra parte, la multiplicidad de organismos afectados por el convenio y de sus centros de trabajo, hace frecuentemente difícil la intervención negociadora de las representaciones unitarias o de las secciones sindicales. La aplicación de este criterio al asunto litigioso lleva al Tribunal a declarar la legalidad de un Acuerdo suscrito entre los sindicatos y la Administración, que excluye de la comisión paritaria del convenio del personal laboral de la Junta de Extremadura a los sindicatos que en ese ámbito no hayan conseguido al menos el 10% de la representación (además de haber firmado el convenio), contra la petición de CGT que consideraba lesiva

de su libertad sindical esta regla al dejarle fuera pese a su presencia en ese ámbito por haber obtenido el 5% de los representantes. Advierte el tribunal que para poder negociar, y por ende formar parte de la comisión paritaria correspondiente, en la Administración es preciso alcanzar al menos el 10% de la representación que exige el art. 87.2.c) ET.

Por la misma razón tampoco supone un atentado contra la libertad sindical la atribución en exclusiva de legitimación para la negociación sectorial a los sindicatos más representativos cuando en ese ámbito no hay sindicatos suficientemente representativos, aunque tal ausencia resulte de la reducida dimensión de las empresas del sector. Esta cuestión se plantea en la **STS de 20 de diciembre de 2004**, I.L. J 264, que resuelve un recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias que consideró no lesiva de la libertad sindical la exclusión de AEFUPA (Asociación sindical de empleados de fincas urbanas del Principado de Asturias), que había obtenido un 5% de representatividad, de la negociación del convenio colectivo de empleados de fincas urbanas de Asturias, negociado entre UGT, CCOO, y la Asociación de propietarios de inmuebles (API) y la Asociación de propietarios de fincas urbanas del Principado de Asturias. El Sindicato recurrente proponía que la legitimación para la negociación en este sector resultase del juego de la implantación sindical (número de afiliados), porque la reducida dimensión de los "centros de trabajo" mermaba considerablemente la posibilidad de obtener representantes unitarios con los que alcanzar la suficiente representatividad. Propuesta que el Tribunal rechaza recordando el carácter inalterable de las reglas de legitimación negocial, de manera que si por las circunstancias del sector no hay sindicatos que obtengan el 10% de representación en ese ámbito sólo podrán negociar los más representativos.

El contenido adicional de la libertad sindical colectiva se encuentra integrado por una suma compleja de derechos, entre ellos la promoción de elecciones sindicales, derecho que alcanza también a la promoción directa de procesos electorales en empresas de entre seis y diez trabajadores. Así ha venido la jurisprudencia interpretando las reglas del ET recientemente en STC de 18 de octubre de 2004, I.L. J 1592 –que recoge a su vez la doctrina formulada en SSTC 36/2004, de 8 de marzo, 62/2004, 64/2004, y 66/2004, todas de 19 de abril, y 103/2004, de 2 de junio, entre otras)–. Esta doctrina se recupera ahora en la **STC de 14 de marzo de 2005,** I.L. J 200, en la que se dice que los arts. 6.3.e) LOLS y 67.1 ET reconocen a los sindicatos más representativos capacidad para promover elecciones a delegados de personal, sin que aparezca excepción o salvedad expresa en relación con las empresas o centros de trabajo de entre seis y diez trabajadores; por su parte, el art. 62.1 ET exige en este último caso para la existencia de delegado de personal que así lo decidan los trabajadores por mayoría. La armonización de estos preceptos, según se recuerda en esta sentencia, pasa por entender que la promoción de las elecciones por parte de los sindicatos más representativos exigirá siempre la decisión de los trabajadores, si bien ésta, desde la perspectiva formal, no está sujeta a formalidades específicas, pudiendo ser expresa o tácita, y previa o posterior a la promoción. Esta sentencia tiene un voto particular que se remite al ya formulado a la STC 103/2004.

La prohibición de injerencia empresarial en las actividades sindicales es otra de las manifestaciones de la libertad sindical en su vertiente colectiva. Así se recuerda en la **STS**

de 26 de enero de 2005, I.L. J 164, a propósito de un convenio colectivo para el personal funcionarial de la Comunidad de Madrid en el que se reconocían ventajas importantes en el reparto de un Fondo para la mejora de la acción sindical a favor de los sindicatos firmantes, ventajas de las que no podía disfrutar el sindicato recurrente pese a su condición de más representativo y a su implantación en el ámbito por el mero hecho de haber tomado parte de la negociación del convenio pero no haberlo firmado finalmente. En esta sentencia se advierte que como ya tiene dicho este mismo órgano judicial, las cláusulas de ventajas reservadas ("económicas o de otra índole") a los sindicatos firmantes de un convenio colectivo, además de discriminatorias, constituye una injerencia prohibida por el artículo 13.2 LOLS en relación con el artículo 1 del Convenio 98 de la OIT. Téngase en cuenta que la cláusula controvertida en este caso se repetía en el convenio para el personal laboral de la misma Comunidad y que el Fondo de reparto era común para el personal laboral y para el funcionarial, habiéndose confirmado la anulación de la cláusula del convenio del personal laboral por STS de 10 de junio de 2003, que se trae a colación en esta ocasión, en la que se destaca esta doble faceta de injerencia y discriminación, en tanto que dichas ventajas o incentivos reservados interfieren la representación sindical en cuanto que "operan sobre el interés particular de la organización sindical y al margen del interés general de los trabajadores representados por ésta", que además en el convenio colectivo estatutario no son únicamente sus afiliados; y que el reverso de la atribución de una ventaja reservada a los sindicatos firmantes es "la imposición de una desventaja para los sindicatos que no suscriben el convenio", imposición que, "aparte de carecer de justificación, es susceptible de alterar la situación de igualdad en que ha de fundarse la concurrencia entre organizaciones sindicales en un sistema de pluralidad sindical, con el riesgo de que el empresario pueda actuar promoviendo al sindicato que considera más próximo a sus intereses".

En esta sentencia también se contiene una regla interesante de prescripción de las acciones colectivas a las que el Tribunal aplica analógicamente, en ausencia de previsión específica, la del art. 59.2 ET, entendiendo que aunque éste está pensado en principio para el ejercicio de las acciones derivadas del contrato de trabajo, éste y las relaciones colectivas de trabajo en la empresa pertenecen al mismo ámbito de la vida en sociedad, por lo que las exigencias de seguridad del tráfico jurídico son similares para los empresarios afectados.

B) Secciones y delegados sindicales

La jurisprudencia ha señalado múltiples ocasiones que la fórmula "representantes de los trabajadores" incluye tanto a los representantes unitarios como a los delegados sindicales. Así se recuerda de nuevo en la **STS de 19 de enero de 2005,** I.L. J 45, en esta ocasión a propósito de la creación por convenio colectivo de "comisiones de trabajo de formación, promoción y de relaciones labores cuya composición y funciones se acogen al (...) convenio", cuyos vocales serán designados "entre los representantes de los trabajadores". El Tribunal aclara que esta fórmula debe interpretarse en el sentido de integrar tanto a los miembros del comité de empresa, o delegados de personal y como a los delegados

sindicales, tomando en especial consideración que el convenio que contiene esta regla había sido negociado por los sindicatos, lo que hace difícil pensar que éstos tuviesen la intención de limitar la participación en las citadas comisiones sólo a los representantes unitarios de los trabajadores.

Las secciones sindicales tienen reconocidos en nuestro sistema toda una serie de derechos, entre ellos el de disfrutar en determinadas condiciones de un local adecuado para el desarrollo de la actividad sindical. Para el disfrute de este derecho la LOLS exige a los sindicatos presencia en la representación unitaria. Ahora bien, el derecho nace cuando se obtiene tal representación aun cuando los resultados electorales sean impugnados, tal como se señala en la **STSJ de Castilla y León de 17 de enero de 2005,** I.L. J 121, en un asunto en el que el sindicato demandante CGT había obtenido representantes en las elecciones sindicales y designado un delegado sindical, haciendo a la Administración demandada la consiguiente comunicación, que ésta aceptó. Sin embargo, la Administración se negó a reconocer a la sección el local a que tenía derecho argumentando que los resultados electorales eran provisionales al haberse impugnado judicialmente el laudo arbitral que resolvía una impugnación del proceso electoral correspondiente. El Tribunal señala que el art. 132.1.c) LPL dispone expresamente que la sustanciación del proceso de impugnación de laudos no suspende el desarrollo del proceso electoral, salvo acuerdo expreso que no se produjo en este caso, y es claro que la no afectación del proceso electoral conlleva el que deban seguirse los trámites hasta su conclusión y que los resultados del mismo, aunque provisionales, deban ser respetados por la Administración, reconociendo al sindicato el derecho al local.

Los derechos reconocidos a la representación sindical de los trabajadores pueden ser mejorados o ampliados vía convenio colectivo, por ejemplo, atribuyéndoselos a los sindicatos que por Ley no los tienen asignados o relajando las exigencias para el acceso a ellos. Por descontado, lo que no puede hacer el convenio es empeorar o mermar los derechos reconocidos legalmente. Así se recuerda en la **STS de 17 de febrero de 2005,** I.L. J 273, en la que se estudia la legalidad de varias cláusulas del convenio colectivo de Altadis, SA reguladoras de la acción sindical en la empresa. En primer lugar, el Tribunal se pronuncia sobre la potencial conculcación del art. 8.2 LOLS con la regla del convenio que reconoce el derecho a un tablón de anuncios en los centros de trabajo y a un local en aquellos centros de trabajo con más de 250 trabajadores a "las Secciones Sindicales de los sindicatos que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6.2 y 7.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, tengan la consideración de más representativos a nivel estatal o de Comunidad Autónoma, así como a las secciones de aquellos sindicatos que hayan obtenido representación en el Comité de Empresa en las elecciones celebradas al efecto; y las de los sindicatos de ámbito nacional que, aun no obteniendo representación en dicho Comité hubieran obtenido un 10% de representatividad a nivel de empresa, o un 20% en su circunscripción si son de ámbito provincial o autonómico (...)". El sindicato recurrente, CGT, entiende que esta cláusula priva de esos derechos a los sindicatos que cuentan con delegados de personal, al no contener referencia explícita a los mismos cuando la LOLS sí que confiere tales derechos a los sindicatos que "cuenten con delegados de personal". El Tribunal rechaza la ilegalidad aducida argumentando que efectivamente se produciría esa conculcación de la LOLS si se entendiera que el convenio sustituye la previsión legal,

pero que no es ésa la interpretación correcta, antes al contrario que debe entenderse que el convenio tiene un carácter complementario de la Ley, de manera que en los aspectos no contenidos en el convenio se aplicará la norma legal.

Por lo demás, este tipo de intervención convencional tiene que preservar el derecho de los sindicatos a la igualdad y no discriminación, así como imponer en su caso requisitos razonables y proporcionados que atiendan a criterios objetivos. También se advierte así en la señalada sentencia (**STS de 17 de febrero de 2005,** I.L. J 273) a propósito de las dudas de la legalidad que genera a CGT la cláusula convencional que reconociendo a todas las secciones sindicales con derecho a delegado dos a partir de 600 trabajadores (en lugar de uno como hace la LOLS) introduce una prevención específica para los grupos de empresas según la cual las secciones sindicales constituidas por sindicatos que hayan obtenido en las correspondientes elecciones sindicales al menos un 10% de representación a nivel de grupo de empresas cuando sean de ámbito nacional, o un 20% de representantes en su circunscripción cuando su ámbito se limite a una provincia o territorio autonómico, tendrán derecho a un delegado sindical en todos los centros de trabajo de más de 50 trabajadores, aun en el caso de no tener presencia en el Comité de Centro. El sindicato recurrente entiende que la mejora convencional expuesta no está basada en criterios objetivos pues no considera justificado que para gozar de dicho beneficio se exija un 10% de representatividad a nivel de grupo de empresas, entendiendo que con ello se produce un trato privilegiado a favor de los sindicatos que tienen dicho nivel de representatividad en el grupo en perjuicio de los que no la tienen cuyo tratamiento no está basado en razones objetivas. El Tribunal rechaza que esa mejora encierre una diferencia de trato injustificada entre sindicatos y recuerda al efecto que el convenio toma como patrón de medida para la obtención del beneficio el mismo que la LOLS emplea para el establecimiento de variados privilegios, esto es: la representatividad sindical, medida que ha sido reiteradamente aceptada como proporcionada, razonable y objetiva por el Tribunal Constitucional. Es cierto que, como el propio Tribunal Supremo ha advertido (STS de 23 de noviembre de 1993), no puede utilizarse el criterio de la mayor representatividad en un sentido excluyente de la intervención de un sindicato en parcelas cuya intervención les podría corresponder, pero en este caso "tratándose como se trata de un Acuerdo de Grupo de Empresas y regulándose en general unas preferencias de participación genérica de los Sindicatos del Grupo no aparece como desproporcionado que sea precisamente una específica exigencia de representatividad en el Grupo la que sirva de referencia para poder atribuir a determinados Sindicatos unos beneficios de tal naturaleza".

Similar argumento baraja el Tribunal para descartar la desproporcionalidad alegada por CGT respecto de la cláusula que amplía el crédito horario de los delegados sindicales estatales limitando la ampliación a los delegados de los sindicatos más representativos y a los que, a nivel de empresa, hayan obtenido al menos un 25% de representatividad. El sindicato recurrente considera que al exigir una representatividad del 25%, muy superior a la habitual en la LOLS, no sólo se está eliminando la posibilidad de que sindicatos minoritarios accedan a dicha ventaja, sino que incluso se está apartando de ella a los sindicatos con el 10% de representatividad dentro del grupo, lo que resulta desproporcionado porque la

propia LOLS trata a estos últimos de un modo similar a los más representativos. En este sentido, recuerda el Tribunal que una ampliación de los mínimos de derecho necesario establecidos en la LOLS supone una mejora del contenido adicional del derecho de libertad sindical cuya configuración y límites corresponde determinar a la negociación colectiva, establecimiento de límites en el que no hay que olvidar que la ampliación del crédito horario tiene un aspecto prestacional que hace que en la limitación del mismo deba atenderse a los intereses empresariales, no pudiendo considerarse por ello desproporcionada la exigencia de una representatividad especial. Idéntica consideración merece para el Tribunal la aplicación de los mismos parámetros para el reconocimiento del derecho de las secciones sindicales a liberar de la prestación de servicios a uno de sus delegados de empresa a nivel estatal.

Como decíamos, el convenio no sólo puede ampliar los derechos reconocidos a la representación sindical, puede también modular los requisitos legales facilitando su acceso a otros sindicatos, por ejemplo, rebajando la exigencia de 250 trabajadores en el centro o empresa para poder designar un delegado sindical, o posibilitando la suma de trabajadores de los distintos centros para llegar al número fijado en la Ley o en el convenio. Así se advierte en la **STSJ de Cataluña de 27 de enero de 2005,** I.L. J 331, en la que entiende que no contraviene el art. 10 LOLS utilizar como ámbito de referencia para la designación de delegados sindicales el conjunto de centros de trabajo cuando por separado éstos no alcanzan el mínimo de trabajadores exigido (125 por convenio) empleando al efecto un criterio análogo al utilizado para la constitución del comité conjunto conforme a lo dispuesto en el art. 63.2 ET.

Por último, hay que recordar que entre los derechos reconocidos a los delegados sindicales está la audiencia previa a la imposición de una sanción a un afiliado. El empresario agota sus obligaciones respecto de este derecho dando al delegado la oportunidad de ser oído, sin que pueda reprobársele nada si éste adopta una actitud pasiva ante la comunicación empresarial. Esto es lo que sucede en el asunto de la **STSJ de Madrid de 11 de enero de 2005,** I.L. J 128, en la que la empresa comunicó a la central sindical correspondiente la intención de sancionar a la trabajadora "a todos los efectos que haya lugar en derecho". El sindicato no envió al instructor comunicación alguna alegando luego que no se había cumplido el trámite de audiencia legalmente exigido, alegación que el Tribunal rechaza entendiendo que no es necesaria indicación expresa sobre este trámite en la comunicación al sindicato, bastando con la advertencia que la empresa hizo de "a todos los efectos que haya lugar en derecho".

C) Régimen interno de los sindicatos. Relación con los afiliados

Es consolidada la doctrina judicial que entiende que en la imposición de sanciones por parte de las asociaciones en general, incluidos los sindicatos, a sus afiliados no rigen por lo menos en su plenitud, las exigencias de legalidad, tipicidad o el principio de presunción de inocencia que el art. 25.1 de la Constitución tiene establecidos plenamente para el derecho penal y sólo en parte para el derecho administrativo sancionador (SSTC 61/1990, de 29 de marzo, 6/1995, de 10 de enero, y 120/1996, de 8 de julio); y que el derecho de autoorganización reconocido a las asociaciones, también a las sindicales, impide al

Juez entrar a revisar la calificación que de las conductas consideradas sancionables han hecho los órganos de la asociación de que se trate, salvo para constatar el cumplimiento de las garantías procedimentales de defensa estatutariamente establecidas y que la decisión adoptada no es arbitraria. Esto supone, como se advierte en la **STSJ de Castilla y León de 24 de enero de 2005,** I.L. J 390, que el control jurisdiccional de estas sanciones llega a la justificación de la sanción, única forma de constatar que responde a una causa real y plausible. No se trata de valorar el acierto en la calificación de la conducta del asociado, ni siquiera la bondad de la medida disciplinaria acordada, sino de discernir si la sanción respondió a hechos reales y concretos. Conforme a este criterio, el Tribunal anula las sanciones impuestas en el asunto litigioso al limitarse la resolución sancionadora a señalar con absoluta generalidad que los sancionados no habían tomado una posición activa en la consecución de objetivos comunes del sindicato, sin especificación ni concreción de acto alguno que verificase esta afirmación. Para que pueda imponerse válidamente una sanción es preciso fijar con claridad los concretos hechos imputados y los preceptos estatutarios presuntamente infringidos.

Téngase en cuenta, de otro lado, que el orden jurisdiccional laboral es competente sólo para el conocimiento de las relaciones entre el sindicato y el afiliado que traigan su razón de ser en esa afiliación. Es incompetente para conocer de otras reclamaciones entre el sindicato y sus afiliados, como la que se plantea en la **STSJ de Cataluña de 13 de enero de 2005**, I.L. J 515, en la que el asunto litigioso se refería a una reclamación de un afiliado de los honorarios abonados al letrado del sindicato en un procedimiento de jura de cuentas. Se trata en este caso de una cuestión que depende de los acuerdos a los que llegue el sindicato con sus afiliados, de los que no puede conocer el orden social, porque son prestaciones del sindicato no de consecuencias derivadas del hecho de estar afiliado o de la relación entre el sindicato y el trabajador por razón de afiliación. Es en suma una cuestión "extrasindical" que no corresponde conocer al orden social.

D) Proceso de tutela de la libertad sindical

El proceso especial de tutela de la libertad sindical es un proceso de cognición limitada, en el que el juez sólo puede conocer de las presuntas lesiones de alguno de los derechos que conforman el complejo contenido de la libertad sindical, no siendo posible la acumulación con acciones de otra naturaleza, o con idéntica pretensión basadas en fundamentos diversos a la tutela del derecho fundamental correspondiente. Así se recuerda en **STS de 9 de diciembre de 2004,** I.L. J 583, en la que la cuestión litigiosa se refería al derecho del sindicato demandante a la negociación colectiva, interesando para ello que se declarase que la legitimación para negociar no recaía en el comité intercentros creado por el convenio sino en las organizaciones sindicales. Advierte el Tribunal que no puede tramitarse esta pretensión por el proceso especial de tutela de libertad sindical por la cognición limitada que le es propia, al requerir la valoración de la lesión del derecho fundamental de un pronunciamiento previo sobre la legalidad de la constitución del comité y de la cláusula convencional que le atribuye función negociadora.

Ahora bien, esta cognición limitada, como se señala en la **STS de 25 de enero de 2005,** I.L. J 51, no impide que el órgano juzgador repare las consecuencias económicas negativas directamente derivadas de la infracción del derecho fundamental. En aquella ocasión el trabajador demandante pedía que se declarase conculcado su derecho de libertad sindical por parte de la empresa ya que ésta como consecuencia de su actividad sindical no le había aplicado la subida salarial pactada para todos los trabajadores de la empresa para los años 2001 y 2002. Aunque en instancia se desestimó la reclamación de abono de las diferencias salariales por entender que tal solicitud conllevaba acumular cuestiones de legalidad ordinaria, el Tribunal Supremo la admite argumentando que no se trata de una acumulación indebida de dos acciones separadas, sino de una actualización del contenido íntegro de la acción de tutela de aquel derecho fundamental.

También conviene recordar, como se hace en la **STS de 19 de enero de 2005,** I.L. J 48, que en el marco de este proceso la denuncia de una infracción de la legalidad ordinaria, la alegación de fundamentos jurídicos diversos a la tutela o la consideración por el órgano judicial competente de que no se ha producido la lesión del derecho fundamental invocado, no afectan a la adecuación del procedimiento. En estos casos el juzgador podrá desestimar la demanda si considera que no se la producido la alegada lesión del derecho fundamental, sin entrar en los restantes fundamentos de legalidad ordinaria, pero no declarará la inadecuación del procedimiento, siempre que en él se haya instado formalmente la tutela de un derecho fundamental de forma correcta.

Una de las singulares más reseñables de este proceso especial es el juego que en él se prevé de una inversión parcial o relativa de la carga probatoria. Esta regla, como tiene declarado el Tribunal Constitucional (STC 29/2002, de 11 de febrero), coadyuva a garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo, por lo complejo que resulta desvelar posibles lesiones de estos derechos, encubiertas frecuentemente tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial. La finalidad de la prueba indiciaria es evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental (STC 38/1981). Pero para que se produzca esta inversión el trabajador tiene que aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental; indicio que, como señalan los tribunales, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido. Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto sobre la parte demandada recae la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por el demandante. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales. El empleador tiene que acreditar que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminan-

do toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental (**STSJ de Cantabria de 4 de febrero de 2005,** I.L. J 345). La ausencia de prueba trasciende de este modo el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante despliegan toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental.

Toda esta doctrina sobre la inversión de la carga probatoria se recuerda en la **STC de 1 de febrero de 2005,** I.L. J 76 (también en **STSJ de Cataluña de 27 de enero de 2005,** I.L. J 330), en un asunto en el que los delegados de personal de CCOO había reclamado cierta información a la empresa al amparo del art. 64 ET, sin que dicha solicitud fuese atendida, por lo que presentaron denuncia ante la Inspección, que levantó acta por obstaculización a la función representativa, siendo dichos trabajadores despedidos (en sucesivas ocasiones, con las consiguientes declaraciones de nulidad o improcedencia). El Tribunal entiende que estos hechos evidencian la existencia de indicios de antisindicalidad tanto de naturaleza mediata, referidos a los actos de despido contra los delegados de personal, que fueron objeto de los correspondientes procesos individuales, como inmediata, esto es, expresivos de un conflicto directo entre empresa y sindicato al que pertenecen dichos representantes unitarios. En tanto que la empresa no probó que los despidos respondiesen a una causa totalmente ajena a la actividad sindical de los delegados, considera el Tribunal lesionada la libertad sindical de los trabajadores y también la del sindicato al que pertenecen, por la relevancia constitucional que para las organizaciones sindicales tiene la representación unitaria, como instrumento de acción en la empresa.

También se ha considerado indicio suficiente de lesión de la libertad sindical las circunstancias concurrentes en el asunto de la ya citada **STC de 18 de enero de 2005,** I.L. J 136, porque la trabajadora había participado activamente en la promoción de elecciones en la empresa, que carecía de representación unitaria, comunicándosele poco después la extinción de su contrato por obra pese a que la misma no había finalizado y no existía denuncia del contrato de prestación de servicios entre la empresa demandada y aquella otra para la que estaba realizando la obra. Igualmente han merecido esta consideración las circunstancias del asunto resuelto por la **STSJ de Cataluña de 27 de enero de 2005,** I.L. J 330. En este caso, se trataba de una trabajadora miembro del Comité de Empresa de un centro comercial elegida por el colegio de especialistas y no cualificados, designada además delegada sindical de CCOO en la empresa. En ese colegio el sindicato había obtenido dos representantes. La trabajadora fue poco después destinada a otro puesto, en un colegio en el que el sindicato no tenía ningún representante. Por su nuevo puesto y por su horario quedó separada de sus electores durante su jornada de trabajo ordinaria, excluyéndosele toda posibilidad de relación con el resto de personal durante toda su jornada, excepto las horas en que estaba liberada. La trabajadora había intervenido en su condición de representante en diversas actividades reivindicativas frente a la empresa, quedando evidenciada la fricción existente entre la empresa y el sindicato a que la trabajadora pertenecía. El cambio de puesto de trabajo se debía según la empresa a un "serie de cambios organizativos" necesarios para una adaptación horaria de la sección para atender al conjunto del horario de apertura comercial. Necesidad a que, sin embargo, podía ha-

berse atendido cambiando el horario de la trabajadora o de otro miembro de la sección, en vez de trasladarla y contratar a personal nuevo para colocarlo en su lugar. Entiende el Tribunal que por estos hechos y por la actividad probatoria de la empresa que en ningún momento demuestra la necesidad organizativa de la decisión, procede declarar lesionada la libertad sindical de la trabajadora.

Similar es el asunto de la **STSJ de Cataluña de 11 de enero de 2005,** I.L. J 516, en el que las demandantes habían sido cambiadas del puesto de auxiliares administrativas que venían desarrollando al de teleoperadoras. Las trabajadoras aunque habían sido contratadas en un principio para prestar servicios como teleoperadoras, desde 1998 hasta 2003 estuvieron realizando funciones de auxiliares administrativas con reconocimiento formal de dicha categoría, percibiendo un plus denominado variable auxiliar administrativo. Las trabajadoras fueron elegidas miembros del Comité de Empresa en junio de 2002, incorporándose al mismo órgano en julio de 2003 el codemandante. Ese mismo mes fueron informadas las demandantes y el codemandante del cambio de puesto por reestructuración general de la empresa, constando que uno de los trabajadores que continuó en el puesto de auxiliar administrativo tenía menos antigüedad que el codemandante. Durante los tres días siguientes al cambio no se les asignó función alguna, manifestando su disconformidad al respecto. La coincidencia en el tiempo de los hechos bastó al Tribunal para entender que había indicios de conducta antisindical, confirmándose la lesión del derecho fundamental ante la ausencia de una objetiva y singular justificación por parte de la empresa respecto de la amortización de estos tres puestos de auxiliar administrativo.

No ocurre, sin embargo, lo mismo en el asunto de la **STSJ de Cataluña de 14 de enero de 2005,** I.L. J 328, en el que se trataba de un delegado sindical que había sido despedido por uso abusivo del derecho reconocido en el art. 37.5 ET, y alegaba que la sanción se debía en realidad a la actividad sindical reivindicativa que había realizado con anterioridad, entre la que se encontraba una denuncia a la inspección de trabajo y otra a la Subdelegación de Gobierno por irregularidades en la prestación de servicios de la empresa. El Tribunal rechaza este argumento entendiendo que no puede considerarse un indicio de conducta antisindical al haber transcurrido bastante tiempo entre la última acción reivindicativa del trabajador y la sanción.

La sentencia que pone fin al proceso especial de tutela de la libertad sindical tiene que incluir un pronunciamiento sobre si se ha producido o no lesión del derecho fundamental, y si procede el reconocimiento de una indemnización. El reconocimiento de esa indemnización no es automático, es necesario que el demandante alegue adecuadamente las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, y que justifique suficientemente su procedencia. Ahora bien, con la oportuna prueba esa indemnización puede atender a todos los daños provocados por la lesión del derecho fundamental, incluidos los daños morales, por ejemplo, por menosprecio del sindicato (**STSJ de Cataluña de 27 de enero de 2005,** I.L. J 331), o los gastos de letrado como se reconoce en la **STSJ de Cataluña de 28 de enero de 2005,** I.L. J 332.

E) Legitimación procesal en la defensa de intereses colectivos

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión ya de pronunciarse sobre la legitimación procesal de los sindicatos en el orden contencioso-administrativo en la defensa de los intereses colectivos de los trabajadores y de los funcionarios (SSTC 84/2001, de 26 de marzo, 101/1996, de 11 de junio, 7/2001, de 15 de enero, 24/2001, de 29 de enero, de 12 de julio de 2004, I.L. J 1306 y de 13 de septiembre de 2004, I.L. J 1380). Según este Tribunal para que el sindicato en cuestión pueda actuar en este orden es preciso que demuestre interés legítimo en el asunto. Aunque se debe partir de un reconocimiento abstracto o general de la legitimación de los sindicatos para impugnar ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo decisiones que afecten a los trabajadores, funcionarios públicos y personal estatutario, por corresponderles una función genérica de representación y defensa de los intereses de aquellos que no descansa sólo en el vínculo de la afiliación, para que el sindicato pueda intervenir en cada proceso concreto es preciso que disfrute de *legitimatio ad causam*, legitimación que ha de localizarse en la noción de interés profesional o económico; interés que ha de entenderse, a su vez, referido a "un interés en sentido propio, cualificado o específico". Este interés se identifica con la obtención de un beneficio o la desaparición de un perjuicio en el supuesto de que prospere la acción intentada, revista o no contenido patrimonial de la petición.

Esta doctrina se recuerda en la **STC de 4 de abril de 2005,** I.L. J 300, y en la **STC de 4 de marzo de 2005,** I.L. J 493. En el primer caso se reconoce legitimación al sindicato para impugnar los acuerdos municipales por los que se aprobaba la oferta pública de empleo y las bases de la convocatoria para las pruebas selectivas por no haber respetado la negociación previa con los sindicatos. Entiende el Tribunal que el sindicato es titular de un interés legítimo en tal impugnación tanto para defender un interés propio y sustantivo como es el de tomar parte en esa negociación previa, como para proteger el interés de los trabajadores y funcionarios afectados por la aprobación de esa oferta de empleo público. En el segundo asunto se reconoce legitimación al sindicato para la impugnación del sistema de selección de personal utilizado por el Instituto de Salud Carlos III por no respetar las exigencias fijadas al efecto en el convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración, por el interés general que ello conlleva y por tratarse de un sindicato con implantación en ese ámbito.

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA DE LOS TRABAJADORES

A) Naturaleza jurídica

Los tribunales han insistido con frecuencia en que los órganos de representación unitaria de los trabajadores no son titulares del derecho de libertad sindical. Cuestión esta que se repite en la **STS de 1 de febrero de 2005,** I.L. J 186, en la que el Tribunal desestima por falta de legitimación activa el recurso interpuesto por un Comité de Empresa en un proceso

sobre lesión del derecho de libertad sindical, recordando que estos órganos de representación de los trabajadores carecen de este derecho fundamental.

Por lo demás, estos órganos están llamados a representar de forma unitaria a todos los trabajadores de la plantilla de la empresa o centro de trabajo en el que se han constituido, sin que pueda reconocerse dicha condición a otras formas de representación de un sector o segmento limitado de trabajadores de la empresa, tal como se señala en la **STS de 17 de febrero de 2005,** I.L. J 275, en un asunto en el que la "plataforma de representantes del personal reglamentario fijo de la Cámara de Comercio de Madrid" pretendía interponer una demanda de conflicto colectivo al margen del Comité de Empresa constituido en dicho organismo.

B) Derechos y garantías de los representantes

El ejercicio de un cargo representativo no puede conllevar nunca consecuencias desfavorables para el trabajador. Esta "garantía de indemnidad", que se analiza en la **STC de 18 de abril de 2005,** I.L. J 437, veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o la actividad sindical de los trabajadores y sus representantes en relación con el resto de los trabajadores (doctrina ya consolidada en SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, 17/1996, de 7 de febrero, 74/1998, de 31 de marzo, 191/1998, de 29 de septiembre, 30/2000, de 31 de enero, 173/2001, de 26 de julio, 111/2003, de 16 de junio, y 79/2004, de 5 de mayo), siempre partiendo de que una potencial lesión del derecho a la igualdad y no discriminación debida al desarrollo de labores sindicales queda subsumida en el derecho de libertad sindical (por todas, **STC de 18 de abril de 2005,** I.L. J 437, SSTC 55/1983, de 22 de junio, 197/1990, de 29 de noviembre, 90/1997, de 6 de mayo, 87/1998, de 21 de abril, 308/2000, de 18 de diciembre, y 44/2001, de 12 de febrero).

Esta garantía de indemnidad alcanza a la imposibilidad de sufrir un perjuicio económico como consecuencia del desarrollo de actividades sindicales, aun cuando se trate de un liberado sindical. Así se recuerda en la **STC de 18 de abril de 2005,** I.L. J 437, a propósito de un asunto en el que la Administración había reclamado a un liberado sindical la devolución de la indemnización por residencia en Melilla que le había sido reconocida al trasladarse a esa localidad precisamente porque el trabajador había sido enviado por su sindicato a Murcia para realizar tareas sindicales, cambio al que la Administración no se había opuesto en modo alguno. Para resolver el asunto litigioso el Tribunal recuerda que es criterio jurisprudencial consolidado que un liberado o relevado de la prestación de servicios para realizar funciones sindicales sufre un perjuicio económico que cercena su derecho a la indemnidad si percibe menor retribución que cuando prestaba o presta efectivamente su trabajo. Además esta pérdida de emolumentos tiene un potencial efecto disuasorio que repercute no sólo en el representante sindical que soporta el menoscabo económico, sino también en la organización sindical a la que éste pertenece (SSTC 191/1998, de 29 de septiembre, 30/2000, de 31 de enero y 173/2001, de 26 de julio). En este caso, el Tribunal insiste en que la razón del cambio de residencia efectiva no era un traslado profesional, pues su destino continuaba siendo Melilla, sino puramente sindical derivada de su condición de liberado sindical, y en que aunque el permiso sindical había

sido concedido para el desempeño de las funciones sindicales en Melilla no fue revocado por la Administración cuando la central sindical comunicó el traslado del trabajador a Murcia por necesidades sindicales, falta de revocación que hizo que el liberado continuase percibiendo la indemnización hasta el momento en que la Administración le reclamó las cantidades lucradas desde su traslado a Murcia. Entiende el Tribunal que si no hubiese sido por su condición de liberado el trabajador continuaría percibiendo la indemnización controvertida porque continuaría prestando servicios en su destino (Melilla), con lo que si se le niega el derecho a mantener tal percepción se le estará perjudicando económicamente por el ejercicio del cargo representativo, generándose con ello una lesión de la libertad sindical en su manifestación del derecho a la indemnidad. Esta sentencia tiene un voto particular que se aparta de esta postura insistiendo en el requisito de efectiva residencia en Melilla para que tenga sentido percibir una indemnización cuyo objeto es precisamente compensar la especial carga que supone residir en esta zona.

Uno de los derechos reconocidos a la representación unitaria de los trabajadores es el de información y consulta en determinados supuestos, entre ellos los despidos colectivos de trabajadores. Este derecho se reconoce en nuestro sistema en el art. 51 ET, cuyo contenido cubre la obligación formulada en la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. Sobre el alcance del derecho contenido en esta norma comunitaria se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de las Comunidades en **STJCE de 27 de enero de 2005,** I.L. J 6, a propósito de la Ley alemana de protección contra el despido. En esta sentencia se interpreta el concepto "despido" al que se refieren los artículos 2 a 4 de la Directiva como generador del derecho de información y consulta que se reconoce a los representantes. En este sentido la sentencia responde a dos cuestiones concretas: si por "despido" debe entenderse la comunicación de la extinción o la cesación efectiva expirado el plazo de preaviso; y, si exige la Directiva que el procedimiento de consulta se haya completado antes de enviar la comunicación de extinción de los contratos de trabajo. Respecto a la primera cuestión, el Tribunal entiende que el término despido debe ser interpretado en el sentido de manifestación de la voluntad del empresario de extinguir la relación laboral, no en el sentido de extinción efectiva, pues de otro modo se neutralizaría el objetivo de los derechos de información y consulta, que no es otro que evitar las extinciones de contratos de trabajo o reducir su número. Por lo que a la segunda cuestión se refiere, el Tribunal señala que el empresario sólo puede poner fin a los contratos de trabajo una vez finalizado el período de consultas, pues en caso contrario quedaría amenazado el derecho de los representantes a negociar con el empresario la oportunidad y el alcance de los despidos.

Los representantes de los trabajadores en el ejercicio de sus funciones se ven amparados por la libertad de expresión y por el derecho de información. Con frecuencia estos derechos entran en colisión con la buena fe debida. Esta fricción de derechos es la que acontece en el asunto de la **STSJ de Castilla y León de 10 de febrero de 2005,** I.L. J 409, que trae su causa en el despido de un representante de los trabajadores por la publicación de unos artículos en la prensa local elaborados con base a la documentación facilitada por

el representante despedido –miembro de comité de empresa y de la sección sindical de UGT–, relativa a las irregularidades y anomalías percibidas en la prestación de servicios de un grupo de vigilantes en los depósitos municipales cuya custodia tenía encomendada la empresa. El tribunal tiene que decidir si pese a la probada participación directa y personal del representante en la transmisión de esa información su despido supone una trasgresión de su libertad sindical porque la misma se amparaba en el ejercicio de las libertades de expresión e información de un representante sindical. Entiende el Tribunal que en este caso lo que ha hecho el representante es informar a la prensa de ciertos hechos constitutivos de posibles irregularidades en la prestación del servicio de custodia de unos depósitos municipales, cuya veracidad no ha sido negada ni afirmada en la sentencia impugnada, y hay que tener en cuenta que junto a los derechos y obligaciones derivados de las relaciones individuales de trabajo, existe un interés público en la regular y eficiente prestación de dicho servicio, que hace que la posible oposición entre el deber contractual de buena fe y el derecho constitucional de libre expresión o información quede notablemente difuminada. Añade además el órgano juzgador que "difícil es, en tales casos, poner la buena fe al servicio del silencio, sin matices, del trabajador, máxime tratándose de un representante sindical, que precisamente por su condición de tal debe actuar en interés del conjunto de los trabajadores y que mal cumpliría su cometido si silenciara u ocultara anomalías o irregularidades aun por parte de alguno o algunos de ellos que inevitablemente habrían de perjudicar a todos, siendo por demás perfectamente legítima la utilización de la libertad de expresión e información como instrumento de acción sindical".

La clave, según el Tribunal, está en la ausencia por parte del representante de un ánimo de causar expreso perjuicio a la imagen de la empresa, aun cuando éste fuera un resultado posible pero desde luego no gratuito. Argumento al que se añade que la estabilidad y continuidad de la empresa en la contrata para la custodia de los depósitos, que no consta haya perdido, no ha de depender tanto de una tal publicación cuanto de que efectivamente garantice que el servicio se realiza regularmente y de conformidad con las normas reguladoras de la misma, siendo, o debiendo ser, por ende la primera interesada en conocer y corregir las posibles irregularidades o anomalías que se le manifiesten.

Otra de las garantías que el art. 68 ET [apartado e)] reconoce a los miembros de Comités de Empresa es disponer de un crédito de horas mensuales retribuidas. En la **STSJ de Madrid de 18 de enero de 2005,** I.L. J 131, se advierte que las concesiones graciosas que el empresario pueda realizar en el ejercicio de este derecho, en este caso en el marco de un acuerdo tácito sobre el régimen de utilización de las horas del crédito horario, no generan condiciones más beneficiosas, pues con carácter general, como ya señalara el Tribunal Supremo, a los derechos sindicales no les resulta de aplicación la doctrina de la condición más beneficiosa.

C) El Comité Intercentros

La constitución de un Comité Intercentros sólo es posible en la medida en que así se prevé en el convenio colectivo aplicable a la empresa, dependiendo también de éste su mantenimiento o su disolución. Así se recuerda en la **STS de 17 de febrero de 2005,** I.L. J 273, en la que el problema traía su causa en la supuesta sustitución de los Comités Intercen-

tros por Comisiones Sindicales que en el Acuerdo marco se configuraban como órganos máximos de participación y representación de todos los trabajadores constituidas por las secciones sindicales de los sindicatos que hubiesen obtenido al menos el 10% de los representantes en el ámbito de cada empresa. La cláusula convencional que preveía la creación de estas Comisiones había sido anulada en instancia por entender que se creaban con la intención de sustituir a los comités intercentros de las empresas y en su constitución no se respetaba la exigencia de proporcionalidad que rige para aquéllos, al permitirse únicamente la intervención de los sindicatos que hubiesen obtenido al menos el 10% de los representantes en el ámbito de cada empresa. El Tribunal Supremo en este recurso rechaza esa anulación porque entiende que no se produce tal sustitución en tanto que se trata de órganos que nada tiene que ver, pues esas Comisiones no son órganos unitarios como el comité sino que nacen del derecho de acción sindical y de la libertad de negociación, rigiéndose así por la normativa sindical. Añade el Tribunal que el hecho de que el nuevo Acuerdo Marco no previese la constitución de Comités Intercentros y se hubiesen disuelto por acuerdo los preexistentes cierra la posibilidad de que exista un órgano de este tipo en el ámbito de las empresas afectadas, sin que de la transferencia a las comisiones sindicales de los archivos y los fondos de los Comités Intercentros preexistentes pueda inferirse la comentada sustitución de órganos.

Por cierto que el criterio de proporcionalidad que, como se ha dicho, rige para la constitución del Comité Intercentros no tiene que resultar de aplicación a otros órganos con funciones distintas, como se advierte en la **STS de 18 de abril de 2005,** I.L. J 552, para una comisión gestora creada por el propio Comité Intercentros que carecía de facultades negociadoras o de ejecución de acuerdos.

Por lo general el convenio que prevé la constitución del Comité Intercentros le atribuye funciones de negociación. Sólo por convenio puede reconocerse y retirarse esta facultad (**STS de 9 de diciembre de 2004**, I.L. J 583).

3. CONFLICTOS COLECTIVOS

A) Competencia para el conocimiento del conflicto

Es doctrina consolidada del Tribunal Supremo, que se recuerda en la **STS de 15 de diciembre de 2004,** I.L. J 572, que la competencia para conocer de una pretensión de conflicto colectivo viene dada por el alcance territorial de los efectos del conflicto planteado, no siendo posible extender un litigio colectivo basándose en una potencial afectación distinta de la señalada en la demanda o en puras conjeturas o hipótesis de futuro. Así, por ejemplo, en el asunto de la **STS de 28 de febrero de 2005,** I.L. J 401, se reconoce competencia para el conocimiento del conflicto a la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares pese a tratarse de un grupo de empresas de implantación nacional porque el conflicto afectaba únicamente a los trabajadores de dicha demarcación judicial.

De otro lado, se cuestiona la competencia del orden social para el conocimiento de un conflicto colectivo en el que se pretende la declaración de nulidad de una circular interna referente al código de conducta del personal del Banco de España en el litigio de la **STS de 8 de febrero de 2005,** I.L. J 182. Para sostener su competencia (orden social) el Tribunal insiste en la naturaleza de la circular combatida, y es que la normativa reguladora de este organismo público le reconoce competencias para dictar circulares monetarias en el ejercicio de su potestad administrativa, que serán susceptibles de impugnación directa ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, pero la circular que en esta sentencia se estudia es una circular interna que ordena la conducta de los empleados, y los incumplimientos de estas normas de conducta se sancionan según dispone la misma normativa conforme a las reglas del ET. El hecho de que el Banco de España sea una entidad de derecho público no presupone que en las relaciones con los trabajadores a su servicio vaya a estar investido de poder público. Los trabajadores afectados no mantienen con el Banco vínculo funcionarial alguno por lo que corresponde al orden social el conocimiento de este conflicto colectivo, a tenor de lo dispuesto en el art. 9.5 LOPJ y en el art. 2.a) LPL.

B) Ámbito de aplicación del proceso de conflicto colectivo

Como es sobradamente conocido, para que una controversia pueda tramitarse por el proceso de conflicto colectivo es necesario que en el conflicto concurran dos elementos: uno subjetivo, que se materializa en el hecho de que el conflicto afecte a un grupo genérico de trabajadores, no bastando con que se trate de una mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad; y uno objetivo, consistente en la presencia de un interés general, que es el que actúa a través del conflicto y que se define como un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y por tanto no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros, o como interés que aunque pueda ser divisible, lo es de una manera refleja en sus consecuencias, que han de ser objeto de oportuna individualización, pero no en su propia configuración general (**STS de 15 de diciembre de 2004,** I.L. J 16 y **STSJ de Castilla y León de 7 de marzo de 2005,** I.L. J 499).

Así, por ejemplo, se entiende adecuado este procedimiento para resolver un litigio sobre el reconocimiento del plus de cámaras frigoríficas a todos los trabajadores que tienen que entrar en este tipo de cámaras y no sólo a los encargados de las mismas como pretende la empresa en el asunto de la **STS de 15 de diciembre de 2004,** I.L. J 16. En esta sentencia se advierte que la diferencia entre el conflicto colectivo y el conflicto plural no sólo reside en el carácter general o individual del derecho sino también en el modo de hacerlo valer, es decir, que el reconocimiento del derecho sea interesado no para cada uno de los trabajadores individualmente considerados sino en cuanto colectivo, cualquiera que sea el número de trabajadores comprendidos en el grupo.

No ocurre lo mismo con el asunto de la **STSJ de Castilla y León de 7 de marzo de 2005,** I.L. J 499, en la que se estima inadecuación del procedimiento por no concurrir el elemento subjetivo al tratarse de un conflicto plural ya que la cuestión no afecta de forma

indiferenciada a un grupo de trabajadores pertenecientes a un determinado grupo o categoría, sino que afecta a determinados trabajadores concretos, perfectamente individualizados. Téngase en cuenta que la demanda atacaba una decisión unilateral de la empresaria, dedicada al almacenaje y distribución alimentaria, de modificación del horario de trabajo de ciertos trabajadores para atender mejor a la demanda del mercado. La medida no afectaba a todos los trabajadores de la sección de almacén en que prestan servicios los afectados, sino sólo a algunos de ellos, sin que la afectación se correspondiese con un grupo o categoría profesional, ni con ningún otro elemento común, lo que convierte el conflicto en plural en lugar de en colectivo. Cierto es, no obstante, que el único elemento común que hubiese podido, en su caso, tenerse en cuenta para colectivizar el conflicto, que todos los trabajadores afectados prestaban servicios en el almacén en jornada continua, no pudo ser valorado por el Tribunal al no haberse alegado en la demanda.

En todo caso, es necesario que se produzca entre las partes un conflicto real, en el bien entendido que, como se advierte en la **STS de 25 de enero de 2005,** I.L. J 60 y en la **STS de 15 de diciembre de 2004,** I.L. J 572, los tribunales no pueden por este cauce procesal pronunciarse sin más sobre el alcance de una norma o de una cláusula convencional.

C) Legitimación

Como bien señala el art. 152.c) LPL tienen legitimación para la interposición de demandas de conflicto colectivo a nivel de empresa y de ámbito inferior los empresarios y los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, fórmula esta última que no alcanza a otro tipo de organizaciones o asociaciones que puedan constituirse para la defensa de los intereses de los trabajadores, tal como se advierte en la **STS de 17 de febrero de 2005,** I.L. J 275, a propósito de la legitimación de la "plataforma de representantes del personal reglamentario fijo de la Cámara de Comercio de Madrid" para la interposición de una demanda de este tipo.

La condición de representación legal o sindical de los trabajadores que la Ley exige para la adquisición de legitimación a estos efectos debe disfrutarse en el momento de interponer la demanda. Así se recuerda en la **STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de enero de 2005,** I.L. J 318, en un asunto en el que la decisión de interponer la demanda había sido adoptada por acuerdo mayoritario de los tres delegados de personal de la empresa, con el voto a favor de sólo dos de ellos, habiendo solicitado uno de ellos durante el desarrollo del proceso una excedencia voluntaria. El Tribunal entiende que en tanto que en el momento de iniciar la acción la mayoría de los representantes (dos de tres) estaban de acuerdo, debe considerarse que existía legitimación para interponer la demanda, aunque durante la tramitación del proceso el descenso de representantes hiciese que uno de ellos estuviese a favor y otro en contra.

4. EL DERECHO DE HUELGA

A) Alcance del derecho

El derecho de huelga no ampara sólo la paralización de la actividad laboral, alcanza también a los derechos de información, publicidad y difusión de los objetivos y contenidos del conflicto. El alcance de este contenido del derecho de huelga se analiza en la **STS de 15 de abril de 2005,** I.L. J 557, en la que se resuelve un recurso de casación sobre si el desarrollo de una huelga en el Centro Territorial de Televisión Española en Extremadura produjo alguna infracción de los derechos de libertad sindical de la Unión General de Trabajadores (UGT) en la comentada manifestación de su contenido. El sindicato demandante entendía conculcado su derecho porque la Televisión demandada no había emitido ninguna información sobre la huelga pese a tratarse de una empresa pública dedicada precisamente a una actividad muy específica como es la de informar a los ciudadanos. Esta ausencia de información infringe según la demandante los derechos constitucionales de huelga y libertad sindical en su vertiente del derecho de difusión e información sobre la misma, en tanto que en el art. 6.6 del RD-Ley de 4 de marzo de 1977 se reconoce el derecho de los trabajadores en huelga a "efectuar publicidad de la misma, en forma pacífica, y llevar a efecto recogida de fondos sin coacción alguna". Aclara el Tribunal en este punto que aunque efectivamente el contenido del derecho de huelga alcanza a este derecho no resulta de ese precepto obligación legal alguna para la empresa, en el sentido de ser ésta la que se ocupe de difundir la información sobre la huelga. El derecho contenido en el referido artículo 6.6 del RD-Ley se refiere únicamente al de los trabajadores a difundir libremente la información oportuna sobre la huelga y sus motivos, no pudiendo desprenderse en modo alguno de la doctrina judicial sobre el alcance de este derecho que la carga de la información y difusión haya de recaer sobre la empresa.

El sindicato demandante entiende también que su derecho de huelga y de libertad sindical resulta lesionado por el uso por parte de la empresa de medios técnicos para atenuar los efectos de la huelga. Es preciso tener en cuenta que la empresa para la elaboración de noticias habitualmente contaba además de sus propios equipos con los contratados de tres productoras externas, Extrevideo SL, Malesgu SL y Tro-Vídeo SL, teniendo también contratada a nivel nacional con la Agencia Europa Press la elaboración de noticias cuando así se consideraba oportuno. El día de la huelga el Centro Territorial de TVE tenía en principio encomendada a Tro-Vídeo SL la elaboración de una noticia en la ciudad de Badajoz, pero finalmente la cobertura de la noticia se realizó por Europa Press. El sindicato convocante considera que con esto se neutralizó el efecto de la huelga con la consiguiente lesión del derecho fundamental. Sin embargo, el Tribunal recuerda que aceptado el contenido de los servicios mínimos fijados y teniendo que cumplirse por la empresa con la obligación legal de emitir informativos, la forma en que lo hizo, acudiendo a los colaboradores ordinarios en tales actividades informativas, en modo alguno vulneraba el derecho fundamental de huelga puesto que la Agencia Europa Press, al igual que las demás empresas, cubrían esa actividad con regularidad y habitualidad, de modo que en ningún momento se había procedido a la sustitución de los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma.

B) Servicios de seguridad y mantenimiento

Uno de los límites al ejercicio del derecho de huelga son los llamados servicios de mantenimiento y seguridad, cuya imposición ya admitió en su día el Tribunal Constitucional en su Sentencia 11/1981, y que pueden ser fijados unilateralmente por el empresario si fracasan las negociaciones con el órgano de representación de los trabajadores. Ahora bien, estos servicios deben tener como objetivo únicamente atender a la garantía de seguridad de bienes y personas y al mantenimiento de las instalaciones. La fijación de servicios de este tipo con otro fin supone un atentado contra el derecho fundamental, tal como se señala en la **STC de 4 de abril de 2005,** I.L. J 299, en un asunto en el que la empresa había fijado servicios de seguridad y mantenimiento dirigidos (a excepción del puesto de vigilancia) a mantener el centro de trabajo "abierto y en orden", como expresamente reconoció al comunicar por escrito al comité de empresa los motivos por los que proponía esos concretos servicios.

En concreto, la empresa seleccionó puestos como el de "telefonista-recepcionista", con el objeto de "mantener activas las comunicaciones con el exterior al estar abierta la empresa"; el de "asistencia técnica", para "mantener abierta la recepción de pedidos de repuestos y el contacto con los clientes nacionales y extranjeros"; o el de "técnico en el mantenimiento de sistemas informáticos", para controlar la red informática o realizar copias de seguridad. Es obvio, y así lo aprecia el Tribunal, que se trataba de puestos que no tenían como cometido garantizar la seguridad de la empresa para posibilitar la reanudación de su actividad cuando acabase la huelga (tal y como prevé la Ley), sino que lo que perseguían era no alterar, en la medida de lo posible, el funcionamiento normal de la demandada, haciendo factible el contacto con clientes, la recepción de pedidos y suministros o el acceso normal a todas las instalaciones. Basta señalar a tal efecto que los trabajadores seleccionados no hicieron otra cosa que realizar las labores que habitualmente prestaban en su puesto de trabajo. Esta actuación empresarial es contraria al derecho de huelga pues supone situar este derecho fundamental y el derecho al trabajo y la libertad de empresa en idéntico plano cuando no tienen ni el mismo rango ni la misma protección constitucional. No puede admitirse que el derecho fundamental a la huelga de los trabajadores se restrinja o elimine con el objeto de que la actividad productiva, no ya pueda reanudarse finalizada la huelga, sino que no se perturbe durante su desarrollo.

Paz Menéndez Sebastián
Carolina Martínez Moreno (coord.)
Ignacio González del Rey Rodríguez
Ángeles Ceinos Suárez

VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Legitimación para negociar. A) De los sindicatos. B) De las asociaciones empresariales. 3. Contenido "normativo". Límites. 4. Ámbito temporal. 5. Sucesión de convenios. 6. Impugnación "directa" del convenio colectivo. 7. Administración del convenio colectivo.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

De las sentencias reseñadas, incluidas en los cuatro primeros números de 2005 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, (I.L. J 1 a J 588) de Lex Nova, la más relevante es, por la singularidad de la cuestión tratada y la solución a que llega, la del TSJ de Baleares de 10 de enero de 2005, que rechaza que cuente con legitimación para negociar un convenio de sector la asociación empresarial constituida por una empresa o grupo de empresas. En comparación con dicha sentencia, las demás carecen de originalidad, limitándose a aplicar criterios judiciales seguidos en anteriores ocasiones en relación con iguales materias que las que abordan.

2. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR

A) De los sindicatos

No existiendo representantes unitarios en el sector afectado por el convenio, la legitimación inicial para negociarlo corresponde, exclusivamente, de acuerdo con el art. 87.2 del ET, a los sindicatos más representativos en el plano estatal o autonómico, bien directamente o por irradiación. La afiliación o implantación en el sector no puede convertirse, en tal caso, en criterio determinante de aquella legitimación, cuyas reglas son de orden público. Tal es la solución que aparece en **STS de 20 de diciembre de 2004,** I.L. J 264, que cita a la anterior de 5 de noviembre de 2002 (recurso 1-11/2002). Igualmente, coincide dicha solución con la apuntada en **STS de 4 de junio de 1999,** I.L. J 881, de la que se dio cuenta en el número 2 de esta revista.

B) De las asociaciones empresariales

La atribución de legitimación para negociar convenios colectivos supraempresariales a aquellas asociaciones empresariales que reúnan las condiciones del art. 87.3 del ET no puede interpretarse de forma tal que permita reconocer aquélla a la asociación que figura formada por una única empresa o un grupo de empresas recíprocamente participadas y con un fin económico común. Lo contrario equivale a admitir la posibilidad de que el convenio negociado responda a los intereses particulares de dicha empresa o grupo de empresas, no a los de las demás del sector. Negar la legitimación en una situación como la indicada impide que el convenio se convierta en una vía de restricción de la competencia entre las empresas que operan en un mismo mercado; en otras palabras, evita que pueda imponerse una regulación convencional de condiciones de trabajo acomodada a la eventual posición de predominio de la empresa que interviene formalmente en la negociación a través de la asociación que ha constituido, pero de asunción imposible o perjudicial para el resto de empresas del sector. Se pronuncia en este sentido la **STSJ de Baleares de 10 de enero de 2005,** I.L. J 166:

> "En el presente supuesto, se trata de un convenio colectivo sectorial, que aspira a regular las condiciones laborales entre todos los trabajadores y empresarios que prestan la actividad de transporte sanitario en el territorio de esta Comunidad Autónoma. Cuando la ley exige que convenios de este tipo sean negociados por asociaciones empresariales con una mínima implantación, persigue que el producto de la negociación colectiva resulte aceptable para el mayor número de empresas del sector involucrado. El logro de ese propósito presupone, desde luego, que la asociación esté conformada por un número plural de miembros efectivamente distintos entre sí, de manera que defienda en la negociación una postura unitaria donde confluyan y se armonicen los intereses inicialmente contrapuestos de empresas que compiten en el mercado. Una sola empresa, en cambio, por grande que sea su peso e influencia, no está legitimada para negociar y aprobar un convenio colectivo de ámbito funcional superior al que sus propias dimensiones delimitan, y lo mismo cabe decir respecto de un grupo de empresas bien caracterizado, entendiendo el concepto como una pluralidad de entidades que, si formalmente diferenciadas, están ligadas estructuralmente por su sometimiento a un mismo y único poder de dirección y la búsqueda coordinada de un fin económico común a todas. El peligro que se corre, si no, es que, habida cuenta la automática extensión de la eficacia del convenio a todo el sector, la empresa o grupo de empresas plasme en el clausulado de éste condiciones laborales amoldadas a una posición de predominio, pero inasumibles para el resto, y que, por esta vía, la normativa convencional laboral se convierta al cabo en un mecanismo que se usa para expulsar del mercado a los competidores ya presentes y dificultar la incorporación de otros nuevos y, en definitiva, en una técnica para restringir la competencia.
>
> Este peligro concurre en el caso litigioso de una manera palpable. La asociación empresarial firmante del convenio está integrada, en realidad, por una misma empresa –la UTE concesionaria del servicio de transporte sanitario– (...), y el convenio colectivo suscrito por dicha asociación establece unas retribuciones salariales muy superiores a las que regían con anterioridad gracias, exclusivamente, al factor de que la empresa adjudicataria de la

concesión administrativa tiene garantizada una financiación externa de la que sólo ella disfruta, mas no las demás empresas del ramo. Resulta significativo en este aspecto que la firma del convenio se demoró hasta que la parte empresarial adquirió la certeza plena de que la administración respetaría el compromiso de proveer –a las titulares de la concesión, no a las demás empresas– los ingresos necesarios para abonar el incremento salarial que la entrada en vigor del convenio entrañaba. El convenio colectivo, en definitiva, responde a los intereses peculiares de una empresa individual, no a los del conjunto del sector, por lo que su ámbito funcional debería haberse circunscrito a esa sola empresa o, si se prefiere, grupo de empresas, y no poseer el alcance general de que los sujetos negociadores le dotaron."

3. CONTENIDO "NORMATIVO". LÍMITES

– *En relación con la retribución de las horas extraordinarias.* Con carácter general, la doctrina a seguir es la de que regulación de esta materia por parte del convenio colectivo debe respetar la regla del art. 35.1 del ET, según la cual el valor de cada hora extraordinaria no podrá ser inferior al de la hora ordinaria. Así, la **STS de 15 de diciembre de 2004,** I.L. J 15, en casación para la unificación de doctrina, con reproducción de la argumentación de la **STS 28 de noviembre de 2004**, también de casación para la unificación de doctrina (se dio cuenta de esta última sentencia en *Justicia Laboral*, núm. 23). Aquel precepto del ET tiene naturaleza imperativa y de derecho necesario, de modo que los derechos que confiere son indisponibles tanto para los trabajadores (art. 3.5 del ET) como para el convenio colectivo, pues la garantía que respecto de la negociación colectiva atribuye a trabajadores y empresarios el art. 37.1 de la Constitución española no impide en modo alguno que el legislador coloque a los convenios en un plano jerárquicamente inferior al de las disposiciones legales y reglamentarias [art. 3.1.b) del ET] y exija también (art. 85) que lo que en tales convenios se pacte lo sea "dentro del respeto a las leyes". Igual posición y cita de la sentencia de 28 de noviembre de 2004 sigue, de nuevo en casación para la unificación de doctrina, la **STS de 7 de febrero de 2005,** I.L. J 274.

Manifiesta la Sala en todas esas sentencias que no resulta contrario a la doctrina expuesta el criterio de la STS de 18 de marzo de 2003 (recurso 91/2002. Una reseña de dicha sentencia en *Justicia Laboral*, núm. 16; indicábamos entonces que el aludido criterio era fruto de un alambicado razonamiento), adoptado en relación con un "supuesto particularísimo".

– *En relación con la regulación de los contratos de duración determinada*. Es válida la cláusula del convenio que prevé que estos contratos puedan extinguirse por disminución real del volumen de la obra o servicio contratado, siempre que aparezca esa extinción únicamente se refiere a los contratos de aquellos trabajadores ocupados en la concreta actividad afectada por la expresada disminución **(STS de 16 de marzo de 2005,** I.L. J 476).

4. ÁMBITO TEMPORAL

Alcance de la aplicación con efectos retroactivos. La atribución de efectos retroactivos a la aplicación del nuevo convenio colectivo se convierte en fuente de problemas cuando, como sucede con frecuencia, éste contiene una cláusula, aparentemente clara, que dispone dicha aplicación retroactiva con carácter general, sin limitarla a determinada o determinadas materias o condiciones de trabajo. Da cuenta de tales problemas la **STS de 29 de diciembre de 2004,** I.L. J 22, en relación con el supuesto en que el nuevo convenio establece un régimen de compensación de las horas extraordinarias más ventajoso que el del anterior convenio, que se mantuvo en situación de vigencia prorrogada durante la negociación del primero. Para la Sala, la sujeción de una condición de trabajo como la indicada a la retroactividad general que pueda figurar en alguna de las cláusulas del nuevo convenio precisa que ésta no resulte contradicha por lo acordado en otras que evidencien que fue voluntad de las partes el excluir aquella sujeción:

> "En línea de principio, cuando se pacta una aplicación retroactiva de las normas como la indicada [de carácter general: el presente convenio 'estará en vigor desde el 1 de enero de 2000 (...)'], salvo que existan otras razones deducidas del propio convenio que permitan llegar a conclusión contraria, la regla de la retroactividad habría de aplicarse a todo lo pactado, por cuanto la misma es perfectamente asumible tanto por lo que supone la aceptación de la libertad de pactos en esta materia que permite el Estatuto de los Trabajadores como por el hecho de que es algo permitido por el art. 2.3 del Código Civil."

Precisamente, en el caso de autos se descubren en el nuevo convenio las expresadas razones que permiten llegar a la conclusión contraria; ello conduce a rechazar la pretensión relativa a la aplicación retroactiva postulada por los sindicatos recurrentes:

> "Pero aceptar esa aplicación retroactiva del convenio en nuestro caso tiene el inconveniente de que, a pesar de la aparente claridad del art. 5 transcrito, en el cuerpo del mismo convenio se encuentran datos suficientes para llegar a la conclusión de que aquella vigencia retroactiva general que se desprende de la lectura del mismo no se corresponde del todo con lo que las partes dispusieron en otros lugares de su articulado."

5. SUCESIÓN DE CONVENIOS

A la vista del art. 82.4 del ET, el convenio colectivo posterior (o un acuerdo equivalente, como el de conciliación en conflicto colectivo que figure suscrito por quienes reúnan la legitimación necesaria para concluir un convenio colectivo en el ámbito afectado por dicho conflicto) puede disponer de las mejoras voluntarias de seguridad social establecidas en otro anterior. Tiene ocasión de volver a insistir sobre esta posibilidad, en casación para la unificación de doctrina, la **STS de 10 de febrero de 2005,** I.L. J 452, trayendo a colación el criterio mantenido al respecto por la de 16 de julio de 2003, dictada también en

casación para la unificación de doctrina y de Sala General. Esta última sentencia fue objeto de reseña, igual que otra de 18 de igual mes y año, también de unificación de doctrina, en el número 17 de *Justicia Laboral*.

6. IMPUGNACIÓN "DIRECTA" DEL CONVENIO COLECTIVO

Tratándose de una impugnación del convenio colectivo por los trámites del proceso de conflicto colectivo, llevada a cabo por alguno de los sujetos que menciona el art. 163.1 de la LPL, la acción no puede dirigirse más que contra aquellos a los que el apartado 2 de dicho precepto atribuye legitimación pasiva. La autoridad laboral carece de tal legitimación incluso cuando hubiese desestimado una previa solicitud de impugnación de oficio (**STSJ de Baleares de 10 de enero de 2005,** I.L. J 166).

7. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

Por las comisiones paritarias. No tiene derecho a formar parte de la comisión paritaria del convenio colectivo, incluso si ésta dispone de facultades de negociación, el sindicato que carece de legitimación para negociar dicho convenio de acuerdo con el art. 87.2 del ET. Así, en relación con el convenio colectivo del personal laboral de una Comunidad Autónoma, **STS de 24 de diciembre de 2004,** I.L. J 246.

Javier Gárate Castro

IX. SEGURIDAD SOCIAL

Sumario:

1. Fuentes. 2. Campo de aplicación. 3. Encuadramiento. 4. Gestión. 5. Financiación. 6. Cotización. 7. Recaudación. 8. Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. A) Concepto de accidente. B) Indemnización por daños y perjuicios. 9. Régimen económico, responsabilidad y garantía de las prestaciones. 10. Asistencia sanitaria. A) Reintegro de gastos sanitarios. 11. Incapacidad temporal. A) Dinámica de la prestación. B) Regímenes especiales. 12. Maternidad. 13. Regímenes especiales. 14. Infracciones y sanciones. 15. Procesos de Seguridad social. A) Competencia e incompetencia de la Jurisdicción Social. B) Reclamación administrativa previa.

1. FUENTES

Para la **STJCE de 20 de enero de 2005**, I.L. J 1, es ajustado a las normas comunitarias que un Estado miembro no compute a efectos de la pensión de jubilación de régimen nacional, determinados períodos de seguro cubiertos en otro Estado miembro, de un trabajador en paro y durante los cuales las cotizaciones por jubilación hayan sido ingresadas por entidad gestora del desempleo y computen únicamente para calcular el importe de dicha pensión.

Para la **STJCE de 20 de enero de 2005**, I.L. J 3, el procedimiento previsto en el art. 234 CE es un instrumento de cooperación entre el TJCE y los órganos jurisdiccionales nacionales, a través del cual el primero aporta a los segundos los elementos de interpretación del Derecho comunitario pero es necesario que el litigio esté pendiente, lo que no ocurre en este caso.

2. CAMPO DE APLICACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

3. ENCUADRAMIENTO

La **STS de 13 de diciembre de 2004,** I.L. J 263, resuelve un recurso para la unificación de doctrina planteado para esclarecer si un agente de seguros debe estar en alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos cuando, en el período a considerar, sus ingresos tota-

les superen el salario mínimo interprofesional. Sobre el fondo de la cuestión, se recuerda la doctrina sentada desde la STS de 14 de febrero de 2002, en la que ya se establecía que la solución a esta cuestión pasaba por la distinta condición de los agentes en relación con los subagentes de seguros, indicando que para los primeros no es necesario acreditar la habitualidad en el trabajo que desarrollan, y por tanto no les resulta aplicable el sistema de indicios de esa habitualidad, pues de la propia normativa que regula el contrato de agencia ya se desprende dicha habitualidad, salvo que se demuestre que no se dan las notas de continuidad y estabilidad, en cuyo caso podría pensarse en la posibilidad de exigir la prueba de habitualidad derivada de la percepción de unos determinados ingresos. Y es este último supuesto el que se da en la sentencia recurrida, al tratarse de una actividad que el agente afirma que realiza de forma marginal o residual. En el caso concreto, se entiende que la habitualidad en el ejercicio de la actividad queda probada, a diferencia de lo mantenido por la sentencia recurrida, pues esta última sólo tiene en cuenta las comisiones y no los ingresos de mantenimiento y gestión de la cartera de clientes para analizar dicho requisito de habitualidad, cuando ambas cantidades conjuntamente sí superan el salario mínimo interprofesional, razón por la cual resulta necesario encuadrar al actor en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

4. GESTIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

5. FINANCIACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

6. COTIZACIÓN

En la **STS de 9 de febrero de 2005** (Sala Tercera), I.L. J 79, la sala del contencioso-administrativo del Tribunal Supremo confirma en casación la pretensión del Abogado del Estado que recurre la anulación, por parte de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Balear, del acto administrativo emanado por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social en que se desestimaba la solicitud por parte de la empresa "Spanair SA" de la reducción de un 10% de las primas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales. La sentencia recurrida da la razón a la empresa en base a la demostración de que durante el trienio 1994-1996 la relación entre las cuotas que ésta ingresó a la Mutua Balear en concepto de incapacidad temporal, invalidez y muerte y las prestaciones a las que hizo frente en el mismo período fue del 2,7% cuando la media de la totalidad de empresas mutualistas en ese período quedó situada en el 26,8%. De una interpretación contextual de los arts. 108 TRLGSS y de la actual Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, el Tribunal Supremo concluye que la acreditación de un menor índice de siniestralidad no es un dato suficiente para pretender la bonificación citada ya que no hay que perder de vista que el objetivo de las normas con-

siste en reducir la siniestralidad laboral. Por ello, se hace eco de las alegaciones expuestas por el Abogado cuando sostiene, por un lado, que no basta con comparar el índice de siniestralidad con empresas que se encuentren en la misma Mutua sino con empresas que operen en el mismo sector de la actividad económica ya que precisamente la cotización por contingencias profesionales según el riesgo de siniestralidad que se desprenda de la actividad en cuestión. Por otro lado, como señala el Tribunal, para acceder a la reducción es necesario además demostrar que la empresa ha introducido medidas eficaces que han reducido de forma destacada la siniestralidad previa distinguiendo a la empresa de otras similares. En definitiva, la empresa beneficiada con la reducción debe distinguirse en positivo respecto de la conducta de otras empresas lo que no ocurre en el caso enjuiciado.

En la **STS de 25 de enero de 2005,** I.L. J 243, se aborda de nuevo la interpretación del art. 28.3.d) del Decreto 2530/1970 –anterior a la entrada en vigor de la Disposición Adicional Décima de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre– en relación a la eficacia que tienen en el RETA las cuotas ingresadas a requerimiento de la entidad gestora, referentes a períodos anteriores al alta. El INSS recurre la sentencia que reconoce un aumento del porcentaje de la pensión de jubilación con cargo al RETA tomando en consideración las cotizaciones efectuadas por la trabajadora con posterioridad al alta relativas a un período anterior a la misma. Respecto del valor que debe reconocerse, a efectos de las prestaciones en el RETA a las cotizaciones que, correspondientes a períodos anteriores a la formalización del alta, fueron ingresadas con posterioridad a la misma, el Tribunal aplica la misma solución que numerosas sentencias precedentes del Tribunal Supremo –entre otras, las SSTS de 20 de febrero de 1992, de 8 de octubre de 1996, de 15 de noviembre de 1996, de 20 de mayo de 1997 y, más recientemente, la de 23 de marzo de 2002– en el sentido que no les cabe otorgar efecto alguno.

Reclamación al Estado de los salarios de tramitación que excedan de los sesenta días hábiles desde la presentación de la demanda hasta la sentencia de despido. Incluye la cotización durante el período en que los trabajadores estuvieron en situación de incapacidad temporal. En la **STSJ de Cataluña de 10 de enero de 2005,** I.L. J 327, se plantea un supuesto en que la empresa recurrente no abonó salarios de tramitación porque la trabajadora se hallaba en situación de incapacidad temporal en el período coincidente con el devengo de los mismos. El Tribunal sigue la misma doctrina que la sala estableció en Sentencia de 26 de julio de 2003, según la cual no debe diferenciarse entre salarios de tramitación y las cotizaciones correspondientes a los mismos pues ni el art. 57.2 del Estatuto de los Trabajadores ni los arts. 116 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral establecen prevención alguna al respecto. Se reconoce, por tanto, el derecho de la empresa a que se le reintegre las cotizaciones abonadas, comprendiendo tanto la cuota de la empresa como la de trabajadora.

Cómputo de la bonificación de edad por embarques en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar. Sólo son computables los realizados en el período de encuadramiento en la Seguridad Social española. El Tribunal en la **STS de 14 de abril de 2005,** I.L. J 544, sigue la doctrina expresada sobre este punto por el propio Tribunal y entiende que para calcular la bonificación de edad por embarques no se computan todos los tiempos de embarque –en este caso los realizados en barcos españoles y holandeses– sino exclusivamente los

realizados a la Seguridad Social española. La decisión se apoya en la especial naturaleza de esta bonificación que consiste en la asignación en el momento de la jubilación de cotizaciones ficticias compensatorias de dicha anticipación de la edad de jubilación. En este caso no se trata de cotizaciones reales o presuntas anteriores al hecho causante que hayan de ser consideradas en la carrera de seguro del beneficiario (Reglamento 1408/1971), por lo que no son aplicables los principios de coordinación comunitaria. A juicio del Tribunal Supremo, se trata de un mecanismo específico de anticipación de la edad de retiro del trabajo en el mar que no "hace de peor condición" al asegurado español por la circunstancia de haber prestado sus servicios en otros países comunitarios.

7. RECAUDACIÓN

Siguiendo la doctrina de la Sala, la **STS de 3 de febrero de 2005**, I.L. J 85, determina que en el supuesto de embargo de la pensión, motivada por la devolución de prestaciones indebidamente percibidas, el límite a tener en cuenta es el de la cuantía fijada como pensión mínima y no la correspondiente al salario mínimo interprofesional.

Por otra parte, la **STS de 7 de diciembre de 2004**, I.L. J 253, recuerda el cambio normativo en materia de prescripción del reintegro de prestaciones indebidas y la improcedencia de las excepciones jurisprudenciales con la nueva regulación que, no obstante, sí son de aplicación para las prestaciones indebidamente percibidas con anterioridad al 1 de enero de 1998, como sucede en la **STS de 27 de mayo de 2004**, I.L. J 441.

8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

A) Concepto de accidente

Según la **STS de 18 de enero de 2005**, I.L. J 23, deben calificarse como accidente de trabajo las presiones, insultos y amenazas sufridas por un ertzaina, procedentes del entorno radical. La vivienda habitual del ertzaina fue atacada por personas desconocidas mediante el lanzamiento de cócteles molotov cuando se hallaban en el interior de la vivienda el propio interesado, su esposa y sus dos hijas. Como consecuencia de estos hechos, el ertzaina sufrió una reacción aguda a estrés, diagnosticada como trastorno adaptativo con alteración mixta de las emociones y de la conducta. Todo lo cual encaja en el concepto de accidente de trabajo derivado del art. 115.2.e) LGSS.

La **STS de 19 de enero de 2005**, I.L. J 47, supone una importante restricción a la línea de ampliación que se había llevado a cabo del concepto de accidente de trabajo *in itinere*. Según el Tribunal Supremo, ante un supuesto de hecho en el cual el trabajador regresaba de Valladolid tras pasar el fin de año con sus padres, no cabe extender el concepto de accidente *in itinere*. Y ello porque, aunque en dicha ciudad vivía la familia del trabajador, éste no tenía allí ni su residencia legal ni su domicilio real y principal, ni tan siquiera el se-

cundario de uso habitual, por lo que faltarían los elementos teleológico y geográfico del concepto de accidente de trabajo. Además, la sentencia matiza que tampoco hubiera podido calificarse *in itinere* el accidente si éste se hubiera producido el día antes y durante el viaje de ida a Valladolid, aunque se hubiera iniciado desde el centro de trabajo. Sobre esta sentencia, puede verse el comentario de Martínez Barroso, M.R., "Unificación doctrinal respecto a la relimitación geográfica del *iter laboris* en el accidente *in itinere* a propósito de la STS de 19 de enero de 2005, en el núm. 1 de *Información Laboral Jurisprudencia* de Lex Nova.

La **STS de 8 de marzo de 2005**, I.L. J 422, recuerda la doctrina ya expuesta en otras ocasiones por el Tribunal Supremos según la cual no se puede descartar la influencia de los factores laborales en la formación y desencadenamiento de una crisis cardíaca o cardiovascular, incluida la cerebral. Además, los síntomas del accidente isquémico sobrevinieron estando el trabajador en su lugar de trabajo, aunque cuando la atención médica los detectase más tarde.

B) Indemnización por daños y perjuicios

En la **STS de 23 de diciembre de 2004**, I.L. J 19, se vuelve a tratar si la indemnización a que tiene derecho el trabajador por accidente de trabajo ha de ajustarse a la fecha de la póliza vigente en el momento que ocurrió el accidente, o bien a la póliza que regía cuando fue declarada la incapacidad, que preveía un importe inferior para la indemnización. El Tribunal Supremo recuerda la doctrina ya expuesta en la STS de 19 de enero de 2004, según la cual el momento relevante en orden al establecimiento de la cobertura de los accidentes de trabajo es aquel en que se produce el accidente, y no el momento en que tiene lugar el reconocimiento administrativo o judicial de la situación protegida. Ahora bien, cuando se trata de una mejora voluntaria que contiene una regulación específica, tal regulación es la que debe prevalecer a la hora de determinarse el régimen aplicable, en la medida en que no se oponga a una norma de superior rango.

Respecto a la cuantía de la indemnización en virtud del art. 1101 del Código Civil, la adecuación a la realidad de los daños materiales y morales producidos por el accidente es analizada por la **STSJ de Andalucía de 27 de enero de 2005**, I.L. J 310.

9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍA DE LAS PRESTACIONES

No existe jurisprudencia en la materia.

10. ASISTENCIA SANITARIA

A) Reintegro de gastos sanitarios

Según la **STJCE de 12 de mayo de 2005**, Asunto C-145/2003, que responde a una cuestión prejudicial, el INSALUD debe reembolsar los gastos sanitarios de una afiliada al

Régimen General de la Seguridad Social que, provista de los formularios E111 y E112, es tratada de un tumor en Alemania y operada posteriormente en un Estado tercero no miembro de la Unión Europea (Suiza).

En la **STS de 3 de marzo de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 418, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, las cuestiones que se someten a debate son dos: en primer lugar si procede el reintegro de gastos farmacéuticos dispensados para la atención de un menor no lactante que padece alergia a las proteínas de leche de vaca y huevo; en segundo lugar y para el supuesto de que la respuesta a la primera cuestión fuere afirmativa, qué entidad debe asumir la obligación de reintegro, si el INGESA (antes INSALUD), dada la fecha en que se causaron los gastos, o por el contrario el Instituto Madrileño de la Salud. Según la Sala sí que procede el reintegro de gastos farmacéuticos y el órgano competente es el INGESA ya que el gasto efectuado y toda la actuación administrativa atinente al reintegro, que abrió paso el proceso judicial, se produjo antes de la fecha de efectos de la transferencia de competencias al órgano de salud autonómico.

11. INCAPACIDAD TEMPORAL

A) Dinámica de la prestación

La **STS de 17 de enero de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 42, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, analiza el artículo 4.4 del RD 1799/1985, según el cual, en el caso de trabajadores que encontrándose en situación de incapacidad temporal o de prórroga de sus efectos, no hayan llegado a agotar el período máximo de duración de la misma, incluida su prórroga, los días que falten para agotar dicho período máximo se asimilarán a días cotizados a efectos del cómputo del período mínimo de cotización exigido para causar derecho a la pensión de incapacidad permanente. Y para el Tribunal Supremo, para causar derecho a la prestación de incapacidad permanente, la redacción exige la necesidad de que el beneficiario se encuentre no sólo en baja médica expedida por los servicios, sino que además se halle dentro del sistema de la prestación, pues en otro caso no se trataría realmente de incapacidad temporal.

En la **STS de 16 de febrero de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 456, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina se recuerda que el esquema de responsabilidades subsidiarias en los supuestos de incumplimiento de las obligaciones por parte de la empresa difiere según se trate de contingencias profesionales o comunes. Y dicho esquema varía en las contingencias comunes según el grado de incumplimiento patronal. Si el trabajador no está en alta, la responsabilidad del pago recae directa y exclusivamente sobre la empresa. No existe obligación alguna de anticipo del INSS, puesto que en tal caso no rige el principio de automaticidad de las prestaciones y tampoco surge ninguna responsabilidad subsidiaria para el INSS. Pero si el trabajador está de alta y lo que se produce es un defecto de aseguramiento, la entidad que cubre las contingencias (INSS o Mutua), está obligada a anticipar el pago del subsidio, sin perjuicio de su repetición frente a la empresa y de su

responsabilidad subsidiaria por la insolvencia de ésta. Ahora bien, cuando es la Mutua la aseguradora, el INSS responde subsidiariamente sólo de la insolvencia de ésta, mas no de la insolvencia de la empresa.

En la **STS de 4 de abril de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 547, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, la cuestión litigiosa se concreta en determinar quién es la persona o entidad responsable del pago de la prestación de incapacidad temporal cuando ha transcurrido el período de 18 meses a partir del hecho causante (si la Entidad Gestora o la empresa que ha asegurado voluntariamente el pago de la prestación de incapacidad temporal). La Sala entiende que corresponde a la empresa que ha asegurado voluntariamente el pago en aquellos casos en que han transcurrido los 18 meses, es decir, durante la prórroga excepcional.

B) Regímenes especiales

En la **STS de 2 de febrero de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 195, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, la cuestión debatida es la de determinar la situación en que se encuentra un trabajador autónomo que, una vez agotado el período máximo de permanencia en incapacidad temporal (18 meses) continúa si recibir el alta médica y sin que su situación sea calificada como constitutiva de una incapacidad permanente así como las consecuencias que se derivan de tal situación. Según la Sala, de la normativa de Seguridad Social se desprende que durante la prórroga de la situación de incapacidad temporal por necesidad de demorar la calificación, no subsistirá la obligación de cotizar. Se crea así una situación especial de equiparación al alta, de modo que el interesado pasa a la situación asimilada al de alta y no le alcanza la obligación de cotizar, salvo que voluntariamente la asuma.

En la **STS de 15 de febrero de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 402, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, la cuestión planteada es la interpretación que debe darse a la Disposición Adicional Décima del RD 2319/1993, de 29 de diciembre, tal como fue desarrollada por la Resolución de la Dirección General del INSS de 1 de marzo de 1994. Del conjunto de normativa expuesta se desprende que si bien la declaración acerca de la persona que gestione el establecimiento mercantil del que el trabajador sea titular, durante la incapacidad temporal de este último, será considerada documento preceptivo para el reconocimiento del derecho a la prestación económica, ello no obstante, de su falta de presentación, o incluso de su presentación tardía, no puede derivarse la sanción de la pérdida del derecho a tal prestación, sin que la suspensión cautelar de la prestación pueda asimilarse a la pérdida del derecho a percibirla.

12. MATERNIDAD

Según la **STJCE de 13 de enero de 2005**, I.L. J 2, el art. 6, apartado 1, letra g) de la Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, en su versión de 20 de diciembre de 1996, se opone a una norma nacional que implica el no reconocimiento a una trabajadora, durante el permiso legal por maternidad retribuido en parte por el empresario,

derechos a efectos de una pensión de seguro que forma parte de un régimen de previsión complementaria, que condiciona la adquisición de esos derechos a que la trabajadora perciba durante dicho permiso salario sujeto a impuestos.

En el caso enjuiciado por la **STS de 26 de enero de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 156, se concluye que la trabajadora se encuentra en una situación de asimilación al alta porque no habían transcurrido más de 90 días desde el último día del mes de su baja en el RETA hasta que causó baja por maternidad.

13. REGÍMENES ESPECIALES

Régimen Especial Agrario

La **STS de 18 de enero de 2005**, I.L. J 65, aborda nuevamente un supuesto que ya ha sido resuelto en la **STS de 9 de noviembre de 2004**, I.L. J 2335, y en la sentencia que recientemente varió la doctrina del Tribunal Supremo (con votos particulares): la **STS de 31 de mayo de 2004**, I.L. J 883. El supuesto ahora examinado, y sustancialmente similar a los examinados en las sentencias anteriormente citadas es el de un trabajador por cuenta propia del Régimen Especial Agrario, que al fallecer adeudaba 38 meses de cotización que fueron satisfechos por el cónyuge supérstite antes de solicitar la prestación de viudedad, acreditando el causante un largo período de cotización de más de 25 años. La doctrina que se reitera es la de que la literalidad de la norma que exige en el REA que el causante no adeudase un importe superior a seis mensualidades para que su cónyuge pueda acceder a la pensión de viudedad es una exigencia que se formula en el Régimen Especial Agrario sin causa suficiente y razonable para ello, dado que en el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos no existe idéntica limitación, siendo que en ambos regímenes es el trabajador el responsable del ingreso de sus cotizaciones, y que se trata de prestaciones contributivas. En consecuencia, nuevamente, se resuelve conceder la pensión de viudedad solicitada, anulando la sentencia recurrida y confirmando la de la instancia.

14. INFRACCIONES Y SANCIONES

No existe jurisprudencia en la materia.

15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

A) Competencia e incompetencia de la Jurisdicción Social

En la **STS de 10 de febrero de 2005**, I.L. J 217, se analiza el supuesto de hecho de una ATS/DUE que presta servicios en virtud de nombramiento estatutario de carácter eventual para refuerzo los sábados, domingos y festivos del año y aquellos días en los que el personal

del Equipo de Atención Primaria renunciase a las guardias, así como en caso de necesidad para la cobertura de la atención continuada que no puedan realizar los titulares de la plaza. El Instituto Nacional de la Salud sólo dio de alta y cotizó por la demandante los días efectivamente trabajados, con inclusión de los días de comienzo y finalización de los servicios. Reclama la interesada que se le reconozca el derecho a estar en alta y se cotice durante todos los días mientras se mantenga vigente su relación de servicios establecida en virtud de su nombramiento. Ante este supuesto, según el Tribunal Supremo, no es competente el orden social dado que es una cuestión relativa a cotización, y ello corresponde claramente al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. En esta misma línea se pronuncia la **STS de 28 de febrero de 2005,** I.L. J 453.

También la **STS de 28 de febrero de 2005**, I.L. J 453, repasa la jurisprudencia (por ejemplo, en la STS de 29 de abril de 2002) según la cual la gestión recaudatoria, que excluye de la competencia del orden social el artículo 3.1.b) LPL, no se limita, cuando se refiere a las cotizaciones, a su sentido estricto –referido la actividad encaminada a hacer efectivo el cobro de una deuda ya declarada y fijada en su importe–, sino que tal expresión alcanza, cuando se trata de las cotizaciones, no sólo a esas operaciones materiales de cobro, sino también a la declaración de la existencia de la obligación de cotizar y a la determinación de su importe.

B) Reclamación administrativa previa

La **STS de 19 de enero de 2005,** I.L. J 63, recuerda la doctrina según la cual el ordenamiento procesal laboral, al contrario de lo que ocurre con la LPCA, no contempla la impugnación directa de los actos de Seguridad Social de instrucción y de trámite, cualquiera que sea su alcance. Tal como señala el art. 71.2, la reclamación previa, que es el único medio de impugnación administrativa que prevé la LPL, sólo cabe frente a la "resolución o acuerdo", esto es, frente al acto que pone fin a la vía administrativa, único contra el que el interesado puede luego demandar ante los tribunales sociales. En este caso, la conjunción disyuntiva "o" que utiliza el precepto hay que entenderla en su sentido de equivalencia o equiparación de los términos "resolución" y "acuerdo" como actos de conclusión administrativa, sin que quepa diferenciar al segundo para atribuirle algunos de los otros sentidos con que aparece en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común [por ejemplo, en los arts. 54.d) y e) y 69.1 y 2].

Julia López López
Eusebi J. Colás Neila
Nuria Pumar Beltrán
Eugenia Revilla Esteve
Francisco Andrés Valle Muñoz
Consuelo Chacartegui Jávega
Ignasi Areal Calama
Josep Fargas Fernández
Eva Garrido Pérez

X. PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Prestación por desempleo. A) Introducción. B) Cuestiones generales. C) *Nivel Contributivo. a) Sujetos beneficiarios.* b) Requisitos de acceso a la protección. c) Contenido y modalidades de la prestación. d) *Cuantía y dinámica de la acción protectora.* e) Supuestos especiales. f) Compatibilidad e incompatibilidades. D) *Nivel asistencial: los subsidios por desempleo.* a) Requisitos generales. b) *Beneficiarios.* a') Subsidios vinculados a responsabilidades familiares. b') *Subsidio de prejubilación.* c') Subsidio de desempleo para los trabajadores eventuales del campo. d') Otros Subsidios Especiales. c) Cuantía y dinámica del derecho al subsidio. d) Compatibilidad e incompatibilidades. E) Prestaciones accesorias y complementarias. F) Gestión, financiación y pago. G) Valoración final. **2. Jubilación.** *A) Jubilación contributiva. a) Requisitos de acceso a la protección. b) Contenido de la prestación. a') Base reguladora.* b') Cuantía de la prestación. c) Dinámica de la protección. d) *Derecho transitorio. e) Jubilaciones anticipadas.* f) Compatibilidad e incompatibilidades. B) *Jubilación no contributiva.* a) Situaciones protegidas. b) *Requisitos generales.* c) Cuantía y dinámica. d) Compatibilidad e incompatibilidades. C) *Gestión, financiación y pago.* D) *Previsión social voluntaria.* a) Mejoras voluntarias. b) Planes de pensiones. **3. Incapacidad permanente.** *A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva).* a) Concepto. Grados y baremos. a') Criterios de valoración: los baremos. b') Incapacidad permanente parcial. c') Incapacidad permanente total. d') Incapacidad permanente absoluta. e') Gran invalidez. b) *Requisitos del beneficiario. c) Prestaciones económicas.* a') Clases y cuantía de las prestaciones. b') *Base reguladora de las prestaciones.* c') Responsabilidad del pago de las prestaciones. d) *Dinámica de la protección. e) Compatibilidad e incompatibilidades.* B) *Invalidez permanente (modalidad no contributiva).* a) Concepto. b) *Requisitos del beneficiario.* c) Cuantía de la pensión. d) Dinámica de la prestación. e) Compatibilidad e Incompatibilidades. **4. Muerte y supervivencia.** *A) Requisitos del sujeto causante.* B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos. a) Viudedad. b) Orfandad. c) Pensión en favor

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

de familiares. C) *Cuantía de las pensiones.* D) *Dinámica de la protección.* E) Régimen de incompatibilidades.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se analizan en la presente crónica los pronunciamientos que sobre las prestaciones de desempleo, incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia se han recogido en los números 1 a 4 del año 2005 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 1 a J 588).

1. DESEMPLEO

C) Nivel contributivo

a) Sujetos beneficiarios

Por **STS de 21 de abril de 2004,** I.L. J 303, se resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INEM relacionado con el tratamiento que ha de dispensarse, a efectos de lucrar prestaciones por desempleo al apoderado de una sociedad mercantil con amplias facultades decisorias.

Según el Tribunal Supremo la doctrina correcta es entender que el trabajador, como administrador societario está excluido de la prestación por desempleo, en virtud del artículo 97 LGSS, en relación con el artículo 7.1.a) de la misma ley, por su calidad de administrador solidario de la sociedad, con amplísimos poderes que implicaban, entre otras, funciones de dirección y gerencia de la misma.

d) Cuantía y dinámica de la acción protectora

El cálculo de la base reguladora en los supuestos de reducción de jornada, es una cuestión que se ha planteado en numerosas ocasiones ante los tribunales.

En este caso, el **STS de 21 de febrero de 2005,** I.L. J 233, entiende en unificación de doctrina que en el caso de reducción de jornada por guarda legal, la base reguladora se determina por el promedio de las bases por las que se haya cotizado a la contingencia de desempleo durante los 180 días anteriores a la situación legal de desempleo, en virtud del artículo 211.1 LGSS. Si bien es cierto que existen sentencias en sentido contrario, como la STSJ de Cataluña de 26 de enero de 2001, en la que se llegó a la conclusión de que la reducción de jornada se trata de una situación provisional que no debe influir en el cálculo de la base reguladora de una prestación de desempleo total.

Sin embargo, el Tribunal Supremo estima que la adecuada aplicación del artículo 211.1 LGSS conlleva entender que no puede darse el mismo trato a un beneficiario que ha disfrutado en los últimos 180 días de una reducción de jornada que a otro que no ha estado en tal situación. Esto no supone trato discriminatorio alguno pues no existe identidad entre quien trabaja a tiempo completo y quien lo hace con jornada reducida. En el mismo sentido se pronuncia la **STS de 14 de marzo de 2005,** I.L. J 415, aunque dejando claro que al margen de las alegaciones de las partes, la regulación actual de esta cuestión puede resultar insatisfactoria desde la perspectiva de un logro más completo de los objetivos de conciliación del trabajo y la vida familiar, pero la superación de estas posibles insuficiencias, con la asunción del coste financiero que ello implica, corresponde al legislador y no a los órganos judiciales. También mantiene esta doctrina la **STS de 2 de diciembre de 2004,** I.L. J 565, aunque la misma cuenta con un voto particular en sentido opuesto, basado en la necesidad de conciliación de la vida laboral y familiar y en el perjuicio que para la misma conlleva la aplicación de esta doctrina.

D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo

b) Beneficiarios

b') Subsidio de prejubilación

Como sabemos, uno de los requisitos exigidos por la ley para acceder al subsidio por desempleo es el de la inscripción como demandante de empleo desde la situación legal de desempleo. Esta cuestión ha sido objeto de atención por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en numerosas ocasiones y de nuevo, vuelve a resolver un recurso en este sentido en la **STS de 14 de febrero de 2005,** I.L. J 138.

El problema fundamental se centra en la divergencia existente entre el artículo 215 LGSS que, en relación con la inscripción como demandante de empleo, sólo exige que tal inscripción se mantenga durante un mes sin rechazar oferta de empleo adecuada, y el artículo 7.3.b) RD 625/1985, a tenor del cual tal inscripción ha de mantenerse de forma ininterrumpida desde la situación legal de desempleo.

Según el Tribunal Supremo, desde una interpretación finalista del artículo 215.1.1.3 LGSS, hay que entender que dicho precepto está contemplando la situación de quien accede al subsidio para mayores de 52 años inmediatamente después de extinguida la prestación contributiva y por ello no exige más requisitos que los generales del artículo 215.1.1.1 de la LGSS.

Sin embargo, las situaciones en las que existe una gran separación entre una y otra prestación, como el caso que se plantea en este recurso, no encajan directamente en las previsiones del legislador, por lo que para una correcta solución del caso hay que distinguir entre los solicitantes que durante un gran período de tiempo se apartaron del mundo del trabajo y sólo se dan de alta para cobrar el subsidio, en cuyo caso no se considerarán en situación real de desempleo, porque la inscripción con sólo un mes de antelación no es suficiente para

acreditar su voluntad de trabajar, de aquellos otros que aun cuando hayan permanecido al margen de la oficina de empleo, sin embargo han acreditado su interés por trabajar inscribiéndose varios meses antes como demandantes de empleo en la oficina correspondiente.

Según este criterio interpretativo, el Tribunal Supremo entiende que el actor tiene derecho al subsidio por desempleo para mayores de 52 años, pues ha acreditado su voluntad de trabajo, primero trabajando durante un corto período de tiempo y luego permaneciendo como demandante de empleo durante un tiempo suficiente para dar ocasión a que se le ofreciera un nuevo trabajo.

La cuestión que se plantea en el recurso de casación para la unificación de doctrina, **STS de 17 de enero de 2005,** I.L. J 242, consiste en determinar si las cotizaciones efectuadas al INEM durante el subsidio asistencial por desempleo de los mayores de 52 años, son computables a efectos de carencia para causar derecho a la pensión de jubilación, cuando el hecho causante se produce con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre.

Es doctrina consolidad y uniforme que en materia de prestaciones de Seguridad Social la legislación aplicable es la vigente en el momento de producirse el hecho causante de la prestación.

La fecha del hecho causante en este caso es el 17 de enero de 1999, por tanto, ya era de aplicación la Disposición Adicional Vigésima Octaba de la Ley 50/1998, según la cual "Las cotizaciones efectuadas por la Entidad Gestora por la contingencia de jubilación, conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 218 de esta ley, tendrán efecto para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación y porcentaje aplicable a aquélla. En ningún caso dichas cotizaciones tendrán validez y eficacia jurídica para acreditar el período mínimo de cotización exigido en el artículo 161.1.b) de esta ley, que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 215.1.3 LGSS ha debido quedar acreditado en el momento de la solicitud del subsidio por desempleo para mayores de 52 años".

En el caso planteado, las únicas cotizaciones a la Seguridad Social española que justifica la actora son las efectuadas en su nombre por el INEM durante un período de 6 años y 5 meses aproximadamente en que aquélla fue perceptora del subsidio por desempleo para mayores de 52 años, y éstas carecen por imperio de la mencionada Disposición Adicional de validez y eficacia jurídica para acreditar tanto la carencia genérica de 15 años de cotización, como la específica de 2 años dentro de los 15 inmediatamente anteriores al hecho causante.

Por tanto, teniendo en cuenta que en la fecha en que el INEM efectuó las cotizaciones que se cuestionan no existía ninguna norma legal que concediera validez a las mismas a los efectos de carencia que aquí se discuten, y que las cotizaciones efectuadas durante la percepción del subsidio de desempleo no podían servir para completar una carencia que era necesario acreditar antes de comenzar a percibirlo, procede estimar el recurso de casación de doctrina planteado por el INEM.

2. JUBILACIÓN

A) Jubilación contributiva

a) Requisitos de acceso a la protección

– Período de carencia

– A la determinación de los períodos de seguro que pueden tomarse en consideración para causar derecho a una pensión se refieren las **SSTJCE de 20 de enero de 2005, Asunto C-306/2003,** I.L. J 1, **y de 20 de enero de 2005, Asunto C-225/2002,** I.L. J 3. Resuelve una cuestión prejudicial planteada sobre si se oponen los artículos 12, 39 y 42 CE, así como los artículos 45 y 48 del Reglamento (CEE) 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad.

En concreto, se plantea si los artículos 12, 39 y 42 CE, así como el artículo 45 del Reglamento 1408/71, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una norma nacional, como la enunciada en la Disposición Adicional Vigésima Octava de la LGSS, que no permite a las autoridades competentes de un Estado miembro tener en cuenta, para causar derecho a una pensión de jubilación del régimen nacional, determinados períodos de seguro cubiertos en el territorio de dicho Estado por un trabajador en paro y durante los cuales las cotizaciones por la contingencia de jubilación hayan sido ingresadas por la entidad gestora del seguro de desempleo, y que tales períodos se computen únicamente para calcular el importe de dicha pensión. A este respecto, el artículo 42 CE, letra a), enuncia el principio de la acumulación de los períodos de seguro, de residencia o de empleo, que ha sido desarrollado en particular, por el artículo 45 del Reglamento 1408/71 en el ámbito del seguro de vejez. Este principio constituye uno de los principios básicos de la coordinación comunitaria de los regímenes de seguridad social de los Estados miembros, que tiende a garantizar que el ejercicio del derecho a la libre circulación que confiere el Tratado no tenga como efecto privar a un trabajador de las ventajas de seguridad social a las que hubiera tenido derecho en el caso de haber realizado toda su carrera en un solo Estado miembro. No obstante, dicho Reglamento no determina los requisitos a los que se ajustan los períodos de empleo o de seguro. Como se desprende de dicho Reglamento, estos requisitos son definidos exclusivamente por la legislación del Estado miembro con arreglo a la cual hayan sido cubiertos los períodos de que se trate. Por consiguiente, un Estado miembro no sólo tiene derecho a imponer un período carencial para causar derecho a una pensión prevista por la legislación nacional, sino también a determinar la naturaleza de los períodos de seguro que puedan tenerse en cuenta a dicho efecto, siempre que, de conformidad con el artículo 45 del Reglamento, los períodos cubiertos con arreglo a la legislación de cualquier otro Estado miembro también se tomen en consideración en las mismas condiciones que si hubieran sido cubiertos de acuerdo con la legislación nacional.

– Sobre si deben o no ser computadas las cotizaciones efectuadas al INEM durante la percepción del subsidio asistencial por desempleo de los mayores de 52 años a efectos de reunir el período mínimo de cotización exigido para causar derecho a la pensión de jubilación,

se pronuncian nuevamente las **SSTS,** u.d., **de 17 de enero de 2005,** I.L. J 242 y **de 17 de diciembre de 2004,** I.L. J 260. Las citadas Sentencias señalan que, según lo dispuesto en la Disposición Adicional Vigésima Octava LGSS, incorporada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre (Disposición Final Sexta), las cotizaciones efectuadas por la Entidad Gestora (INEM) por la contingencia de jubilación tendrán efecto para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación y porcentaje aplicable a aquélla, pero en ningún caso dichas cotizaciones tendrán validez y eficacia jurídica para acreditar el período mínimo de cotización exigido, tanto para acreditar la carencia genérica de 15 años de cotización como la específica de 2 años dentro de los 15 inmediatamente anteriores al hecho causante. Esto no implica en modo alguno, según pone de relieve el Tribunal Supremo, desconocer el mandato del artículo 2.3 del Código Civil que proscribe la retroactividad, porque la Disposición Adicional ya estaba vigente en la fecha del hecho causante (véase, al respecto, lo señalado en crónicas anteriores, en relación con esta misma cuestión, sobre el tema de la retroactividad de las leyes y el principio de seguridad jurídica).

b) Contenido de la prestación

a') Base reguladora

La determinación de la base reguladora sigue planteando cuestiones muy diversas, ofreciendo una gran casuística, de la que en esta crónica se destacan las siguientes:

La **STS de 17 de diciembre de 2004,** u.d., I.L. J 261, se pronuncia de nuevo (véase las crónicas anteriores) sobre la cuestión relativa a la base reguladora aplicable a un trabajador incorporado, tras la entrada en vigor de la Ley 26/1985, a un Plan de Reconversión aprobado con anterioridad a su vigencia. Resuelve dicha sentencia que no tiene derecho a optar por la aplicación de la normativa anterior a dicha Ley. El debate se centra en la interpretación de la Disposición Transitoria Tercera de la LGSS que establece quiénes podrán acogerse a la legislación anterior a la entrada en vigor de la Ley 26/1985. El Tribunal Supremo entiende que dicha previsión legislativa sólo puede alcanzar a aquellos trabajadores en el momento en que pasaron a ser afectados por el Plan de reconversión propuesto por su empresa, pues sólo desde ese momento puede entenderse que el concreto trabajador se había visto afectado por el plan de reconversión y por lo tanto incluido dentro de las previsiones de la citada disposición. Aunque se habla en ella de planes de reconversión y éstos se aprueban normalmente para un sector industrial, no cabe confundir los planes de reconversión con el programa que debe presentar cada empresa con la solicitud de incorporación al mismo y que debe ser aprobado por el Ministerio, siendo desde ese momento cuando únicamente se puede hablar de empresa afectada por un Plan de reconversión. El apartado 2º de dicha Disposición Transitoria no es más que una ampliación del primero a fin de que el derecho de opción no sólo alcance a quienes ya tenían reconocidas ayudas equivalentes a jubilación anticipada, sino también a aquellos trabajadores que aún no las habían solicitado individualmente, y estas ayudas individuales no se reconocían en los Planes sectoriales sino a cada empresa y tras la aprobación de cada programa.

Cuestión siempre litigiosa es la determinación de la base reguladora de los trabajadores migrantes que acreditan una carrera de seguro en varios países, cuestión que ha sido tratada ya en anteriores crónicas. En esta ocasión merece destacarse las **SSTS,** u.d., **de 22 de diciembre de 2004,** I.L. J 248, y **de 14 de abril de 2005,** I.L. J 544, que reiteran, por un lado, la aplicación preferente del Convenio bilateral cuando es más beneficioso para el trabajador que las reglas dimanantes del derecho comunitario. En consecuencia, el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación de trabajadores migrantes con carreras de seguro en varios países se debe aplicar a las bases medias de cotización correspondientes a la categoría del trabajador en España. Por otro lado, se mantiene también la doctrina de que para la aplicación del principio *prorrata temporis* resulta perfectamente legítimo el cómputo de las cotizaciones por edad (Disposición Transitoria Segunda, apartado 3, de la Orden de 18 de enero de 1967 para aquellos trabajadores que hubieran cotizado antes de 1 de enero de 1967 al antiguo Mutualismo Laboral), sin que pueda atribuirse a las mismas el calificativo de ficticias, sino que se trata de cotizaciones presumidas como reales y posiblemente reales respecto de trabajadores que trabajaron por cuenta ajena y figuraron afiliados al régimen de Seguridad Social entonces establecido, con dificultades para probar lo realmente cotizado, lo que justifica la aceptación de aquellas cotizaciones a los efectos pretendidos. Sin embargo, las llamadas cotizaciones compensatorias por reducción de la edad de jubilación en atención a la naturaleza excepcionalmente penosa e insalubre de determinados trabajos en la marina mercante (en este caso, para los trabajadores del Régimen Especial del Mar, previstos en el artículo 1 del Decreto 2309/1970, de 23 de julio) son absolutamente ficticias pues no obedecen a ninguna presunción de realidad y ni siquiera son anteriores al hecho causante, pues se abonan exclusivamente para el reconocimiento de la prestación y para el cálculo del porcentaje de pensión a percibir. En consecuencia, no pueden aceptarse para la aplicación del prorrateo en cuanto que se trata de una institución ajena a los principios de coordinación comunitarios, puesto que no se ha hecho de peor condición al demandante por la circunstancia de haber prestado sus servicios en otros países comunitarios.

d) Derecho transitorio

– Pensión de vejez SOVI

En relación al cómputo del período mínimo de cotización para tener derecho a las pensiones de vejez del SOVI, la **STS de 27 de enero de 2005,** u.d., I.L. J 59, declara que para el cómputo del período mínimo de cotización de 1800 días, para lucrar prestaciones del SOVI, no resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 3.2 del RD 144/1999, de 24 de enero, que establece que "para causar derecho a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente al número de días teóricos de cotización contenidos conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, se le aplicará el coeficiente multiplicador de 1,5 resultando de ello el número de días que se considerarán acreditados para la determinación de los períodos mínimos de cotización"; tal sistema de cómputo se aplica a los trabajadores con contrato a tiempo parcial, contrato de relevo a tiempo parcial y contrato de trabajo fijo discontinuo, que estén incluidos en el campo de aplicación del Régimen General y del Régimen Especial de la Minería del Carbón y a los que, siendo trabajadores por cuenta ajena, están incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar.

Considera la Sentencia que el Régimen SOVI no es encuadrable en los supuestos del campo de aplicación de esta norma. Las prestaciones del SOVI forman parte en el presente de una situación residual para quienes no tienen acceso al Régimen General o Especial de la Seguridad Social, por lo que sus prestaciones no pueden exceder a las establecidas en la normativa que regulaba ese Régimen, ni en su contenido, ni en los requisitos para acceder a ellas. Son marcadas las diferencias de los afiliados al SOVI con el régimen de los restantes trabajadores, a quienes se les exige mayores requisitos para ser beneficiarios de la pensión de jubilación. No estando previsto en la Orden Ministerial de 2 de febrero de 1940, reguladora de aquel extinguido sistema de protección social, ninguna bonificación adicional al benévolo requisito que supone tener derecho a la prestación de vejez con sólo 1.800 días cotizados, no ha lugar a la aplicación de la especial normativa establecida en el Decreto de referencia, para los muy concretos supuestos que en él se recogen.

e) Jubilación anticipada

– Prejubilaciones

Las **SSTS de 12 de enero de 2005,** u.d., I.L. J 62, y **de 9 de diciembre de 2004,** I.L. J 582, se refieren nuevamente a la cuestión relativa a la procedencia de las indemnizaciones previstas en los convenios colectivos tras la extinción de la relación laboral por un expediente de regulación de empleo. Se mantiene la doctrina de que, partiendo de que la prejubilación del trabajador constituye un cese o baja en la empresa de carácter voluntario, los trabajadores que, tras dicha extinción de la relación laboral por un expediente de regulación de empleo, pasan a la situación de prejubilados, no se incluyen en el concepto de "situación pasiva" a efectos de las referidas indemnizaciones, ya que el mismo, dentro del contexto de los convenios colectivos, se reserva para aquellos trabajadores que cesaran en la empresa por invalidez permanente o por jubilación, por lo que no es de aplicación a los supuestos de estos trabajadores prejubilados. Por otra parte, se declara que, atendiendo a los actos coetáneos y posteriores a la extinción, como ordena hacer el artículo 1282 del Código Civil, partiendo del hecho de que se trata de una extinción acordada entre los representantes sindicales y la empresa, se pone de relieve que entre los condicionantes establecidos para los mayores de 55 años y menores de 64, que fueron los que pasaron a la situación de prejubilados, no existe mención expresa o tácita a dicha indemnización, y los propios trabajadores, cuando aceptaron las condiciones de la extinción, tampoco hicieron mención alguna a este posible derecho a pesar de que no figuraba entre aquéllas.

Igualmente es también cuestión controvertida, en muchos casos, la determinación del salario pensionable determinante de la prestación a abonar por la empresa, en relación con determinados complementos salariales, en los supuestos en que el trabajador se acoge a la prejubilación; a esta cuestión se refiere la **STS de 8 de febrero de 2005,** u.d., I.L. J 141, sobre inclusión de dos pagas de beneficios en la base reguladora, considerando, en este caso, que el hecho de que estas pagas diferenciales se hicieran efectivas más tarde no significa que las mismas ya no se puedan tener en cuenta a fines de prejubilación. En este

sentido se declara en la Sentencia que "el ofrecimiento genérico aceptado por los trabajadores en sus respectivos pactos de prejubilación fue continuar percibiendo el cien por cien de la retribución correspondiente al momento de prejubilarse el actor, que incluye desde luego todas las pagas de beneficios correspondientes.

En el mismo sentido se pronuncia la **STS de 3 de marzo de 2005,** u.d., I.L. J 482, determinando que procede incorporar a la asignación por prejubilación del actor el valor de las dos pagas de beneficios que ha devengado en su condición de empleado del Banco de Santander, con motivo de la absorción de éste por el Banco Central Hispano.

B) Jubilación no contributiva

b) Requisitos generales

Al requisito de límite de ingresos de la unidad económica de convivencia exigido para causar derecho a la pensión de jubilación no contributiva se refieren las **SSTS de 8 de febrero de 2005,** u.d., I.L. J 86, y **de 9 de febrero de 2005,** I.L. J 140. En ellas, el problema litigioso se refiere a la determinación de la unidad económica de convivencia para precisar si los ingresos de dicha unidad alcanzan o superan los límites establecidos. En la primera de estas Sentencias se declara que, con arreglo al artículo 144 de la LGSS, la unidad económica de convivencia se produce entre el solicitante y sus descendientes o ascendientes en primer grado por matrimonio, o por lazos de parentesco o consanguinidad hasta el segundo grado. Personas que vienen a coincidir con aquéllas que en el Código Civil (artículo 143) son acreedores de la prestación a la prestación alimenticia. Por tanto en el caso en concreto al que se refiere esta Sentencia, la unidad económica familiar debe integrarse por la solicitante, su esposo, la hija y el nieto de ambos. En cuanto a la determinación de los ingresos computables, la doctrina del Tribunal Supremo ha establecido que cuando uno de los integrantes de la unidad está casado con persona excluida de ella (en este caso, el yerno), los ingresos de tal matrimonio deben dividirse por el número de personas que constituyen esa familia.

En la segunda Sentencia, el Tribunal Supremo establece que no cabe una interpretación amplia de la "unidad económica de convivencia" del artículo 144 LGHSS, sino restrictiva. Si bien la norma no contiene una definición del concepto de convivencia, su interpretación, conforme a lo establecido en el artículo 3.1 del Código Civil, permite afirmar que la convivencia con relevancia jurídica a los efectos limitativos que establece el precepto, exige la concurrencia de los siguientes requisitos: que se trate de una convivencia de carácter familiar, que la convivencia se produzca en el espacio físico propio de la vida en familia (en el ámbito de un hogar) y que exista una dependencia o intercomunicación económica ("unidad económica") entre los miembros de la unidad familiar. Con arreglo a esta interpretación no puede considerarse que existe unidad económica de convivencia entre la solicitante y sus dos hermanos cuando los tres habitan en la misma residencia de ancianos.

C) Gestión, financiación y pago

– Jubilación de religiosos secularizados: improcedencia de la deducción en concepto de "gastos de tramitación del expediente"

En relación con la jubilación de los sacerdotes y religiosos o religiosas secularizados, cuestión a la que se ha hecho ya referencia en crónicas anteriores, la **STS de 27 de enero de 2005,** u.d., I.L. J 104, reitera la cuestión, ya resuelta en unificación de doctrina por el Tribunal Supremo, sobre la inexistencia de base legal para el cobro por parte del INSS de una cantidad por el concepto de "gastos de tramitación de expedientes", ya que supone un trato discriminatorio respecto de los demás beneficiarios del régimen de seguridad social. Se reitera la doctrina ya establecida de que la actuación de este Organismo Gestor resulta contraria a los principios de solidaridad y de reparto que inspiran el reconocimiento de las prestaciones en el ámbito del sistema de Seguridad Social español y viene a entrañar la aplicación de un principio discriminatorio respecto de un colectivo de trabajadores al que, por sus especiales circunstancias, se les obliga a asumir el pago, en concepto de capital coste de renta, de una cantidad equivalente a las cotizaciones que debieran haberse efectuado en un momento determinado y que si no se hicieron fue por falta de un cauce legal que, entonces, lo permitiese.

– Prestaciones indebidamente percibidas

En relación con la devolución de percepciones indebidamente percibidas, se declara en la **STS de 3 de febrero de 2005,** u.d., I.L. J 85, que es procedente la detracción de una parte de la pensión de jubilación que percibe el beneficiario, pero con el límite del mínimo de la pensión del sistema de la Seguridad Social, ya que no sería lógico imponer al descuento compensatorio de pensiones un límite que se encuentre por encima de las cuantías mínimas de las correspondientes prestaciones. Como ya puso de relieve el Tribunal Supremo (Sentencia de 26 de octubre de 1998), en materia de Seguridad Social, el mínimo vital aparece recogido en cuantías inferiores que cuando se trata de salarios (salario mínimo), por lo que, de imponer algún límite en esta materia, habría de estar en relación a las cuantías mínimas de las pensiones del sistema de Seguridad Social. Y ello, basándose además en la diferencia que se aprecia, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo reiteradamente, entre las rentas de trabajo y las prestaciones de Seguridad Social que, pese a presentar algunas similitudes, tienen diferencias importantes en la función institucional y el título de adquisición, que impide la equiparación del régimen jurídico de las mismas, principalmente en la cuantía de unas y otras, que es donde la diferencia de trato es más acusado.

D) Previsión social voluntaria

Dentro de la cuestión relativa a la previsión social voluntaria, como mecanismos complementarios de la prestación de jubilación se abordan dos cuestiones principales: la relativa a los planes y fondos de pensiones y la relativa a las mejoras voluntarias de Seguridad Social.

– Complemento de pensión de jubilación

La **STS de 1 de marzo de 2005,** u.d., I.L. J 538, se pronuncia sobre la procedencia de un complemento de pensión. Se trata de un "beneficio de acción social reconocido en el Estatuto del Personal Sanitario No Facultativo de las Instituciones de la Seguridad Social, al personal incluido en su ámbito y en las condiciones en él establecidas". Para acceder a esta mejora estatutaria, deben concurrir acumulativamente las condiciones de jubilación forzosa por edad reglamentaria o solicitud de jubilación voluntaria una vez cumplidos los 60 años, acreditar 25 años de cotización y justificar la prestación de servicios efectivos a la Seguridad Social durante el mismo período de 25 años. No habiéndose acreditado el cumplimiento de este último requisito, se declara que no se tiene derecho a dicho complemento.

3. INCAPACIDAD PERMANENTE

A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

b) Requisitos del beneficiario

En cuanto a los requisitos mínimos de cotización para el reconocimiento de la prestación por IP, téngase presente que se ha producido un cambio jurisprudencial a raíz de la reforma del artículo 4.4 RD 1799/1985 por la Disposición Adicional Séptima del RD 4/1998, de 9 de enero. El precepto permite computar ficticiamente como cotizados los días que le faltasen para completar el tiempo máximo de duración de la incapacidad o de su prórroga a efectos del cómputo del período mínimo de cotización para causar el derecho a la prestación de IP. En la nueva redacción de este precepto se exige la existencia de una situación de incapacidad temporal o de prórroga de sus efectos. La regla establece: "En el caso de trabajadores que, encontrándose en situación de incapacidad temporal o de prórroga de sus efectos, no hayan llegado a agotar el período máximo de cotización de la misma, incluida su prórroga (...), los días que falten para agotar dicho período máximo se asimilarán a días cotizados a efectos del cómputo del período mínimo de cotización exigido para causar derecho a la pensión de incapacidad permanente". A tenor de esta nueva redacción del precepto el TS considera que ya no puede mantenerse la interpretación amplia o extensiva que permitía la aplicación de esta regla a solicitantes que –en determinadas circunstancias– no se encontraren en situación de IT o prórroga de su efectos, y que la misma ya no permite otra interpretación que la literal. La nueva doctrina jurisprudencial establece que –sobre la base de la nueva redacción del precepto– se exige ineludiblemente la existencia de una situación de IT o de prórroga de sus efectos, y "pone de manifiesto la necesidad de que el beneficiario se encuentre no sólo en baja médica expedida por los servicios oficiales de la Seguridad Social e incapacitado para el trabajo, como exige el artículo 128.1.a) de la LGSS, sino que además se halle dentro del sistema de la prestación, pues en otro caso no se trataría realmente de incapacidad temporal, ni podría técnicamente hacerse referencia a las prórrogas de tal situación, pues éstas sólo tienen sentido en relación con el propio percibo del subsidio a que se refiere el artículo 129 de aquella norma", en consecuencia no se aplica a situaciones en que no se pudo percibir el subsidio de IP; **STS de 17 de enero de 2005**, u.d., I.L. J 42 (en este mismo sentido, **STS**

de 2 de febrero de 2004, u.d., I.L. J 70, **STS de 14 de mayo de 2004**, u.d., I.L. J 517 y **STS de 3 de febrero de 2004**, u.d., I.L. J 138).

c) Prestaciones económicas

b') Base reguladora de las prestaciones

Cuando se trata de fijos discontinuos, a efectos de determinar la base reguladora durante los meses en que no exista obligación de cotizar, la laguna de cotización debe integrarse con la base mínima de cotización existente en cada momento (*ex* artículo 140.4 y Disposición Adicional Séptima LGSS). Base mínima que, en todo caso, actuará como tope máximo de integración en aquellos supuestos en que se haya trabajado alguno o algunos de los días del mes en que no se ha trabajado durante el resto, de modo que la base reguladora de un trabajador fijo-discontinuo durante el período de no trabajo no puede resultar superior a los que tuviera un trabajador a tiempo completo, que cotiza durante este tiempo por una base mínima, **STS de 20 de diciembre de 2004**, u.d., I.L. J 570.

d) Dinámica de la protección

Utilizando como base jurídica los artículos 138.1 y 145.1 LGSS, el TS establece que no cabe ulterior revisión por agravación para alcanzar la IPA cuando previamente el trabajador del Régimen Especial de la Minería del Carbón ha transformado la pensión de IPT por silicosis en pensión de jubilación (al amparo de lo previsto en el artículo 22 de la Orden de 3 de abril de 1973), dado que no es posible revisar una prestación que ya no existe, al ser pensionista por jubilación y no por enfermedad profesional, **STS de 3 de febrero de 2005**, u.d., I.L. J 183 y **STS de 15 de marzo de 2005**, u.d., I.L. J 427.

e) Compatibilidad e incompatibilidades

Nuestro ordenamiento no incompatibiliza el cobro de la pensión por IPT con el desempeño de trabajos propios de profesiones distintas a aquélla para la que ha sido declarado incapaz el trabajador, **STS 27 de enero de 2005**, u.d., I.L. J 159 [cfr. en esta dirección, **STS de 2 de marzo de 2004**, u.d., I.L. J 159, **STS de 28 de julio de 2003**, u.d., I.L. J 1439]. Una vez que se trata de profesiones distintas en las que se desempeñan tareas diversas, no procede analizar si las secuelas que fueron tenidas en cuenta para esa declaración de IPT también inhabilitan para la realización de las tareas básicas de la nueva profesión. La jurisprudencia indica que no se puede dejar permanentemente abierta una resolución declarativa de IPT para efectuar un análisis indefinido en el tiempo entre lesiones y futuras profesiones, salvo que sea con fines revisorios, pues ello es crear una inseguridad jurídica y supone extender fuera de su ámbito una resolución administrativa.

La prestación por IPT es compatible con la realización de trabajos distintos al que desarrollaba el trabajador, aunque sea para la misma empresa (conforme a los artículos 141.1 LGSS y 24.3 OM de 15 de abril de 1969), siempre que se trate de trabajos propios de

profesiones distintas a aquella para la que ha sido declarado incapaz **[STS de 19 de abril de 2005**, u.d., I.L. J 558].

B) Incapacidad permanente (modalidad no contributiva)

b) Requisitos del beneficiario

A efectos de cambios normativos (en concreto, la modificación del sistema de baremación previsto por la OM de 8 de marzo de 1984, por RD 1971/1999, de 23 de diciembre), es de interés la **STS de 28 de diciembre de 2004**, u.d., I.L. J 21, que sigue aplicando la doctrina jurisprudencial de que "la simple modificación de la legislación reguladora de los baremos a tener en cuenta para el reconocimiento de situaciones de minusvalías no es suficiente para llevar a cabo la modificación de las situaciones minusvalidantes ya admitidas, en tanto en cuanto no se produzcan las circunstancias, legalmente establecidas, para que se produzca esa alteración de la minusvalía reconocida". Así pues, el cambio de normativa por la que se regula la baremación de las lesiones en orden al reconocimiento de la minusvalía, de por sí no autoriza a la modificación de las situaciones jurídicas ya reconocidas en tanto no se produzcan razones que –conforme a la normativa– justifiquen tal modificación.

El requisito de carecer de rentas o ingresos suficientes [artículo 144.1.d) LGSS], tiene como umbral o límite numérico la remisión a la cuantía de la propia pensión no contributiva. En una intepretación *pro beneficiario*, la **STS de 28 de febrero de 2005**, u.d., I.L. J 222, considera que la remisión se efectúa a la cuantía de la pensión básica y la del complemento del 50 por 100 para los casos de pensionistas con una minusvalía o enfermedad crónica en un grado igual o superior al setenta y cinco por ciento (artículo 145.6 LGSS), pues ello concuerda con la situación de "mayores gastos de la familia" que se produce cuando el pensionista padece la situación de minusvalía o enfermedad crónica muy severa que genera la atribución del complemento de la pensión.

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

A) Requisitos del sujeto causante

En el caso de trabajadores que sean responsables del ingreso de cotizaciones, para el reconocimiento de las correspondientes prestaciones económicas de la Seguridad Social será necesario que el causante se encuentre al corriente en el pago de las cotizaciones de la Seguridad Social, aunque la correspondiente prestación sea reconocida, como consecuencia del cómputo recíproco de cotizaciones, en un régimen de trabajadores por cuenta ajena. Tal y como establece la Disposición Adicional Trigésima Novena de la LGSS –añadida por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre–, a tales efectos, será de aplicación el mecanismo de invitación al pago previsto en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, cualquiera que sea el Régimen de Seguridad Social en que el

interesado estuviese incorporado, en el momento de acceder a la prestación o en el que se cause ésta.

El citado artículo 28.2 del Real Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, establece:

> "Es asimismo condición indispensable para tener derecho a las prestaciones a que se refieren los apartados a) y e) del número del artículo anterior, con excepción del subsidio de defunción, que las personas incluidas en el campo de aplicación de este régimen se hallen al corriente en el pago de sus cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la correspondiente prestación. No obstante, si cubierto el período mínimo de cotización preciso para tener derecho a la prestación de que se trate se solicitara ésta y la persona incluida en el campo de aplicación de este Régimen Especial no estuviera al corriente en el pago de las restantes cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la prestación, la Entidad gestora invitará al interesado para que en el plazo improrrogable de 30 días naturales a partir de la invitación ingrese las cuotas debidas.
>
> Si el interesado atendiendo la invitación, ingresase las cuotas adeudadas dentro del plazo señalado en el párrafo anterior, se le considerará al corriente en las mimas a efectos de la prestación solicitada. Si el ingreso se realizase fuera de dicho plazo, se concederá la prestación menos un 20 por 100, si se trata de prestaciones de pago único y subsidios temporales; si se trata de pensiones, se concederán las mismas con efectos del día primero del mes siguiente a aquél en que tuvo lugar el ingreso de las cuotas adeudadas."

Sobre esta cuestión, y antes de la entrada en vigor de la citada Disposición Adicional, se produjo un cambio en el criterio jurisprudencial vigente hasta la fecha. En efecto, la **STS de 18 de enero de 2005**, I.L. J 65, recuerda que la STS de 30 de mayo de 2004 estableció que, a la vista de la regulación específica para el Régimen Especial Agrario, al compararla con la establecida para el Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia, en lo que afecta al descubierto de cotizaciones en el momento del hecho causante, se produce una manifiesta e injustificada desigualdad entre lo establecido en ambos regímenes, que no encuentra una razón objetiva y razonable, por lo que se produce una afectación del principio de igualdad, consagrado en el artículo 14 CE.

El artículo 174.1 de la LGSS reconoce la prestación de viudedad al "cónyuge supérstite"; la cuestión adecuadamente resuelta por la **STS de 15 de diciembre de 2004,** I.L. J 298, es sobre la validez de un matrimonio celebrado conforme a un rito religioso no inscrito en el Registro Civil, pues en el momento de su celebración esa forma religiosa no estaba autorizada ni reconocida por el Estado (el matrimonio se celebró por el rito de la Iglesia Evangélica de Filadelfia, que se halla inscrita en el Registro de Asociaciones Religiosas del Ministerio de Justicia y se halla integrada dentro de la Federación de Asociaciones Evangélicas, pero antes de la entrada en vigor de la Ley 24/1992, de 10 de noviembre, en la que se reconoció el acuerdo de cooperación del Estado Español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España).

Para resolver esta cuestión el Tribunal Supremo recuerda que la validez de los matrimonios celebrados en la forma religiosa legalmente prevista, fue reconocida por la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modificó el Título IV del Libro I del Código Civil regulador "del matrimonio", y que en esa misma reforma se introdujo la validez del consentimiento matrimonial prestado en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado. De esta manera el matrimonio puede celebrarse en la forma civil –artículos 51 y siguientes CC–, o también en una forma religiosa inscrita o reconocida por la legislación vigente –artículo 49.2 CC–; de tal forma que el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración, y que para que se produzca el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en le Registro Civil, si bien, tal y como concluye el artículo 61 del CC, "el matrimonio no inscrito no perjudica los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas". Para este tribunal, que el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración significa que la exigencia de la inscripción es un requisito formal y garantista frente a terceros, pero que no impide la producción de los efectos civiles entre los hijos y sus cónyuges ni a otros efectos, salvo los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas "lo que no hace aquí al caso". Es decir, si el matrimonio existió se debe entender cumplida la cualidad de cónyuge superviviente que exige el artículo 174 de la LGSS, para causar la pensión de viudedad –si fuera no válido habría que darle el mismo tratamiento que se le da a las parejas de hecho y de la doctrina constitucional se desprende que ello no sería posible pues la Constitución ha dado un tratamiento jurídico diferenete entre quienes conviven *more uxorio* de hecho y quienes contraen matrimonio– (STC 184/1990, entre otras).

Sobe esta cuestión ya se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en Sentencia 199/2004, de 15 de noviembre, en el sentido de entender que a los efectos de causar pensión de viudedad debe considerarse cónyuge supérstite a quien contrajo matrimonio aunque después esto no se hubiera inscrito, por cuanto la indicada inscripción no puede considerarse en nuestro derecho con efectos constitutivos. Quiere ello decir que el matrimonio celebrado en cualquiera de las formas religiosas aceptadas por la legislación civil, es válido desde el año 1981, pero –y esto es necesario destacarlo– siempre que se atuvieran los contrayentes a las formas religiosas aceptadas por la legislación civil.

C) Cuantía de las pensiones

La cuantía de la pensión de viudedad se reconoce computando "únicamente" el tiempo de convivencia matrimonial (en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, y ante un supuesto de convivencia con el causante después de la separación, aunque sin haber comunicado la reconciliación al órgano judicial, las **SSTS de 2 de febrero de 2005** y **23 de febrero de 2005**, I.L. J 209 y 235, resuelven (siguiendo el criterio ya marcado por la STS de 15 de diciembre de 2004), que para que la reconciliación de los cónyuges separados produzca efectos en el reconocimiento de la pensión de viudedad es preciso que se produzca la comunicación judicial que exige el artículo 84 del CC, "pues en otro caso se está ante una reanudación de hecho de la convivencia que, si bien puede tener efectos entre los cónyuges, no produce tales efectos necesariamente ante terceros,

condición que tiene obviamente la Entidad Gestora de la Seguridad Social, pues por razones de seguridad la reconciliación tiene que estar vinculada a un reconocimiento oficial", pues "si cualquier persona ajena al matrimonio es un tercero, con mayor razón debe ser considerado así el INSS, en su condición de gestor de un patrimonio que debe administrar con el rigor que exige su naturaleza pública".

Por tanto, mientras no se modifique por una nueva resolución judicial la decretada separación judicial, la convivencia conyugal resulta legalmente inexistente, por lo que no es posible hablar de convivencia con relevancia jurídica a los efectos de la cuantía de la pensión de viudedad. Añadiendo que "a diferencia de lo que ocurre con el matrimonio celebrado en forma pero sin inscripción, en el que la voluntad de establecer el vínculo es inequívoca y se expresa ante persona autorizada, en la convivencia posterior a la separación que no se comunica ni inscribe sólo hay situación de hecho cuya significación no tiene ese carácter inequívoco en orden al restablecimiento del vínculo".

En el mismo sentido se manifiesta la STS de 15 de diciembre de 2004, I.L. J 579, precisando que la convivencia real entre cónyuges judicialmente separados, que no han pretendido del órgano judicial competente la resolución consecuente con una propia reconciliación matrimonial, resulta, perfectamente, asimilable a la conocida como "unión de mero hecho" o "unión *more uxorio*", la que, de momento y sin perjuicio de las modificaciones legales que en un futuro próximo puedan producirse en la legislación española, no alcanza virtualidad jurídica alguna desde una perspectiva jurídico-matrimonial –por lo que la pensión de viudedad habrá de reconocerse en proporción al tiempo de convivencia legal de ambos cónyuges–.

D) Dinámica de la protección

Tal y como establece el apartado tercero del artículo 45 de la LGSS, tras la reforma operada por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, la obligación de reintegro del importe de las prestaciones indebidamente percibidas prescribirá a los cuatro años, contados a partir de la fecha de su cobro, o desde que fue posible ejercitar la acción para exigir su devolución, con independencia de la causa que originó la percepción indebida, incluidos los supuestos de revisión de las prestaciones por error imputable a la Entidad Gestora. Tal y como recuerda la **STS de 7 de diciembre de 2004**, I.L. J 253, la regla general vigente hasta la entrada en vigor de dicha reforma, tenía un alcance de cinco años, y admitía, por razones de equidad como excepción –véase la STS de 24 de septiembre de 1996–, la reducción a tres meses del plazo de reclamación de la Entidad gestora cuando en la percepción de las prestaciones indebida había buena fe inequívoca del beneficiario; esta situación no concurre en el supuesto en que el demandante ocultó a la entidad gestora hechos que determinaban la incompatibilidad de la percepción de la pensión de orfandad, como era la prestación de servicios remunerados y el hecho de contraer matrimonio, circunstancias que consideran son excluyentes de la buena fe del perceptor.

Sobre esta misma cuestión, la **STS de 27 de mayo de 2004**, I.L. J 441, entiende que hay razones más que suficientes para aplicar al caso que juzga la excepción de la equidad –que limita a tres meses el alcance temporal del reintegro de prestaciones de Seguridad Social indebidamente percibidas–, por cambio en la interpretación general de las normas reguladoras de la prestación, acogida en la jurisprudencia social a partir de la STS de 24 de septiembre de 1996, y que ha tenido vigencia en la normativa de reintegro de prestaciones hasta la entrada en vigor de la Ley 66/1997, el día 1 de enero de 1998. Se trata de un supuesto de pensión a favor de otros familiares, que como acertadamente califica "la regulación sustantiva es sumamente intrincada y oscura y en la que además se ha producido un cambio en la interpretación de las normas reguladoras, en la que el INSS revisa la prestación por un cambio en la situación económica del beneficiario –mejoría que no comunica a la entidad gestora–, requisito que califica la sentencia "no es explícito en enunciado de la norma reglamentaria aplicable, siendo más bien el resultado de un proceso de interpretación lógica". La sentencia afirma que exigir en estas condiciones a la beneficiaria que advierta a la entidad gestora, a efectos de la continuidad de la prestación, de la mejora de su situación económica "no parece razonable", y que además, la prestación le fue reconocida con el calificativo de "pensión vitalicia"; a ello hay que añadir, concluye, que "la dificultosa situación normativa actual de la regulación de la extinción de las prestaciones por muerte a favor de otros familiares, convierte en ilusoria, salvo en círculos profesionales reducidos, la posibilidad de su conocimiento".

José Luis Monereo Pérez
Mª. Nieves Moreno Vida
Ángel J. Gallego Morales
José Antonio Fernández Avilés
José María Viñas Armada
Susana de la Casa Quesada

XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL

Sumario:

1. Cuestiones preliminares. 2. Jurisprudencia contenciosa en materia de Seguridad Social. A) Organización. B) Actas de liquidación. **3. Derecho Administrativo Sancionador. Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias. Empleo y prestaciones por desempleo.**

1. CUESTIONES PRELIMINARES

El objetivo de esta crónica está dirigido a dar cuenta de los pronunciamientos judiciales que en relación con el Derecho Administrativo Laboral se han dictado en los últimos meses, los cuales aparecen reproducidos en los números 1, 2, 3 y 4 (2005) de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (I.L. J 1 a J 588).

Por otra parte, en este terreno de la administración laboral, interesa destacar como novedad la reciente aprobación de una norma que incide en la actuación de los técnicos habilitados en prevención. Se trata del RD 689/2005, de 10 de junio, que modifica dos importantes normas: por un lado el Reglamento de organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social –RD 138/2000, de 4 de febrero–; por otro, el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas a la Seguridad Social –RD 928/1998, de 14 de mayo–. Tal y como señala la Exposición de Motivos, estos cambios, que traen su causa de la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales, pretenden asegurar que las actuaciones comprobatorias realizadas por los funcionarios públicos dependientes de las AAPP que ejercen labores técnicas en materia de prevención de riesgos laborales en colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se efectúen conforme a una serie de principios que garanticen, en primer lugar, la coherencia del sistema de inspección bajo la actuación de criterios comunes y trabajo programado; en segundo lugar, que los funcionarios técnicos habilitados para realizar las labores comprobatorias lo sean en relación

con su capacitación técnica y actúen conforme a un procedimiento reglado y común; finalmente, que las actuaciones previas practicadas por dichos funcionarios por las que se detecten irregularidades, tras un requerimiento inicial, puedan dar lugar directamente a un acta de infracción extendida por los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, sin necesidad de que éstos realicen obligatoriamente una visita posterior de comprobación, arbitrando para ello los mecanismos necesarios en relación con los datos que deben ser incorporados a los informes de dichos técnicos habilitados, para su posterior integración en las correspondientes actas, así como en relación con la salvaguarda de la presunción de certeza respecto los hechos comprobados por tales técnicos.

2. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

A) Organización

De entrada, por lo que respecta a la jurisprudencia contenciosa en materia de Seguridad Social, debe efectuarse una primera referencia a determinados pronunciamientos relacionados con los aspectos organizativos. En concreto, se trata de un par de sentencias que, como de costumbre, afectan a cuestiones relativas a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

En este terreno, los litigios habitualmente están relacionados con las discrepancias que a menudo aparecen entre la administración y las entidades recién mencionadas con ocasión de los ajustes contables que aquélla provoca tras las auditorías practicadas sobre las citadas organizaciones colaboradoras. En este sentido, en el caso de la **STS de 16 de marzo de 2004,** Sala Tercera, I.L. J 290, se pretendía cuestionar el tratamiento contable dado a unos gastos derivados de la elaboración de un plan de emergencia, así como el otorgado a unos excedentes de gestión, si bien el TS no puede entrar a resolver el fondo del asunto pues la cuantía del mismo no rebasa el mínimo exigido para acceder al recurso de casación.

Todavía al hilo de las auditorías practicadas sobre las Mutuas, la **STS de 12 de abril de 2004,** Sala Tercera, I.L. J 439, recuerda que según se desprende del art. 12 del RD 1993/1995, de 7 de diciembre, tanto para los conciertos entre Mutuas, como para la puesta en común de medios para establecer instalaciones y servicios, como en fin para concertar la utilización de las instalaciones y servicios de una Mutua por parte de otra se requiere de una autorización administrativa. Así las cosas, el tribunal confirma la decisión por la que se ordena a una Mutua dejar de realizar unas operaciones con otra consistentes en la cesión de uso de las instalaciones, utilización conjunta del aparataje médico propiedad de una de ellas, prestación de servicios entre ambas entidades, precisamente ante la ausencia de la autorización mencionada. Por otra parte, la valoración de esta conducta –señala también la sentencia– resulta absolutamente ajena a la irrogación o no de perjuicios sobre la Seguridad Social.

B) Actas de liquidación

Una segunda referencia en este ámbito es la concerniente a las actas de liquidación. Pues bien, en este apartado deben ser destacados una vez más los múltiples pronunciamientos del Tribunal Supremo que se encargan de reiterar las reglas a seguir en la cuantificación económica de las pretensiones impugnatorias de tales actas a los efectos de acceso a los recursos de casación y casación para la unificación de la doctrina.

A modo de recordatorio, pues ya se ha destacado en numerosas crónicas anteriores, de un lado se encuentra la regla relativa a que, tratándose de cuotas por débitos a la Seguridad Social, las cifras que deben tenerse en cuenta son las mensuales, en atención a que tales cuotas se autoliquidan e ingresan por el sujeto obligado mes a mes, y no por períodos de tiempo diferentes; de otro, estaría aquella otra en función de la cual en la cuantificación únicamente se toma en consideración el débito principal (cuota) pero no los recargos, las costas ni cualquier otra clase de responsabilidad. Las sentencias en este sentido son abundantes: **SSTS**, Sala Tercera, **de 18 de enero de 2005,** I.L. J 25; **de 18 de enero de 2005,** I.L. J 26; **de 14 de enero de 2005**, I.L. J 27; **de 19 de enero de 2005,** I.L. J 29; **de 13 de enero de 2005,** I.L. J 30; **de 18 de enero de 2005**, I.L. J 31; **de 18 de enero de 2005,** I.L. J 32; **de 15 de febrero de 2005,** I.L. J 196; **de 15 de febrero de 2005,** I.L. J 197; **de 22 de marzo de 2004,** I.L. J 292; **de 10 de marzo de 2004,** I.L. J 293; **de 23 de marzo de 2004**, I.L. J 294; **de 16 de marzo de 2004,** I.L. J 295; **de 21 de diciembre de 2004,** I.L. J 385; **de 28 de marzo de 2005,** I.L. J 433; **de 12 de abril de 2005,** I.L. J 439.

La mayor parte de las sentencias reseñadas en el párrafo anterior, por lo demás, reiteran algo de sobra conocido: la insuficiencia de la cuantía litigiosa para recurrir, que, inicialmente, constituye causa de inadmisión del recurso, se convierte en trámite de sentencia en causa de desestimación; por otra parte, todo ello resulta controlable de oficio, aunque no se haya denunciado expresamente. Junto a lo anterior, alguna sentencia recoge un criterio adicional, si bien en absoluto novedoso: la irrelevancia a efectos de la admisibilidad del recurso de que lo impugnado sean las liquidaciones por parte del inicial deudor o el requerimiento de pago efectuado al responsable solidario (**SSTS**, Sala Tercera, **de 18 de enero de 2005,** I.L. J 25; **de 18 de enero de 2005,** I.L. J 32; **de 15 de febrero de 2005,** I.L. J 196).

3. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. JURISPRUDENCIA SOBRE INFRACCIONES Y SANCIONES POR MATERIAS. EMPLEO Y PRESTACIONES POR DESEMPLEO

El último apartado a analizar en esta crónica se relaciona con el derecho administrativo sancionador, materia en la que no ha aparecido prácticamente ningún pronunciamiento en el período de referencia.

En efecto, la única sentencia a destacar sería la **STS de 16 de diciembre de 2004,** I.L. J 384, relativa a la impugnación de una sanción administrativa consistente en la pérdida del derecho a la percepción de la prestación por desempleo, si bien la cuantía litigiosa

impide que el TS pueda entrar a conocer del recurso interpuesto ya que no llega al umbral mínimo previsto en la LJCA para recurrir en casación.

José María Goerlich Peset
María Amparo García Rubio
Luis Enrique Nores Torres
Mercedes López Balaguer
Amparo Esteve Segarra

XII. EL PROCESO LABORAL

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Jurisdicción laboral. Competencia. A) Deudas del trabajador. B) Retenciones de IRPF. Regularización. C) Jura de cuentas de honorarios de Letrado. **3. Jurisdicción laboral. Incompetencia.** A) Plan de incentivos vinculados a determinadas operaciones mercantiles. B) Futbolista profesional. Derechos de imagen cedidos a una mercantil. C) Negociación colectiva en el ámbito de la Función Pública.

4. Reclamación previa. A) Las excepciones procesales deben invocarse por la Administración en la resolución a la reclamación previa. B) Falta de reclamación previa. **5. Demanda. Ampliación a otros demandados. 6. Acumulación.** A) Acciones. B) Autos. **7. Excepciones.** A) Falta de acción. B) Cosa juzgada. C) Litisconsorcio pasivo necesario. D) Prescripción. E) Inadecuación de procedimiento. F) Falta de legitimación activa. G) Falta de legitimación pasiva. H) Caducidad. **8. Práctica de la prueba.** A) Denegación de prueba. B) Prueba documental. C) Carga de la prueba. **9. Sentencia.** A) Incongruencia. a) Existencia. b) Inexistencia. B) Hechos probados. **10. Despido. Salarios de tramitación.** A) Extinción por causas objetivas. Los salarios de tramitación no son compensables con el preaviso. B) Limitación temporal. Requisitos. C) Descuentos por otro empleo. D) Reclamación al Estado. Cuotas a la Seguridad Social durante Incapacidad Temporal. **11. Recurso de suplicación.** A) Acceso al recurso. a) Cuantía. b) Afectación general. B) Infracción de normas. **12. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** A) Fundamentación del recurso. a) Necesidad de mención expresa de las normas infringidas. b) Imposibilidad de fundar el recurso en un convenio colectivo extraestatutario. B) Cuantía. **13. Recurso de casación.** A) Objeto. B) Cuantía. **14. Recurso de revisión.** A) Sentencia recaía en el orden penal. B) Maquinación fraudulenta. C) Documentos que habilitan el recurso. D) Legitimación. **15. Recurso de amparo. Agotamiento vía judicial. 16. Ejecución de sentencia. Límite de la cuantía embargable.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las resoluciones judiciales de especial interés que se refieren a cuestiones del proceso laboral, y que han sido publicadas en los números 1 a 4 (ambos inclusive) del año 2005 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (I.L. J 1 a J 588). Destacan varias sentencias dictadas en suplicación al iniciarse con las mismas el debate sobre la condición de inhábiles de los sábados en la jurisdicción social (incluso para accionar contra el despido), a la vista de la nueva redacción del art. 182 LOPJ.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) Deudas del trabajador

En el caso conocido por el Alto Tribunal en su **STS de 20 de enero de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 92, el empresario demandado había reclamado al trabajador demandante, por vía de reconvención, las cantidades adeudadas por éste como consecuencia de la adquisición de diversos productos de la empresa. Dicha pretensión le fue reconocida tanto en la instancia como en sede de suplicación. Frente a la tesis del trabajador recurrente en el sentido de que el negocio jurídico en el que consistía la compra de productos de la empresa era ajeno a la relación jurídico-laboral, el TS confirma la competencia de dicho orden jurisdiccional, basándose en que la venta de los productos se realizó en unas condiciones muy ventajosas para el trabajador que se aplicaron precisamente por su condición de empleado de la empresa que las producía.

B) Retenciones de IRPF. Regularización

La **STS de 27 de enero de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 241, reconoce la competencia del orden social para conocer si el empresario puede o no practicar unilateralmente determinados descuentos en las nóminas a fin de regularizar unas retenciones de IRPF no realizadas en su debido momento. El TS analiza cuidadosamente la constante doctrina jurisprudencial que excluye del ámbito del orden jurisdiccional la determinación de si han de realizarse o no retenciones de IRPF y en qué cuantía (cuestiones tradicionalmente atribuidas al orden contencioso-administrativo), concluyendo que dicha doctrina no es aplicable al supuesto aquí planteado, puesto que no se trata de estudiar la procedencia de practicar una determinada retención de IRPF en aplicación de la normativa reguladora del impuesto, sino de decidir si el empleador está legitimado para efectuar por decisión propia descuentos en la nómina de los trabajadores, con el fin de subsanar anteriores errores en el cálculo de las retenciones.

C) Jura de cuentas de honorarios de Letrado

La **STS de 7 de diciembre de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 377, confirma la competencia del orden social de la jurisdicción para conocer de la reclamación de honorarios planteada

por un Letrado que asistió a su cliente en un procedimiento judicial ante dicho orden, basándose fundamentalmente en que dicho procedimiento es un incidente del pleito principal del que dimana. El Alto Tribunal rechaza además el planteamiento de la parte recurrida en el sentido de considerar indebidos los honorarios de Letrado interviniente por el carácter gratuito de este orden jurisdiccional, razonando que el específico derecho de estar exento de la obligación de pagar honorarios exige que el Letrado haya sido nombrado en el turno de oficio.

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

A) Plan de incentivos vinculado a determinadas operaciones mercantiles

La **STSJ de Madrid de 1 de febrero de 2005**, I.L. J 146, estima la excepción de falta de jurisdicción alegada por la empresa en el procedimiento instado por varios trabajadores reclamando diversas cantidades supuestamente adeudadas por la empresa en virtud de un plan de incentivos. Dicho plan de incentivos, que había sido diseñado por la sociedad matriz de la empresa demandada, reconocía a los trabajadores derechos de adquisición de acciones de ésta, vinculando el pago de diversas cantidades a los trabajadores al acaecimiento de determinadas operaciones mercantiles que efectivamente tuvieron lugar. Pese a considerar que este plan de incentivos es cuestión muy similar a los planes de *stock-options*, el TSJ estima que, en realidad, es un negocio jurídico-mercantil ajeno a la relación laboral, puesto que los eventuales beneficios económicos derivados del mismo son satisfechos por quien no es empleador de los trabajadores, no existe vinculación entre la actividad laboral del empleado y la obtención de beneficios aleatorios como consecuencia de operaciones mercantiles y tampoco el plan se fundamenta en estimular la permanencia en la empresa por un cierto tiempo o el esfuerzo de los empleados.

B) Futbolista profesional. Derechos de imagen cedidos a una mercantil

En el supuesto de hecho conocido por la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 19 de enero de 2005**, I.L. J 307, el demandante –futbolista profesional– reclamaba la contraprestación de la cesión de sus derechos de imagen al club deportivo demandado, dándose la circunstancia de que dichos derechos de imagen habían sido previamente cedidos por el propio jugador a una sociedad mercantil, que fue la que realmente suscribió el contrato de cesión de derechos con el club deportivo. Partiendo del contenido de los arts. 24 y 32 del convenio colectivo para la actividad del fútbol profesional (que califican los derechos de explotación de imagen como concepto salarial en el exclusivo supuesto de que no hayan sido cedidos por el jugador a terceros), el TSJ califica el acuerdo de cesión de derechos de imagen al club deportivo de negocio jurídico de naturaleza exclusivamente mercantil, aun cuando haya una evidente vinculación entre el jugador y la sociedad que cede los derechos al club y el pago por la explotación de los derechos de imagen pueda llegar a considerarse un concepto retributivo.

C) Negociación colectiva en el ámbito de la Función Pública

La **STS de 17 de marzo de 2005,** Sala Cuarta, I.L. J 542, declara que el orden social es incompetente para conocer de las pretensiones de nulidad de los Pactos y Acuerdos regulados por la Ley 9/1987. Aun cuando el sindicato recurrente invoca la vulneración del derecho de libertad sindical, sosteniendo su derecho a participar en las comisiones de negociación del Pacto impugnado, el TS considera que dicha pretensión se integra en realidad en una pretensión principal para la que el orden social no es competente de acuerdo con el art. 3.1.c) LPL. A lo anterior debe añadirse que la materia regulada en el Pacto impugnado se refería íntegramente a la provisión de vacantes de personal estatutario con carácter temporal, materia que, de acuerdo con la consolidada doctrina del propio TS, queda fuera del ámbito del orden jurisdiccional social.

4. RECLAMACIÓN PREVIA

A) Las excepciones procesales deben invocarse por la Administración en la resolución a la reclamación previa

Analizando la previa doctrina del TS sobre la cuestión, la **STS de 15 de marzo de 2005,** Sala Cuarta, I.L. J 287, confirma la necesidad de que, en tanto que hecho excluyente, la excepción de prescripción haya de ser articulada por la Administración en la resolución a la reclamación previa. De lo contrario, se vulneraría lo preceptuado en el art. 72.1 LPL, que prohíbe a las partes introducir en el proceso variaciones sustanciales respecto de lo planteado en la reclamación previa y la contestación a la misma.

B) Falta de reclamación previa

La **STSJ Castilla y León (Valladolid) de 28 de enero de 2005,** I.L. J 511, declara la nulidad de actuaciones en un supuesto en el que el demandante no dirigió la pertinente reclamación previa contra todas las Administraciones a las que exigía el pago de determinadas diferencias salariales. Se da la circunstancia de que el actor había sido funcionario del INSALUD hasta que la competencia de asistencia sanitaria fue transferida a la Junta de Castilla y León, contra la que sí dirigió reclamación previa. El TSJ considera que en el ámbito de la función pública no resulta de aplicación el art. 44 ET y que, por tanto, en el proceso de transferencia de competencia del Estado a las Comunidades Autónomas no se produce un fenómeno de sucesión de empresa entre las Administraciones, de manera que las reclamaciones de cantidad deben articularse a través de acciones distintas en función de cual era la Administración competente en cada momento. Así las cosas, concluye el TSJ que, en el supuesto sometido a examen, la exigencia de reclamación administrativa previa implicaba la presentación de dos reclamaciones distintas, una ante cada Administración, instando de cada una de ellas el abono de su deuda respectiva.

5. DEMANDA. AMPLIACIÓN A OTROS DEMANDADOS

La **STSJ de Galicia de 26 de enero de 2005**, I.L. J 333, acepta la ampliación de la demanda llevada a cabo, pues considera que el art. 64.2.b) LPL no está pensado exclusivamente para aquellos supuestos en los que en el momento de formular demanda hubiese un error en la persona del empresario, sino también para el caso de que, iniciado el proceso, fuera necesario dirigir la demanda frente a personas distintas de las inicialmente demandadas.

6. ACUMULACIÓN

A) Acciones

La **STS de 25 de enero de 2005,** Sala Cuarta, I.L. J 51, admite que en un proceso de tutela de libertad sindical se incluya la acción de reparación de los daños y perjuicios derivados de aquella infracción, pues considera que no estamos en presencia de una acumulación indebida de dos acciones separadas, sino ante la actualización del contenido íntegro de la acción de tutela de aquel derecho fundamental.

B) Autos

La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 1 de febrero de 2005,** I.L. J 343, establece que la posibilidad de acumular autos prevista en el art. 29 LPL, está configurada por el legislador como una facultad del juzgador que puede ejercitar o no potestativamente y descarta apreciar indefensión, para la demandada, en la no acumulación de cuatro procedimientos individuales acordada por el Juzgado de instancia.

7. EXCEPCIONES

A) Falta de acción

La **STS de 14 de marzo de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 419, estima la excepción de falta de acción, ya que la ejercitada no tenía ninguna razón de ser desde el momento que, en el acto del juicio, se desistió de las pretensiones de anulación de los actos realizados por una Comisión Promotora (de Plan de Pensiones) que ya se había extinguido. Por otra parte, la **STS de 6 de abril de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 438, rechaza esta excepción, por cuanto la negativa del trabajador a reincorporarse, tras reconocimiento de improcedencia y ofrecimiento de readmisión por parte de la empresa, no supone la pérdida de la acción de impugnación del despido (se cita, en este sentido, la STS de 1 de julio de 1996, que señala que no cabe que por una decisión unilateral empresarial posterior, con ofrecimiento de readmisión, se restablezca un vínculo contractual ya roto e inexistente). La **STS de 25 de enero de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 60, desestima el recurso de casación interpuesto, pues considera que la demanda inicial lo que formulaba en realidad era una consulta, un dictamen acerca de determinadas disposiciones de un convenio, sin existir realmente un conflicto jurídico *inter partes* que debiera ser decidido por el órgano judicial conforme a derecho.

B) Cosa juzgada

La **STS de 24 de enero de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 94, estima la excepción de cosa juzgada, por entender que, entre el presente procedimiento y otro iniciado por los mismos hechos varios años antes, concurren las identidades objetivas (el objeto de ambos procesos es el mismo) y subjetivas (en ambos figuran como demandantes los mismos trabajadores) legalmente exigidas para apreciar esta excepción. Por otra parte, la **STS de 10 de febrero de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 205, desestima la excepción de cosa juzgada alegada por la parte recurrida como "cuestión previa", por cuanto en el recurso de casación no cabe ningún análisis preliminar al de su admisibilidad. Por último, la **STSJ del País Vasco de 18 de enero de 2005**, I.L. J 446, aprecia el efecto positivo de la cosa juzgada, en contra de lo dispuesto por la sentencia de instancia, pues entre un procedimiento seguido en el año 1998 y el presente existe identidad de objeto, de la causa de pedir y de las empresas demandadas, aunque éstas teóricamente eran distintas, pues se había apreciado anteriormente la existencia de un grupo empresarial.

C) Litisconsorcio pasivo necesario

La **STSJ de Baleares de 10 de enero de 2005**, I.L. J 166, rechaza la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario (alegada por no haberse demandado a la Consellería de Salut i Consum y al Ib-Salut), pues considera que en los procesos de impugnación de un convenio colectivo, la condición de parte necesaria la ostentan sólo los sujetos que lo han negociado y suscrito. Igualmente, la **STSJ de Cataluña de 28 de enero de 2005**, I.L. J 332, rechaza esta excepción (alegada por no haberse demandado a los compañeros de trabajo del actor, miembros de la candidatura sindical), al estimar que la confección de la lista electoral era una cuestión resuelta correctamente, que no se planteaba en este procedimiento de tutela de libertad sindical.

D) Prescripción

La **STS de 19 de enero de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 58, considera prescrita la acción de nulidad de subrogación contractual, entendiendo subsanada la eventual falta de consentimiento por el transcurso, sin oposición, de un período de tiempo superior a un año. En materia de tutela de derechos fundamentales, la **STS de 26 de enero de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 164, desestima esta excepción, pues considera que debe aplicarse analógicamente el plazo de un año del art. 59.2 ET, habiéndose además interrumpido el plazo de prescripción mediante las reclamaciones judiciales llevadas a cabo por el sindicato actor previa interposición de la demanda judicial. En un procedimiento de impugnación de la adscripción a un nuevo grupo profesional, en el marco del convenio colectivo único para el personal al servicio de la Administración del Estado, la **STS de 25 de febrero de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 194, considera que es aplicable el plazo de prescripción de un año previsto en el art. 59.2 ET, iniciándose el cómputo del mismo, no en la fecha de entrada en vigor del citado convenio, sino en la fecha de publicación en el BOE de un posterior acuerdo colectivo complementario en la materia. En un supuesto

muy parecido, la **STS de 7 de diciembre de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 587, no considera prescrita la acción interpuesta, pues antes de transcurrir un año desde la publicación en el BOE del correspondiente acuerdo colectivo, el interesado formuló reclamación ante el organismo pertinente y desde dicho momento hasta la presentación de la demanda no transcurrió el plazo de un año a que hace referencia el art. 59.2 ET. Por su parte, la **STS de 2 de marzo de 2005,** Sala Cuarta, I.L. J 286, no admite esta excepción, puesto que fue alegada por primera vez en el acto del juicio, cuando debió ser alegada por la Administración Pública demandada en la contestación a la reclamación previa. La **STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de febrero de 2005,** I.L. J 352, señala que la jurisprudencia ha elaborado un cuerpo de doctrina según el cual la institución de la prescripción ha de ser interpretada con carácter restrictivo, debiendo admitirse su interrupción en todos aquellos casos que medien actos del interesado que evidencien una voluntad de conservar el derecho. En materia de reclamaciones salariales, la **STSJ de Madrid de 2 de febrero de 2005,** I.L. J 357, establece que la prescripción comienza a partir del día siguiente al año transcurrido desde que se debió efectuar el pago. Por último, en un caso de aplicación de una cláusula de descuelgue salarial, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de enero de 2005,** I.L. J 319, considera que no es procedente aplicar el plazo de un año (art. 59.1 ET), sino que debe aplicarse el plazo más corto que estaba previsto, para este supuesto, en los convenios colectivos aplicables, puesto que la menor duración responde a la necesidad de evitar la inseguridad que supone la incertidumbre de la fijación del salario de los trabajadores afectados.

E) Inadecuación de procedimiento

La **STS de 15 de diciembre de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 16, entiende que el proceso de conflicto colectivo era adecuado para analizar la pretensión de la parte actora, pues existía un grupo genérico de trabajadores y el proceso versaba sobre la interpretación de un pacto colectivo. Siguiendo con esta materia, la **STS de 15 de diciembre de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 573, declara la inadecuación de procedimiento, en cuanto que en el momento de interposición de la demanda no existía un conflicto colectivo actual entre el grupo de trabajadores y la entidad demandada, sino una presunción de discrepancia por parte del sindicato demandante. Aplicando la doctrina consolidada del TS acerca de los elementos definitorios del conflicto colectivo, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 7 de marzo de 2005**, I.L. J 499, estima inadecuado el procedimiento de conflicto colectivo instado, pues considera que estamos ante la suma de varios intereses individuales (conflicto plural, pero no colectivo). Por otra parte, la **STS de 19 de enero de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 48, concluye que el procedimiento de tutela de libertad sindical que se ha seguido es el adecuado, pues la pretensión ejercitada se ha fundamentado, de forma explícita, en la violación de un derecho fundamental (la libertad sindical). La **STS de 18 de marzo de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 424, considera inadecuado el procedimiento instado para reclamar una clasificación profesional. Señala que la doctrina unificada del TS ha reiterado, en varias ocasiones, que esta modalidad procesal debe utilizarse exclusivamente cuando la reclamación esté fundada en el desempeño de actividades de categoría superior, siendo determinantes los hechos y circunstancias del trabajo efectivamente desarrollado, pero no cuando la clave de la decisión jurisdiccional se encuentra en la interpretación de preceptos. En materia de impugnación de estatutos de sindicatos, la **SAN de 14 de octubre**

de 2004, I.L. J 370, rechaza esta excepción, estableciendo que el art. 8 LPL declara la competencia orgánica y funcional de esta Sala para conocer sobre la personalidad jurídica de los sindicatos, lo cual constituye un aspecto clave de este procedimiento.

F) Falta de legitimación activa

La **STC 74/2005, de 4 de abril**, recurso de amparo 953/2002, I.L. J 301, otorga el amparo solicitado por el sindicato actuante y reconoce su legitimación para iniciar el proceso de impugnación de acuerdos municipales, pues considera que el sindicato pretendía defender tanto su interés propio y sustantivo, como los intereses de los trabajadores y funcionarios afectados por los acuerdos impugnados. En la misma línea, la **STS de 4 de marzo de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 493, considera que el sindicato demandante sí tenía legitimación para plantear la demanda en los términos que lo hizo, ya que la acción ejercitada sirve a los intereses generales de todos los trabajadores que se encuentren en unas circunstancias determinadas. Igualmente, la **STS de 28 de febrero de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 401, señala que la Asociación Sindical demandante está legitimada para promover el presente conflicto colectivo, pues se subrogó en la representatividad de un sindicato que anteriormente había extinguido su personalidad jurídica. En cambio, la **STS de 17 de febrero de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 275, estima esta excepción, al considerar que la denominada "plataforma de representantes", que actúa al margen del comité de empresa existente, no puede reconocerse como un órgano de representación de los trabajadores de los previstos en el Título II del ET. La **STSJ del País Vasco de 18 de enero de 2005**, I.L. J 133, rechaza esta excepción pues, habiéndose reconocido la representatividad de los demandantes (presidente y secretaria del comité de empresa) en el acto conciliatorio previo, no cabía después desdecirse de lo dicho y denegar aquella representatividad. Por su parte, la **SAN de 14 de octubre de 2004**, I.L. J 370, establece que, como quiera que el sindicato actuante representa institucionalmente a los trabajadores, debe aplicarse el principio *pro actione* y reconocérsele la legitimación activa. Por último, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de enero de 2005**, I.L. J 318, rechaza esta excepción (admitida por la sentencia de instancia) y considera que debe reconocerse la legitimación activa a la parte actora, pues cuando se decidió el inicio del conflicto colectivo y comenzó su formalización a través del trámite previo de mediación, sí que existía un acuerdo mayoritario de la representación electa de los trabajadores y ese acuerdo se debe extender a los demás trámites posteriores, incluida la presentación de la demanda.

G) Falta de legitimación pasiva

En materia de impugnación de convenios colectivos, la **STSJ de Baleares de 10 de enero de 2005**, I.L. J 166, acoge esta excepción opuesta por la Comunidad Autónoma, estableciendo que la intervención de la Administración Pública, en este tipo de procesos, sólo está legalmente prevista cuando es la autoridad laboral quien promueve de oficio la impugnación del convenio y no hay denunciantes.

H) Caducidad

La **STC 64/2005, de 14 de marzo**, recurso de amparo 2263/2003, I.L. J 199, establece que no puede apreciarse caducidad en la interposición de un recurso contencioso-administrativo antes de las 15:00 horas del día siguiente al de vencimiento del plazo, de conformidad con lo dispuesto por el art. 135.1 LEC. En este mismo sentido se pronuncia la **STS de 15 de marzo de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 470, al considerar válida la presentación de la demanda de despido ante el Juzgado de lo Social el día siguiente al del vencimiento del plazo de caducidad de 20 días hábiles. Las **SSTS de 3 de noviembre de 2004** y **de 5 de abril de 2005**, ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 8 y J 559, reasaltan que, como la Sala ha reiterado, los plazos establecidos en el art. 512 LEC durante los que debe interponerse la demanda de revisión, son de caducidad, constituyendo carga procesal de la parte demandante concretar con exactitud el día inicial en que tuvo conocimiento del hecho alegado como causa de revisión. Por su parte, la **STSJ de Madrid de 25 de enero de 2005**, I.L. J 132, y la **STSJ de Cataluña de 13 de enero de 2005**, I.L. J 326, consideran que, desde la entrada en vigor de la nueva redacción del art. 182 LOPJ, los sábados han pasado a ser días inhábiles en el orden social de la jurisdicción, a todos los efectos, incluido el del ejercicio de la acción de despido. La **STS de 15 de marzo de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 477, y la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 1 de febrero de 2005**, I.L. J 343, establecen que, de acuerdo con la doctrina ya unificada, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que no se ejecuten siguiendo las exigencias formales del art. 41 ET, han de encauzarse por el procedimiento ordinario y la impugnación de éstas no está sometida al plazo de caducidad de 20 días. Por otra parte, y de conformidad con una doctrina excepcional del TS, la **STSJ de Madrid de 8 de febrero de 2005**, I.L. J 355, señala que en este caso la presentación de una reclamación previa (cuando lo que procedía era presentar una papeleta de conciliación) produce los efectos legales de suspender el plazo de caducidad, pues (i) al trabajador no se le señaló en la carta de despido la vía para reclamar (y era dudosa la naturaleza jurídica de la empleadora), (ii) la demandada tuvo conocimiento del cumplimiento del trámite previo y pudo actuar en consecuencia, y (iii) queda acreditada la voluntad impugnatoria del trabajador.

8. PRÁCTICA DE LA PRUEBA

A) Denegación de prueba

La **STC 4/2005, de 17 de enero**, recurso de amparo 2562/2002, I.L. J 28, estima el amparo solicitado por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en un supuesto en el que se había denegado la práctica de una prueba, desestimándose posteriormente la demanda precisamente por ausencia de prueba de hechos esenciales para la pretensión. Entiende el TC que en este caso se vulnera claramente el art. 24 CE por cuanto (i) las pruebas fueron propuestas en tiempo y forma; (ii) la denegación de las mismas carecía de motivación adecuada y suficiente; (iii) se ha causado una indudable indefensión material al demandante, pues la prueba denegada era absolutamente determinante en términos de defensa para la correcta resolución de la *litis*. Sin embargo, la **STS de 21 de febrero de 2005**, Sala Tercera, I.L. J 278, desestima el recurso presentado solicitando nulidad de

actuaciones por quebrantamiento de normas procesales, al habérsele negado al recurrente la práctica de una prueba. Declara el TS que para que se dé la existencia de dicha vulneración es necesario que la inadmisión de prueba haya provocado una indefensión real a la parte, al privarle de utilizar un medio probatorio idóneo para la defensa de sus intereses, lo que no ocurre en el caso enjuiciado al ser la prueba solicitada irrelevante a tales efectos. A idéntica conclusión llega la **STS de 25 de febrero de 2005**, Sala Tercera, I.L. J 279, en relación con la inadmisión de una prueba testifical, por considerarla innecesaria.

B) Prueba documental

La **STSJ del País Vasco de 18 de enero de 2005,** I.L. J 447, declara ajustada a derecho la facultad ejercitada por el Juzgador *a quo* quien, con fundamento en lo dispuesto en el art. 94.2 LPL, dio por probados determinados hechos alegados por la parte actora, al no haberse aportado a los autos, sin justificación alguna, la prueba documental requerida y admitida a tales efectos.

C) Carga de la prueba

Aceptándose que existían indicios claros de vulneración de un derecho fundamental (libertad sindical), es obligada la inversión de la carga de la prueba, de modo que debe ser la empresa quien acredite que la medida adoptada (modificación de condiciones de trabajo) es razonable con fundamento en criterios totalmente ajenos a cualquier propósito de violación del derecho invocado. Como quiera que la empresa no ha logrado acreditar la desconexión entre su decisión y la condición de miembro del comité de empresa de la demandante, la **STSJ de Cataluña de 27 de enero de 2005,** I.L. J 330, entiende acreditada la vulneración del derecho. En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Cataluña de 11 de enero de 2005,** I.L. J 516. Por el contrario, dicha inversión no resulta necesaria cuando tales indicios no existen, tal y como resulta del caso enjuiciado por la **STSJ de Galicia de 28 de enero de 2005**, I.L. J 338.

9. SENTENCIA

A) Incongruencia

a) Existencia

Concurre una clara incongruencia omisiva en la sentencia de instancia, pues la misma resuelve de forma incompleta las cuestiones relativas a la nulidad de un pacto extraestatutario, sin tampoco analizar cada uno de los preceptos del mismo sobre los que se pide la nulidad, "(...) cuestión que goza de relevancia suficiente, como para requerir una respuesta judicial nítida y categórica, sin oscuridad ni ambigüedad (...)". Así lo ha entendido la **STS de 15 de diciembre de 2004,** Sala Cuarta, I.L. J 382.

b) Inexistencia

Con cita de múltiples SSTC, la **STSJ de Galicia de 26 de enero de 2005**, I.L. J 334, declara la inexistencia de incongruencia omisiva en la sentencia de instancia. Y ello, por cuanto en los hechos de la demanda como en el *petitum* de la misma nada se manifiesta respecto a lo que los recurrentes invocan en fase de recurso. En consecuencia, la sentencia recurrida se adecua perfectamente a los hechos y fundamentos que sustentan los demandantes. No existe incongruencia en una sentencia que declara el despido improcedente, habiéndose solicitado la nulidad del mismo; así lo ha declarado la **STS de 23 de marzo de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 488. Por su lado, la **STSJ de Cataluña de 10 de enero de 2005**, I.L. J 514, citando por todas la STC de 8 de febrero de 1993, también declara la inexistencia de incongruencia de la sentencia de instancia (en este caso, *extrapetita*) por cuanto la misma, lejos de ser arbitraria y caprichosa, responde a la pretensión de la parte de forma motivada y razonada.

B) Hechos probados

En un supuesto en el que se admitió por el Juzgado de instancia la práctica de determinada prueba documental y testifical propuesta por la parte demandada, la **STSJ del País Vasco de 31 de enero de 2005**, I.L. J 448, declara que no limita el derecho de defensa de la recurrente no haber tenido por probados los hechos que con dichos medios de prueba se trataba de acreditar, ya que la valoración de los mismos está conferida con amplia libertad de criterio al Magistrado de Instancia al amparo del art. 97.2 LPL, quedando facultado para ponderar los diferentes elementos probatorios y valorar su significado y trascendencia para fundamentar el fallo.

10. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

A) Extinción por causas objetivas. Los salarios de tramitación no son compensables con el preaviso

La **STS de 28 de febrero de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 234, unifica la doctrina y declara que cuando la extinción por causas objetivas sea declarada improcedente, de los salarios de tramitación que pudieran devengarse no cabe descontar el salario abonado por falta de preaviso.

B) Limitación temporal. Requisitos

La **STSJ de Cataluña de 28 de enero de 2005**, I.L. J 329, conforme tiene declarado la STS de 30 de diciembre de 1997, estima que procede limitar los salarios de tramitación en el caso de una oferta empresarial "(...) en la que se determine como indemnización a abonar la 'que establece al respecto la legislación vigente, es decir 45 días de salario por año trabajado' cumple plenamente tales requisitos (...)". A dicha sentencia se formula un Voto Particular. Por su parte, a tales efectos, la **STSJ de Valencia de 14 de enero de 2005**, I.L. J 525, exige expresamente que la empresa comunique al trabajador el depósito

realizado en los juzgados de lo social, así como la exactitud de la cuantía depositada en concepto de indemnización, salvo simple error excusable.

C) Descuentos por otro empleo

La **STSJ de Galicia de 28 de enero de 2005,** I.L. J 337, con fundamento en las SSTS de 2 de junio de 1992 y 30 de enero de 1996, declara que cuando se acredita el empleo del actor en otra empresa mientras se sustancia el procedimiento por despido, pero no el importe exacto de la retribución percibida por el nuevo empleador, sólo es posible descontar de los salarios de tramitación el importe del SMI, presumiéndose esta equivalencia.

D) Reclamación al Estado. Cuotas a la Seguridad Social durante Incapacidad Temporal

La **STSJ de Cataluña de 10 de enero de 2005,** I.L. J 327, declara que, aun cuando durante la situación de IT la empresa no esté obligada a pagar salarios de tramitación, sí lo está a cotizar a la Seguridad Social por dicho período al amparo de lo dispuesto en el art. 106 LGSS. Por lo tanto, si la empresa se vio obligada a ingresar dichas cotizaciones por un período que excede el límite de los 60 días hábiles, procede el reintegro de dichas cantidades.

11. RECURSO DE SUPLICACIÓN

A) Acceso al recurso

a) Cuantía

La **STS de 22 de diciembre de 2004,** Sala Cuarta, I.L. J 265, considera que el proceso de reintegro de gastos por asistencia sanitaria es un proceso que versa, si bien de modo indirecto, sobre el reconocimiento o denegación del derecho a una prestación de la Seguridad Social, por lo que, aunque la cuantía del litigio sea inferior a los 1.803,04 euros, procede la admisión del recurso de suplicación en virtud de lo establecido en el art. 189.1.c) LPL. La **STSJ de Cantabria de 26 de enero de 2005**, I.L. J 114, al analizar el requisito de la cuantía litigiosa mínima para acceder al recurso de suplicación, establece que, siendo la cantidad reclamada superior a los 1.803,04 euros, procede la admisión del recurso, independientemente de que tal cantidad sea la suma de salarios devengados durante tres anualidades distintas.

b) Afectación general

Las **SSTS de 12 de enero** y **de 19 de abril de 2005,** Sala Cuarta, I.L. J 34 y 543, recuerdan que la doctrina en la materia ha sido unificada y reelaborada en las SSTS de 3 y 14 de octubre y 5 de diciembre de 2003, conforme a la cual "(...) la afectación general es un concepto jurídico indeterminado que, aunque tiene una base fáctica, no se agota en

ella, sino que la trasciende (...)", pasando a enumerar las distintas vías a través de las cuales puede ser apreciada la existencia de afectación general. En ese sentido, la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 19 de enero de 2005,** I.L. J 309, establece que, con independencia de la concreta cuantía que correspondiera al actor por el concepto salarial reclamado, lo que se debatía era el derecho de un determinado colectivo de trabajadores a percibir tal complemento salarial, lo cual posee un evidente contenido de generalidad que debe ser suficiente para permitir el acceso al recurso: la afectación general queda pues demostrada por vía de la notoriedad, dado que la misma Sala que conocía del presente supuesto lo estaba haciendo respecto de idénticos litigios en otros numerosos procedimientos. Por último, la **STS de 16 de abril de 2005,** Sala Cuarta, I.L. J 369, establece que no es necesaria la alegación y prueba de la afectación general en los casos en que la cuestión debatida posea un claro contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes; lo que sucede cuando, habiendo la parte actora manifestado que la cuestión debatida afectaba a un gran número de trabajadores, dicha afirmación no haya sido rechazada o negada por la parte demandada.

B) Infracción de normas

Según la **STSJ de Madrid de 31 de enero de 2005,** I.L. J 341, la obligación de fundamentar la infracción legal denunciada va más allá de la mera cita de los preceptos y jurisprudencia supuestamente infringidas, al requerir una argumentación jurídica al respecto, argumentación que no puede ser sustituida de oficio por el propio TSJ.

12. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Fundamentación del recurso

a) Necesidad de mención expresa de las normas infringidas

La **STS de 8 de marzo de 2005,** Sala Cuarta, I.L. J 423, afirma que, en la medida en que no existe en todo el cuerpo del escrito de formalización mención alguna que, de forma clara e indubitada, haga referencia al precepto o preceptos que el recurrente considera vulnerados por la sentencia recurrida, procede desestimar el recurso sin necesidad de analizar con carácter previo la concurrencia o no del requisito de contradicción.

b) Imposibilidad de fundar el recurso en un convenio colectivo extraestatutario

La **STS de 28 de noviembre de 2004,** Sala Cuarta, I.L. J 247, analiza un supuesto en el que la norma infringida es el Acuerdo Marco del Personal Oficial de Comunicaciones y Telégrafos. Entiende el TS que tal Acuerdo Marco no aparece en una publicación autorizada para publicar oficialmente disposiciones legales o reglamentarias ni convenios colectivos, por lo que no es un convenio colectivo estatutario. Por ello, la Sala inadmite el recurso interpuesto al carecer el único precepto invocado de la caracterización que permite conferirle el rango de norma y, por lo tanto, cuya infracción permite el acceso al recurso de casación, de acuerdo con el art. 222 LPL.

B) Cuantía

Las **SSTS de 18 de enero de 2005 (dos)** y **de 15 de febrero de 2005,** Sala Tercera, I.L. J 31, 32 y 196, respectivamente, señalan, reiterando una doctrina unificada, que tratándose de cuotas por débitos a la Seguridad Social, las cifras que deben tomarse en consideración a efectos de determinar el acceso al recurso de casación son las cuotas mensuales, en atención a que tales cuotas se autoliquidan e ingresan por el sujeto obligado mes por mes y no por períodos distintos, añadiendo, en el presente caso, que a tal efecto es irrelevante que lo impugnado sean las liquidaciones por parte del inicial deudor o el requerimiento de pago efectuado al responsable solidario.

13. RECURSO DE CASACIÓN

A) Objeto

La **STS de 25 de enero de 2005,** Sala Tercera, I.L. J 33, establece que el objeto del recurso de casación en interés de la Ley es, única y exclusivamente, el de determinar si la sentencia recurrida es errónea en la aplicación de la norma a los hechos valorados, sin que quepa, en ningún caso, alterar el relato de los hechos probados.

B) Cuantía

La **STS de 16 de diciembre de 2004,** Sala Tercera, I.L. J 384, establece que, en orden a determinar si la cuantía de un litigio en materia de prestación por desempleo es la suficiente para acceder al recurso de casación, habrá de tomarse, en caso de carecer de datos suficientes para determinar la cuantía exacta del mismo, la cuantía y duración máxima de la prestación por desempleo.

14. RECURSO DE REVISIÓN

A) Sentencia recaída en el orden penal

La **STS de 27 de enero de 2005,** Sala Cuarta, I.L. J 46, desestima el recurso de revisión interpuesto por cuanto la sentencia penal era absolutoria por considerar que los hechos enjuiciados carecían de la gravedad suficiente para la imposición de una pena, lo cual no implicaba que la valoración que de los hechos probados habían realizado los órganos del orden social fuera intrascendente a efectos disciplinarios. Por el contrario, para la estimación del recurso de revisión, habría sido necesario que la sentencia penal hubiera declarado la falta de participación del sujeto en los hechos imputados en la carta de despido o, en su caso, la inexistencia de tales hechos.

B) Maquinación fraudulenta

La **STS de 30 de noviembre de 2004,** Sala Cuarta, I.L. J 372, entiende que existe maquinación fraudulenta, en un caso en que el representante legal del demandante había dado un domicilio incorrecto a sabiendas de que tal domicilio ya no era el vigente en aquel momento. El TS considera que queda probada la maquinación fraudulenta por el hecho de que el representante legal del demandado sí que había proporcionado el domicilio correcto en otro procedimiento, aunque en representación de otro demandante. Entiende el TS que las actuaciones del representante legal han de ser asumidas por el propio demandante como propias, lo cual suponía que en el caso analizado éste había actuado con evidente deslealtad procesal, lo que había de provocar la estimación del recurso.

C) Documentos que habilitan el recurso

La **STS de 1 de febrero de 2005,** Sala Cuarta, I.L. J 185, afirma que un informe de cotizaciones de fecha posterior a la fecha de la sentencia (aunque su contenido se refiera a períodos anteriores) es un documento inhábil a efectos del recurso de revisión, ya que no se trata de un supuesto de fuerza mayor o de una actuación maliciosa de la parte contraria a efectos de ocultar un documento previamente existente, tal y como exige la LPL.

D) Legitimación

La **STS de 23 de febrero de 2005,** Sala Cuarta, I.L. J 412, establece que para poder ostentar legitimación procesal a la hora de promover el recurso de revisión no es imprescindible haber sido parte en el proceso judicial del que dimana la sentencia sometida a revisión, sino que basta haber resultado perjudicado por la misma.

15. RECURSO DE AMPARO. AGOTAMIENTO VÍA JUDICIAL

La recurrente en amparo interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina que fue desestimado por el TS. La **STC 38/2005, de 28 de febrero**, recurso de amparo 43/2001, I.L. J 78, analiza si la interposición de dicho recurso ante el TS pudiera haber generado un eventual alargamiento de la vía judicial a través de un recurso manifiestamente improcedente. Y el TC no aprecia finalmente tal improcedencia, ya que la demandante en amparo entendía que existía doctrina contradictoria con la sentencia recaída en trámite de suplicación, dando así a la jurisdicción ordinaria todas las posibilidades de paliar la vulneración del derecho constitucional que denuncia, no implicando en todos los casos que se tenga por manifiestamente improcedente o dilatoria la interposición de un recurso que finalmente resulta desestimado. Por su parte, la **STC 60/2005, de 14 de marzo**, recurso de amparo 954/2002, I.L. J 200, entiende igualmente que se ha agotado correctamente la vía judicial previa antes de acudir al amparo, ya que ya sentencia vulneradora del derecho fundamental que se invoca, aun dictada por un Juzgado de lo Social, no era susceptible de recurso alguno, de conformidad con lo previsto en el art. 132.1.b) LPL.

16. EJECUCIÓN DE SENTENCIA. LÍMITE DE LA CUANTÍA EMBARGABLE

La **STS de 3 de febrero de 2005,** Sala Cuarta, I.L. J 85, afirma que es legítima la detracción de una parte de la pensión de jubilación en ejecución de una sentencia firme, aunque con el límite de la pensión mínima del sistema de la Seguridad Social. En este caso, el TS considera que el parámetro a utilizar debe ser la pensión mínima y no el salario mínimo interprofesional.

Lourdes Martín Flórez
Sergio Ponce Rodríguez
Iker Ramón Prior García
Arnau Sena Serrano

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Responsabilidad empresarial por daños y perjuicios. A) Incumplimiento de medidas de seguridad e imputación del empresario. B) Cuantía indemnizatoria. C) Incompatibilidad de la indemnización por daños y perjuicios con la indemnización por resolución del contrato de trabajo. **2. Riesgos psicosociales.** A) Delimitación del acoso laboral.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica repasa la producción jurisprudencial contenida en los cuatro primeros números de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* correspondientes al año 2005 (marginales I.L. J 1 a J 588). En una primera consideración hay que poner de relieve el exiguo número de sentencias referidas al ámbito de la prevención de riesgos laborales, pero, significativamente, tienen como denominador común un fenómeno que, de forma gradual, cada vez está más presente en Juzgados y Tribunales: los riesgos psicosociales o derivados de las condiciones no materiales de trabajo, que se traducen en situaciones de hostigamiento o acoso laboral compendiadas en una serie de neologismos de origen anglosajón que van calando en el vocabulario de los trabajadores y de la sociedad en general. A pesar de lo novedoso de la terminología empleada, estas conductas no son desconocidas en la relación de trabajo ya que el ordenamiento laboral ha reaccionado frente al trato vejatorio, pero en la actualidad se asiste a un incremento de estas agresiones consecuencia de un entorno cada vez más competitivo y del resultado de las nuevas formas de organizar el trabajo, que, afortunadamente, tiene respuesta en una acendrada conciencia de rechazo social. Por otra parte, se trata de un fenómeno de contornos no bien definidos, huérfano de un concepto normativo, abierto a una delimitación doctrinal y jurisprudencial. En este último sentido, las sentencias objeto de esta crónica constituyen una continuación de otras anteriores que van dando respuesta, con mayor o menor acierto, a estos problemas que acompañan al inicio de siglo.

Por otra parte, la STS de 26 de noviembre de 2004, I.L. J 374, teniendo como fondo un supuesto de indemnización por acoso en el trabajo del que derivan una incapacidad temporal –calificada por el INSS como derivada de accidente de trabajo– y daños morales,

resuelve el recurso de casación en unificación de doctrina interpuesto por la empresa y declara la inexistencia del requisito de contradicción, ya que en cuestiones indemnizatorias, recuerda, la cuantía depende de las particulares circunstancias concurrentes de cada caso, que impiden la identidad, y de la apreciación y valoración de la prueba, que es ajena a este tipo de recurso, criterio que, junto con la doctrina reiterada en la STS de 25 de noviembre 2004, dificultarán un *corpus* unificado sobre esta problemática. Finalmente, dejar constancia de la debilidad de la normativa preventiva a través de instrumentos específicos de tutela. Así, se pone de manifiesto en situaciones en las que la negativa de un trabajador a desplazarse por hallarse enfermo le acarrea un despido, deslizándose soluciones basadas en la garantía de indemnidad para evitar la extinción contractual (*vid.* La **STSJ de Madrid de 18 de enero de 2005,** I.L. J 175)

1. RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR DAÑOS Y PERJUICIOS

A) Incumplimiento de medidas de seguridad e imputación del empresario

La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 27 de enero de 2005,** I.L. J 310, imputa la responsabilidad al empresario por el accidente sufrido por un trabajador al caerse de una escalera sobre la que estaba subido para efectuar la limpieza de unos cristales. La escalera, pese a estar sujetada por otro trabajador, se deslizó como consecuencia de un movimiento brusco para abrir una ventana que estaba atascada y el suelo encerado del local, dicha escalera carecía de zapatilla de goma aunque tenía una zapatilla basculante en cada pata y el trabajador conocía la dificultad existente para abrir la ventana. Como consecuencia de las lesiones el trabajador fue declarado en situación de Incapacidad Permanente Total que, tras su revisión, se calificó de Gran Invalidez. La sentencia rechaza que el accidente se deba a la conducta negligente del trabajador e imputa la responsabilidad al empresario por violación del artículo 3 del RD 486/1997, de 14 de abril, en relación con los Anexos I y II y, añade, que la falta de protesta del trabajador o el no ejercicio de su derecho a negarse a realizar el trabajo en condiciones inseguras (*ius resistentiae*) "no constituye culpa concurrente que libere al patrono de su responsabilidad" ni compensa el incumplimiento del deber general de seguridad que tiene el empresario. Igualmente, la sentencia establece, en línea con la doctrina del agotamiento de la diligencia emanada de la jurisdicción civil, la inversión de la carga de la prueba exigiendo que el empresario demuestre que "obró con toda la diligencia que le era exigible y que adoptó todas las medidas de prevención exigibles a un buen padre de familia". Por último, que al empresario no se le haya impuesto el recargo de prestaciones no desvirtúa la responsabilidad contractual del empresario.

B) Cuantía indemnizatoria

En la citada **STSJ de Andalucía de 27 de enero de 2005,** se plantea, igualmente, el montante indemnizatorio. Parte de la no compensación de culpas por imputar íntegramente la responsabilidad al empresario y del principio de proporcionalidad del daño para incrementar la cuantía indemnizatoria fijada en la instancia. A la hora de calcular la cuantía

valora los daños materiales, tomando en consideración no sólo las circunstancias particulares del trabajador –conforme a las normas de valoración del daño corporal previstas para los accidentes de circulación–, sino también las relativas a su familia: las expectativas de su esposa que deja de trabajar y la minusvalía de un hijo con síndrome de Dwon, así como los daños morales, deduciendo de la indemnización resultante, conforme a doctrina unificada, las indemnizaciones percibidas del seguro y la "hipotética capitalización de la pensión por gran invalidez".

C) Incompatibilidad de la indemnización por daños y perjuicios con la indemnización por resolución del contrato de trabajo

El carácter personal de la relación laboral y la influencia del entorno laboral y las condiciones no materiales de trabajo impregnan decisiones que inciden sobre la continuidad de dicha relación cuando la prestación deviene insostenible para el trabajador por acoso laboral sufrido. En tal caso, la única salida es la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador *ex* artículo 50 LET, pero se plantea el problema si el trabajador puede exigir además la compensación de los daños y perjuicios derivados del acoso laboral. La **STS de 25 de noviembre de 2004,** I.L. J 564, viene a dar respuesta, en línea con la STS de 11 de marzo de 2004, al conflicto planteado por la trabajadora que, desestimado por la sentencia de instancia, prospera en suplicación al estimar la sentencia el recurso y declarar la extinción del contrato y condenando a la empresa demandada a abonar la indemnización por la extinción más otra cantidad por daños y perjuicios. Los distintos conflictos que la trabajadora tuvo con la empresa (exclusión de la realización de parte del trabajo que venía realizando, pretendido exceso de jornada y discusión con otra trabajadora) y la señalada afectación de trastorno por estrés postraumático es calificada por la sentencia de suplicación de acoso laboral con afectación a la salud mental de la trabajadora y justificativa de la extinción del contrato, así como la decisión de "indemnizar con una cantidad complementaria derivada por los graves daños morales sufridos y por la enfermedad psiquiátrica que como consecuencia de los mismos padece". La STS no entra a conocer sobre la causa de extinción, por considerar que por este motivo no existe contradicción con la sentencia de contraste alegada por la empresa recurrente, pero sí aborda el segundo motivo relativo a la indemnización adicional y distinta a la comprendida en el artículo 50.2 LET por la valoración de los daños complementarios o morales. El TS considera que el trabajador puede "reclamar el cumplimiento en especie de la obligación o pedir la resolución del contrato con indemnización de daños y perjuicios en ambos casos", pero si opta por la resolución contractual y la indemnización "ésta ha de ser fijada conforme a la normativa reguladora de la relación laboral", puesto que la LET incluye "una norma específica" cuyo contenido indemnizatorio tasado "satisface íntegramente el interés del trabajador derivado del incumplimiento grave de las prestaciones contractuales a cargo del empresario". La sentencia cierra, igualmente, las posibilidades que podrían articularse con el derecho común de las obligaciones y contratos y excluye la concurrencia de indemnizaciones: "y la aplicación de esta norma específica del derecho del trabajo, debe impedir la búsqueda de nuevas soluciones indemnizatorias en el campo del derecho civil, entendido como derecho común (...) cuando existe una previsión indemnizatoria específica en la norma laboral no es factible acudir a las previsiones de la misma naturaleza del derecho común". Ciertamente, con esta doctrina se reafirma la doctrina del TS respecto

de la indemnización tasada por extinción unilateral del contrato de trabajo por incumplimiento empresarial, puesto que la misma agota todos los daños y perjuicios causados al trabajador, sin que el propio trabajador deba probar el alcance de los daños para su cuantificación, criterio que obligará, posiblemente, a reclamar la compensación de los daños primero y extinguir después o residenciar la reclamación en la generosidad del orden civil como ocurre con las indemnizaciones por accidentes de trabajo. No obstante, dejar constancia, con el voto particular a la STS de 11 de marzo de 2004, el distinto alcance que tiene la reparación de la indemnización tasada: la exclusiva compensación del daño producido por la pérdida del empleo por la conducta ilícita del empresario, y los daños psíquicos y morales deben ser objeto de reparación independiente.

2. RIESGOS PSICOSOCIALES

A) Delimitación de acoso laboral

La **STSJ Galicia de 27 de enero de 2005,** I.L. J 335, *enjuicia la conducta de un trabajador que, en síntesis, efectúa comentarios* de carácter sexista y sexual –impropios de su condición de jefe de tienda y por los que es sancionado por la empresa– y que, según la actora, son constitutivos de acoso provocándole un cuadro depresivo que le causa incapacidad temporal. La sentencia considera que para que se produzca el acoso laboral deben concurrir: intención de dañar, producción del daño y el carácter complejo, continuado, predeterminado y sistemático de la conducta encaminada a su fin. Además, no le basta al trabajador con acreditar posibles "arbitrariedades empresariales" en el ejercicio de su poder directivo, debe demostrar la intencionalidad del empresario o su conducta tolerante ante el acoso, así como los daños psíquicos sufridos, requisitos que no se dan en la conducta del trabajador codemandado. Se llega a la conclusión de que no existe acoso laboral porque, de un lado, "no ha habido ese comportamiento abusivo y sistemático contra su persona, su dignidad, ni su integridad física o psíquica" por parte del trabajador; de otro, tampoco se ha producido "una intención de dañar", pues los comentarios –"de pésimo gusto" e improcedentes, "zafios"– fueron hechos con ánimo de bromear, tal como eran percibidos por la generalidad del personal excepto por la trabajadora demandante. Por lo que se refiere al resultado lesivo, la resolución judicial reconoce la existencia de la incapacidad temporal de la trabajadora pero llega al convencimiento, ante la falta de prueba pericial o ratificación del informe médico emitido, de que no hay prueba clara de la existencia del daño moral o psíquico y que fuera causada por el trabajador. Por otra parte, el propio contenido de los comentarios hace que la sentencia enjuicie los hechos desde la perspectiva del acoso sexual como ilícito laboral, que requiere la concurrencia de dos elementos: "una manifestación de claro contenido sexual o libidinoso, ya sea de forma física o de palabra, directa o a través de insinuaciones que claramente persigan aquella finalidad" y, en segundo lugar, "la negativa clara, terminante e inmediata por parte de la mujer –o el varón– afectada –afectado– al mantenimiento de dicha situación a través de actos que pongan de relieve el rechazo total y absoluto a la actitud del empresario". También rechaza que se haya producido acoso sexual pues, a pesar de que el trabajador haya proferido

una expresión que tiene carácter ofensivo, para que aquél se produzca "por definición exige que sea continuado, predeterminado y sistemático".

Otro supuesto de acoso laboral es resuelto por la **STSJ de Castilla y León de 28 enero de 2005,** I.L. J 459. La trabajadora alega que ha sido objeto de una serie de manifestaciones y vejaciones por parte del empresario y está en situación de baja por síndrome de ansiedad. Para determinar si existen indicios de acoso laboral, el órgano judicial parte de los elementos integrantes que caracterizan esta conducta: "hostigamiento, persecución o violencia psicológica"; "carácter intenso de la violencia psicológica"; "prolongación en el tiempo" y la "finalidad (de) dañar psíquica o moralmente al trabajador, para marginarlo en su entorno laboral". Un quinto elemento: la exigencia o no de daños psíquicos, sobre el que existen discrepancias, le lleva al tribunal a considerar las dos perspectivas del acoso simple y del acoso moral: la exigencia del daño psíquico o del padecimiento o dolor moral intenso. La sentencia rechaza que haya habido acoso laboral pues "la conducta no del todo correcta" del empresario para dirigirse a los trabajadores o por la frecuente utilización de palabras malsonantes e inadecuadas, o expresiones que parecen contener ciertas amenazas manifestadas aisladamente, no puede identificarse con el hostigamiento. Tampoco constituyen violencia psicológica aquellas actuaciones, como no pagar media dieta –que puede suponer una vulneración de un derecho que puede ser objeto de reclamación–, o expresiones que afectan a la generalidad de los trabajadores. Por lo que se refiere al daño, la sentencia parece exigirlo y del análisis del historial médico concluye que las dolencias no guardan relación con el acoso laboral por ser de muy variada índole.

José Luis Goñi Sein
Margarita Apilluelo Martín
Manuel González Labrada
Elisa Sierra Hernáiz

Notas bibliográficas
(Libros y Revistas)

J. SÁNCHEZ RIBAS y F. FRANCO PANTOJA

Guía para orientación legal en inmigración

[Lex Nova, Valladolid, junio 2005, 436 páginas]

LEX NOVA

Esta Guía ha sido concebida como un apoyo en el quehacer diario de todas aquellas personas que trabajan con el colectivo de personas inmigrantes, que, por su propia naturaleza, requiere llevar a cabo procedimientos legales específicos y, a veces, complejos para asimilar sus derechos, básicamente en el trabajo, al resto de los españoles.

En el panorama actual existen manuales sobre extranjería que regulan detalladamente el *status* jurídico del extranjero en España pero, al proponer un estudio científico de la ley, no facilitan el trabajo de campo.

Por eso, la ventaja que supone esta obra es presentarse como una herramienta útil y eficaz para todos los profesionales que demandan un conocimiento sólido y adecuado de la materia porque se encuentran diariamente con los problemas a que se enfrentan los inmigrantes, pero sin entrar en debates jurisprudenciales y filosóficos sobre la ley.

La obra aquí presentada se ha elaborado sobre unos principios básicos como son la sencillez, la integridad del contenido, la practicidad, el didacticismo, la experimentación y actualización.

En el contenido, dividido en introducción, doce epígrafes temáticos y un anexo de documentación complementaria, se contemplan tanto los procedimientos administrativos y civiles más relevantes en materia de extranjería (visados, obtención y renovación de autorizaciones de residencia y trabajo, reagrupación familiar, nacionalidad española, contingentes, regularizaciones extraordinarias ...) como otras cuestiones de especial relevancia en el ámbito de la inmigración (Derecho de familia, derechos laborales, el trabajo en el servicio doméstico, asistencia sanitaria, arrendamientos urbanos, legalización de documentos extranjeros, homologación y convalidación de títulos extranjeros, permisos de conducción, etcétera).

El texto incluye las últimas reformas de la Ley y del Reglamento de Extranjería, además de explicar el recientemente finalizado proceso de normalización de trabajadores extranjeros, hace referencia al Código Civil, al Código Penal y al Contingente 2005.

En la parte final de la Guía encontramos un anexo de documentación complementaria que contiene un extenso número de formularios de solicitudes de residencia, reagrupación familiar, autorizaciones de trabajo, homologación de títulos extranjeros, etcétera, así como procedimientos de extranjería, modelos de escritos de solicitud de nacionalidad, escritos administrativos, o modelos aplicables al ámbito laboral o en materia de asilo, que contribuirán a facilitar enormemente la tarea de los profesionales en contacto con el Derecho de Extranjería.

Este trabajo, eminentemente práctico, se acompaña de un CD-ROM que contiene la legislación vigente y de

aplicación a la materia tratada y todo el contenido del anexo de documentación complementaria para que ésta pueda ser consultada y cumplimentada informáticamente por los usuarios de la Guía.

J. LLANEZA ÁLVAREZ

Ergonomía y psicosociología aplicada. Manual para la formación del especialista

[5.ª edición, Lex Nova, Valladolid, junio 2005, 540 páginas]

LEX NOVA

La presente monografía, que ya alcanza su quinta edición, surge con un doble objetivo: por un lado, unificar la Ergonomía y la Psicosociología aplicada en un solo tratado, puesto que hasta ahora se habían publicado separadamente manuales sobre Ergonomía y manuales de Psicosociología, y, por otro, proporcionar un conjunto continuo y congruente que pueda servir de herramienta a los interesados o profesionales en la materia.

El libro comienza con una introducción y definición de la Ergonomía, relacionándola con los diversos campos de aplicación, como la arquitectura, el transporte, el diseño de productos y la justicia (en lo que se refiere a los casos de accidente de trabajo), estableciendo, además, los métodos de análisis de las condiciones de trabajo.

En los capítulos siguientes, el ambiente físico es abordado con proyección no sólo sobre el propio trabajador sino también respecto al desempeño de la actividad profesional, analizándose aspectos como la Ergoacústica y los efectos del ruido, el ambiente climático o la iluminación. Asimismo, se incluye el análisis del lugar de trabajo y el equipo más corriente para el ergónomo, recogiendo los procedimientos de evaluación de los riesgos psicosociales, así como las acciones correctivas, rotación de puestos, ampliación, etc.

Por otra parte, se hace especial hincapié en los efectos de la carga física del trabajo (fatiga y esfuerzo muscular) y la relación de la Ergonomía con la Biomecánica, la Fisiología, el metabolismo de trabajo y los trastornos musculares. También estudia la carga mental y el estrés, con descripción de los tipos específicos, como el producido por el acoso psicológico en el trabajo, el síndrome del "quemado" o las diversas patologías de índole psicosocial como, por ejemplo, la adicción al trabajo, el acoso sexual o la violencia en el entorno laboral.

Junto con la explicación teórica de la materia, Javier LLANEZA incorpora cuestionarios de autoevaluación y numerosos ejemplos explicativos, gráficos y diseños que ayudan al lector a comprender mejor la materia, dando una serie de recomendaciones que, avaladas por su amplia experiencia profesional en la materia durante más de 15 años, permiten una mejor puesta en práctica y aplicabilidad de los contenidos estudiados.

Se trata de una edición profundamente mejorada, con un nuevo diseño editorial más didáctico, en el que se resaltan las principales ideas de la argumentación y donde se añaden resúmenes de cada tema a modo de recordatorio. Como consecuencia de lo anterior, se convierte en un instrumento básico tanto para aquellos que pretendan continuar su preparación técnica especializándose en esta disciplina, como para cualquier otro interesado en conocer el gran potencial que representa la óptima adecuación del trabajador en su respectiva actividad desde la perspectiva ambiental, física, organizativa y psicosocial.

Esta quinta edición es aun más didáctica ya que, aparte de los cuestionarios de autoevaluación, se incluye un CD-ROM con normativa y documentación complementaria que permite acceder a contenidos gratuitos *on line* sobre la materia.

M.A. MENÉNDEZ GONZÁLEZ

Manual para la formación de operadores de grúa-torre

[7.ª edición, Lex Nova, Valladolid, julio 2005, 330 páginas]

LEX NOVA

La séptima edición del presente manual, que surge tras la excelente acogida de las ediciones precedentes, da respuesta a la creciente demanda de formación referente a la actividad profesional de operador de grúa-torre, y su principal objetivo es contemplar todos los aspectos, tanto prácticos como teóricos, que la norma UNE 58-101-92 señala como de necesario conocimiento para obtener el carné habilitante para el ejercicio de dicha actividad ya que si bien no se exigirá hasta octubre de 2006, es obligatorio, a tenor de la normativa básica de prevención de riesgos laborales y seguridad y salud en el trabajo, poseer una formación específica para el manejo de la máquina.

MENÉNDEZ GONZÁLEZ se beneficia de la labor realizada por la Fundación Laboral de la Construcción del Principado de Asturias, que constituyó un importante equipo de profesionales y técnicos, y así, de forma práctica y sencilla, desgrana los aspectos más importantes de la norma mencionada a lo largo de diez unidades, cuyos contenidos han sido adecuados a los módulos formativos de la familia profesional de edificación y obras públicas: "Tareas previas a la producción con la grúa-torre", "Trabajos con la grúa-torre" y "Mantenimiento de grúas".

Este manual está especialmente pensado para profesionales de la construcción y obras públicas, inspectores laborales, abogados laboralistas y graduados sociales, entre otros. Cabe destacar, por otro lado, el marcado carácter pedagógico de la obra, pues al final de cada unidad contiene un cuestionario de autoevaluación que permite evaluar el nivel adquirido.

B. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO

Responsabilidad de los fabricantes en materia de prevención de riesgos laborales

[Lex Nova, Valladolid, julio 2005, 448 páginas]

LEX NOVA

La realidad socio-laboral pone de manifiesto que en el origen de un buen número de accidentes laborales se encuentra la defectuosa fabricación o un inadecuado diseño de los equipos de trabajo, así como la insuficiente información sobre los riesgos que su uso conlleva.

Sin embargo, hasta la introducción del artículo 41 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales no existía en el ordenamiento español una normativa específicamente laboral que implicara a los fabricantes en la prevención de riesgos en este ámbito únicamente se recogía alguna obligación aislada en las normas de seguridad industrial y del producto.

De la presente obra cabe destacar que se trata de la primera monografía realizada en España para analizar las obligaciones y responsabilidades del fabricante desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales.

Su autora sugiere que la obligación del fabricante no debe enmarcarse sólo en el ámbito de la estricta seguridad industrial, sino que debe considerarse al trabajador como usuario de sus productos, integrando sus imprudencias, excesos de confianza, repetición de actividades..., como un elemento más para determinar la seguridad de los productos.

Cualidad destacable de esta monografía es que se ha arrojado luz sobre la tarea del legislador

en lo relativo a la responsabilidad de los fabricantes importadores y suministradores por incumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad y salud laboral, ya que el texto de la ley deja abiertas muchas incógnitas a este respecto.

Esta nueva publicación se estructura en seis capítulos que desgranan los diferentes aspectos del tema que analiza: la relación entre la seguridad del producto y la seguridad laboral, las técnicas de regulación de la seguridad del producto, los sujetos obligados, las obligaciones de los fabricantes, la responsabilidad administrativa y las responsabilidades civiles de fabricantes, importadores y suministradores de productos de trabajo. Como cierre se ha incluido una relación con las sentencias citadas en la obra y la bibliografía empleada para su elaboración.

La cuestión tratada aquí llega a muchos sectores: Administraciones, órganos judiciales, Universidades, empresas, profesionales del Derecho, asesorías jurídicas..., por lo que esta publicación está llamada a convertirse en manual de cabecera de aquellos que deben tener un profundo conocimiento o han de prevenir y luchar contra los riesgos laborales derivados del uso de productos de trabajo.