

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 2004

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.

## Sumario:

### EDITORIAL:

- [5] **Las nuevas dimensiones de la denominada garantía de indemnidad**

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN  
JESÚS R. MERCADER UGUINA

### DOCTRINA:

- [13] **La modalidad procesal de reiteración fraudulenta de contratos temporales**

MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA

- [25] **La tutela de los derechos fundamentales y el acoso (moral) a la luz de la actual normativa**

JUAN MANUEL SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA

### CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### [253] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS



# Editorial

## LAS NUEVAS DIMENSIONES DE LA DENOMINADA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

El Tribunal Constitucional ha venido reconociendo como parte del derecho a la tutela judicial efectiva la denominada “garantía de indemnidad”. La primera sentencia que tuvo que pronunciarse sobre el asunto fue la STC 7/1993, de 18 de enero, si bien la que incorpora por vez primera dicha expresión es la de STC 14/1993, de 18 de enero. En síntesis, la “garantía de indemnidad” consiste en que “del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza”. “En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos”. En definitiva, **“del ejercicio de la acción judicial” no pueden derivarse “consecuencias negativas”**, toda vez que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) no se satisface sólo “mediante la actuación de Jueces y Tribunales, sino también a través de la (citada) garantía de indemnidad”. La misma doctrina se reitera en las SSTC 54/1995, de 24 de febrero; 140/1999, de 22 de julio; 168/1999, de 27 de septiembre; 191/1999, de 25 de octubre; 101/2000, de 10 de abril; 196, 197 y 199/2000, las tres de 24 de julio, y 198/2001, de 4 de octubre o, en fin, con ciertas particularidades, en la STC 5/2003, de 20 de enero.

La doctrina constitucional de la garantía de indemnidad se ha construido en supuestos de despido, alegando los trabajadores afectados precisamente, como se ha anticipado, que habían sido despedidos como consecuencia, o por represalia, del previo ejercicio de acciones judiciales; de ahí que se habla también de “retorsión”. Tratándose de despidos lesivos de un derecho fundamental (en este caso, del derecho proclamado en el art. 24.1 CE), no es extraño que el TC se apoyara en su previa jurisprudencia sobre despidos lesivos de derechos fundamentales que tiene su origen, como bien se sabe, en la muy anterior –y cardinal– STC 38/1981, y que, en lo que ahora interesa resaltar, nace para descartar en estos casos la improcedencia y optar necesariamente por la nulidad (radical) del despido y la obligada readmisión del trabajador.

Es verdad que la doctrina constitucional sobre la garantía de indemnidad invoca la previa jurisprudencia del TC sobre despidos lesivos de derechos fundamentales también en su capital vertiente de las reglas de distribución de la carga probatoria. Como se sabe, sin descender a detalles aquí innecesarios, si el trabajador aporta un principio de prueba (si

se quiere, indicios) de que el despido es lesivo de un derecho fundamental, recae sobre el empresario la carga de probar que el despido está por completo desconectado y no tiene nada que ver con el ejercicio de un derecho fundamental, debiendo alcanzar resultado probatorio en el sentido de que el despido se habría producido verosímilmente en todo caso, esto es, aunque el trabajador no hubiera ejercido un derecho fundamental, por existir razones “empresariales” serias y suficientes que explican el despido.

Ahora bien, en los despidos por “retorsión” o como consecuencia del ejercicio de acciones judiciales examinadas por el TC, el despido solía reconocer sin ambages que se producía por el previo ejercicio de acciones judiciales, lo que, naturalmente, no ha sido el caso, como hacen notar las SSTC 196, 197 y 199/2000, en los supuestos sobre los que desde 1981 se ha erigido la doctrina constitucional sobre despidos lesivos de derechos fundamentales distintos al proclamado en el art. 24.1 CE. En los **despidos por retorsión** conocidos por el TC, la “ocultación” o no exteriorización del previo ejercicio de acciones judiciales sólo ha tenido lugar, en puridad, en la STC 101/2000. Y, verdaderamente, puede resultar llamativo que en todos lo demás supuestos –con matices que se verán en su momento en las SSTC 196, 197 y 199/2000– las comunicaciones de la extinción de la relación contractual invocaran directa y abiertamente el previo ejercicio de acciones judiciales por los despedidos, lo que sólo se explica por lo que seguidamente se dice sobre la discusión entre las partes acerca de la auténtica naturaleza de aquella relación contractual.

Una segunda característica común a la mayoría de las sentencias constitucionales sobre la garantía de indemnidad radica en que el previo ejercicio de acciones judiciales por los afectados consistió en que éstos reclamaron el **reconocimiento y la declaración judicial de la laboralidad de la relación**, lo que motivó directamente, según alegaban los afectados, su despido. Esta segunda característica común contribuye decisivamente a explicar el hecho de que las cartas de comunicación de la extinción de la relación contractual no ocultaran que las respectivas extinciones eran consecuencia de las reclamaciones judiciales o prejudiciales que reclamaban y buscaban la declaración de laboralidad de la relación.

Los Tribunales laborales acabaron considerando empleadores y partes de una relación laboral que no se tenían por tales, sino por partes de una relación civil y mercantil. Cuando la contraparte rechaza esta última naturaleza y defiende la laboralidad de la relación, la otra parte procede a resolver la relación contractual, imputando a la primera no haberse acomodado o atendido a los términos contractuales en su momento suscritos y, por ello mismo y en ocasiones, transgresión de la buena fe contractual, olvidando o no teniendo en cuenta quizás la indisponibilidad de los derechos de los trabajadores, el art. 8.1 ET y, especialmente, que las relaciones jurídicas son las que (material y realmente) son y no las que las partes dicen (*nomen iuris*) que son.

Ocurre que, como en efecto se acaba declarando la laboralidad de la relación, la extinción unilateral acaba a su vez siendo un despido potencialmente lesivo de derechos fundamentales (el derecho a la tutela judicial efectiva). Y, en no pocas ocasiones, el

esfuerzo probatorio empresarial se había quedado en la defensa de la incompetencia del orden social, sin advertir que, de declararse competente el Tribunal laboral, había que destruir el indicio de lesión de derecho fundamental, lo que ciertamente no es fácil si en la propia comunicación extintiva se menciona y reprocha el previo ejercicio de acciones judiciales.

Sin embargo, si bien con el precedente de la STC 7/1993, las más recientes SSTC 196, 197 y 199/2000 se enfrentan con supuestos en los que el ejercicio de previas acciones judiciales iba encaminado a determinar quién era el verdadero empresario de los trabajadores. Ahora bien, tampoco se ocultó en estos casos que los despidos se debían a las resoluciones judiciales recaídas.

Un tercer rasgo que conviene subrayar es que la jurisprudencia constitucional ha establecido expresa e inequívocamente que la garantía de indemnidad incluye no sólo el estricto ejercicio de acciones judiciales, sino que asimismo **se proyecta**, y de forma necesaria, **sobre los actos preparatorios o previos** (conciliación, reclamación previa, etc.). De otra forma —se dice con acierto— “quien pretenda impedir o dificultar el ejercicio de la reclamación en vía judicial, tendrá el camino abierto, pues para reaccionar frente a ese ejercicio legítimo de su derecho a la acción judicial por parte del trabajador le bastaría con actuar, ..., en el momento previo al inicio de la vía judicial” (STC 14/1993).

Un cuarto rasgo que se quiere mencionar de la jurisprudencia constitucional sobre la garantía de indemnidad es su invocación —además, obviamente, del art. 24.1 CE— **del art. 5.c) del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y del art. 4.2.g) del Estatuto de los Trabajadores (ET)**. Ambas son menciones y apoyaturas necesarias y afortunadas; no está de más recordar, respecto al Convenio de la OIT, el art. 10.2 CE. El art. 4.2.g) ET menciona expresamente como derecho de los trabajadores el “ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo”. Por su parte, el art. 5.c) del Convenio núm. 158 de la OIT excluye de las causas válidas de la extinción del contrato de trabajo “el haber planteado una queja o haber participado en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes”.

Un último rasgo que se quiere mencionar es la **dificultad** de la que hicieron gala en no pocas ocasiones las sentencias judiciales recurridas en amparo ante el TC a la hora de comprender el **alcance del derecho a la tutela judicial efectiva** y el propio sentido y alcance de la previa jurisprudencia constitucional. En este sentido, resultan desde luego llamativos algunos de los argumentos empleados utilizados por aquellas sentencias para excluir la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, entendiendo estrechamente que dicho derecho se ciñe al derecho a acceder a la jurisdicción y a contar con las correspondientes garantías procesales. También es sorprendente que, a pesar de la mencionada jurisprudencia constitucional uniforme y muy reiterada sobre la correcta distribución de la carga de la prueba, existan todavía sentencias de los Tribunales laborales que hagan recaer la prueba de la lesión del derecho fundamental sobre el trabajador; así ocurre, significadamente, en el supuesto resuelto por la STC 140/1999.

Pero, al fin y al cabo, la tarea de corregir la ausencia o insuficiente tutela de los derechos fundamentales por parte de los Tribunales ordinarios es la tarea prototípica que el TC realiza a través del recurso de amparo. Y haciendo esta labor, el TC zanja problemas, en principio de una vez por todas, porque los órganos judiciales han de acomodarse desde ese momento a la doctrina constitucional sentada, sin entrar ahora en si en la práctica ello es siempre así.

Como es sabido, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, ha venido a dar rango legal a la “garantía de indemnidad” al modificar el art. 17.1 ET. De este modo, se señala que “serán igualmente nulas las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”.

Un novedoso caso de aplicación de la garantía de indemnidad en el ámbito laboral se encuentra en la **STC 55/2004, de 19 de abril**, en la que se efectúa una interpretación que amplía notablemente el alcance y la extensión de la referida garantía. El supuesto de hecho que sirve de base al pronunciamiento constitucional es el siguiente: el trabajador demandante de amparo había mostrado sus quejas a la empresa con motivo del uso que daba a una patente que consideraba una invención suya no reconocida y apropiada indebidamente por aquélla. Tras algunas reclamaciones verbales sobre su titularidad, en una determinada fecha envía, a través de su abogado y por conducto notarial, una carta a la Dirección de la empresa en la que, tras diversas manifestaciones, se advertía que de no llegar a un acuerdo en breve, acudiría a los tribunales. Un mes más tarde recibe carta de despido porque en la carta enviada por su Letrado “siguiendo sus instrucciones” se contenían una serie de imputaciones y descalificaciones de la empresa (haberse apropiado de la titularidad de una patente de invención que no le correspondía a la misma, haberle separado del cargo que tenía sin justificación alguna, mantenerle en una situación laboral ‘lamentable’) y de algunos empleados de la compañía (hacerse pasar por inventor de la referida patente sin tener conocimientos sobre las materias desarrolladas en la misma, mostrar su desconocimiento de la invención) que se entienden constitutivos de una falta muy grave de ofensas verbales tipificada en el apartado c) del art. 54 del Estatuto de los Trabajadores así como de transgresión de la buena fe contractual, tipificada en el apartado d) del mismo precepto.

El trabajador interpuso demanda de despido, denunciando en su escrito que la verdadera causa de la decisión empresarial era, precisamente, “el ejercicio de las acciones a las que se refiere la comunicación del letrado”. La Sentencia del Juzgado de lo Social declaró el despido improcedente, por no ser los hechos merecedores de la sanción máxima impuesta dentro de la graduación prevista en el convenio colectivo aplicable. La sentencia recoge el contenido íntegro de la carta enviada por el letrado a la empresa y centra el objeto del litigio en determinar si la carta que el actor dirige a la empresa contiene realmente expresiones que, excediendo del derecho de defensa o de la exigencia de una pretendida titularidad de la patente, atentaron y contribuyeron a menoscabar el prestigio profesional

de empleados o personas vinculadas a la empresa. Razona, en primer lugar, que la carta vinculaba al recurrente, pese a ser remitida por el bufete de Abogados, porque se trataba de un contrato de mandato y porque en ningún momento el demandante se dirigió a la empresa para desautorizar aquel documento. A continuación, tras transcribir algunas de las expresiones extraídas de la carta del actor y recogidas en la de despido, señala que “pueden considerarse no afortunadas, carentes de rigor, e inapropiadas en un directivo de la empresa (o su letrado) y como tal debe cuidar sus críticas y manifestaciones escritas, que en algún supuesto pueden herir susceptibilidades, ahora bien no toda crítica u opinión sobre la capacidad o pericia profesional de una persona (...) puede considerarse automáticamente como una ofensa o atentado al honor o prestigio profesional (...) en este caso, tanto del contexto en que la carta tiene lugar y el restrictivo ámbito al que va dirigida e inexistencia de intencionalidad ofensiva no constituye una intromisión ilegítima en el derecho al honor profesional, constituyendo una libre crítica a la labor profesional de otros, sobre los que considera tener más preparación y a los que no reconoce suficientemente experimentados en una rama concreta (el invento en cuestión); es decir, la forma, características y naturaleza de la opinión del actor, que no tuvo además divulgación, está dentro de lo que puede considerarse normal dada la tensión existente entre el trabajador y la empresa sobre aquella cuestión en discordia, pero no es atentatoria al prestigio del trabajo de las personas que menciona, al punto de atentar o tener influencia decisiva alguna en su situación laboral, económica y social, prestigio que ciertamente está dentro del núcleo protegido constitucionalmente del derecho al honor”. De manera que, prosigue el razonamiento, no pueden considerarse los hechos imputados como faltas muy graves de ofensas verbales (que serían escritas), ni a la empresa ni a los empleados, ni tampoco como trasgresión de la buena fe contractual, sino la expresión de una pretensión de solucionar el conflicto mediante una razonable compensación, como decía la carta remitida a la empresa.

Interpuestos recursos de suplicación por ambas partes, la STSJ Andalucía/Sevilla, de 13 de febrero de 1998, confirmaba la resolución recurrida. La Sala de lo Social rechaza en su Sentencia que esté en juego el art. 24.1 CE, pues la carta suscrita por el Letrado como medio de reivindicación de los propios derechos no supone el ejercicio de una acción judicial, sin que pueda entablarse una vinculación con el derecho consagrado en aquel precepto por la sola razón de haberse intentado una solución extrajudicial por cuanto el intento compositivo, a su juicio, revela por sí mismo el propósito de no emplear de forma inmediata las vías procesales para la protección de los derechos o intereses defendidos. Rechaza igualmente que pueda relacionarse el escrito emitido con el derecho de defensa o asistencia letrada, pues éste sólo se prevé constitucionalmente para actuaciones policiales o procesales penales (arts. 17 y 25 CE). Circunscrito el problema a comprobar si las expresiones emitidas excedieron de lo permitido por el art. 20 CE, la Sala entiende que el actor es responsable de la carta, “al haberla ratificado y no rectificar o desmentir que responda a sus propias expresiones y relato de hechos”, siendo su contenido “fundamentalmente valorativo... predominaron las expresiones de opinión que pueden considerarse desafortunadas, no rigurosas e inapropiadas, por ser críticas con la capacidad profesional de otros, siendo reflejo de la situación de tensión crítica entre actor y empresa, dirigiéndose la carta sólo a la empresa que bien pudo evitar divulgarla y, con ello, aumentar el eventual daño para otras de la publicidad. Su tenor y circunstancias se revelan como una

crítica, excesiva e innecesaria, a la labor profesional de otros, para reivindicar una mayor estimación propia, de forma que alcanza el grado de vejación u ofensa, objetivamente, pero de escasa entidad. Por ello, la conducta del actor excede de los límites de los derechos constitucionales invocados y la empresa pudo razonablemente entenderla como causa disciplinaria, actuando sin propósito atentatorio de derecho fundamental”. Ahora bien —concluye su razonamiento—, si es cierto que la conducta del actor no puede ampararse en derecho fundamental alguno y la decisión empresarial acertadamente la consideró como ofensa, sin embargo, no presentaba suficiente gravedad para constituir la causa del art. 54.2.c) ET, razón por la que acuerda ratificar la improcedencia del despido declarada en instancia.

El TC recuerda en el referido pronunciamiento la doctrina constitucional relativa a la garantía de indemnidad derivada del art. 24 CE y señala que en relación con la posibilidad de que una decisión empresarial de despido sea lesiva del art. 24.1 CE, ha venido declarando desde su STC 7/1993, de 18 de enero, que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado también cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario, subrayando que éstos no pueden permanecer al margen del derecho fundamental de tutela judicial, ya que, de otro modo, se dificultaría la plena efectividad del derecho, resultando sencillo para quien persiga impedir u obstaculizar su ejercicio poner en práctica medidas represivas justo en el momento anterior al planteamiento de la acción.

En el caso concreto, reconoce la Sala Primera que no se está ante uno de los actos preparatorios o previos “necesarios” para el acceso a la jurisdicción a los que la jurisprudencia de este Tribunal ha extendido hasta ahora la protección dispensada por la garantía de indemnidad. Pero declara que “no es posible, sin embargo, dejar de valorar, en este contexto, los beneficios que se derivan de la evitación de los procesos (SSTC 217/1991, de 4 de noviembre, FJ 5; 12/2003, de 28 de enero, FJ 5), como algo útil o deseable, que es la finalidad pretendida por reclamaciones extrajudiciales previas como la formulada por el Abogado del demandante de amparo. El objetivo de evitar un proceso permite extender la garantía de la indemnidad a esa actividad previa no imperativa, pero conveniente y aconsejable, cuando del contexto, que se integra por los actos anteriores, coetáneos y posteriores, se deduzca sin dificultad que aquélla está directamente encaminada al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Así sucedió, en efecto, en el caso que el recurrente en amparo plantea ante este Tribunal: la Sentencia del Juzgado de lo Social declaró como hechos probados que el demandante de amparo había formulado verbalmente a la empresa en ocasiones anteriores la reclamación sobre la titularidad que creía tener en la patente, y que en la carta dirigida por el Abogado a la empresa se hacía constar que la finalidad de la misma era resolver el “conflicto de manera

## Editorial

amistosa, intentando llegar a una negociación razonable” para evitar el proceso; y consta, asimismo, en las actuaciones remitidas a este Tribunal que se ejercitó posteriormente la correspondiente acción judicial para reclamar en la jurisdicción competente los derechos sobre la patente”.

Interpretación, claramente favorable y, en todo caso, extensiva del alcance de la garantía de indemnidad es la efectuada por el TC en el pronunciamiento analizado en el presente editorial.

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

JESÚS R. MERCADER UGUINA



# La modalidad procesal de reiteración fraudulenta de contratos temporales

**MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA**

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de La Laguna

## Sumario:

1. El origen de la modalidad procesal: de una pretensión plural a un pleito de Seguridad Social.
2. El objeto concreto de la pretensión: la reclamación al empresario incumplidor.
3. Las actuaciones de la Entidad Gestora del desempleo: el expediente administrativo.
4. Legitimación activa y pasiva y requisitos de la demanda.
5. La actividad procesal: emplazamiento y actuaciones. El juicio oral y la prueba.
6. La estructura de la sentencia: consecuencias.

### 1. EL ORIGEN DE LA MODALIDAD PROCESAL: DE UNA PRETENSIÓN PLURAL A UN PLEITO DE SEGURIDAD SOCIAL

El artículo 145 bis LPL (redacción de la Ley 45/2002) introduce una modalidad procesal nueva dentro de la genérica sobre Seguridad Social cuyo proceso especial se dividía, hasta entonces, en dos grandes grupos: pretensiones contra las entidades gestoras y demandas de las entidades gestoras para revisar sus actos declarativos de derechos. El nuevo artículo 145 bis LPL configura una especie nueva: demandas de la Entidad Gestora del desempleo contra la empresa que, con referencia a un determinado beneficiario, haya reiterado contratos temporales, con consecuencias (al margen de las sancionadoras) que afecten a la propia administración de la prestación por desempleo.

Esta nueva modalidad procesal tiene corta vida, pero historia sobrada. Arranca de la Disposición Adicional Tercera del RD-Ley 5/2002, que tanta contestación social puso en

marcha (huelga general del 20 de junio de 2002), y termina en el proceso de revisión, y marcha atrás, del citado RD-Ley por la Ley 45/2002 (BOE del 13 de diciembre). En la primera redacción se mezclaban hasta cuatro pretensiones procedentes de la acción procesal que pusiera en marcha la Entidad Gestora ante el supuesto de hecho de “reiteración de contratos temporales entre una misma empresa y un mismo trabajador” de carácter “abusivo o fraudulento”. En efecto la Entidad Gestora pediría en su demanda:

- a) La declaración de abusiva y fraudulenta de la contratación temporal;
- b) La declaración del contrato como indefinido;
- c) La readmisión del trabajador;
- d) La consideración de que las cantidades percibidas en su concepto de desempleo se consideraran prestaciones indebidas por causa no imputable al trabajador<sup>1</sup>.

La derogada y nunca aplicada Disposición Adicional Tercera del RD-L 5/2002 ha de entenderse en el contexto de una reacción legislativa ante determinada línea jurisdiccional, aunque el texto quizás sobrepasó el propio objetivo marcado. En efecto, con claridad, desde la STS de 7 de mayo de 1994 (Ar. 4006)<sup>2</sup> se establece el principio jurisprudencial consolidado de que el trabajador beneficiario de la prestación por desempleo no tiene la previa obligación de demandar por despido para así “indagar las equivocaciones de la empresa sobre la modalidad o corrección jurídica de la extinción de los contratos que haya podido utilizar la empleadora” (STS de 24 de julio de 2001, Ar. 7926). Al trabajador sólo compete acreditar el hecho cierto de la extinción del contrato temporal por la voluntad del empresario con fundamento en las causas válidamente establecidas en el contrato. En suma, “debe entenderse que cuando el vínculo mantiene una apariencia de temporalidad y se produce la extinción por causas previstas en el contrato no cabe imponer al trabajador la exigencia inexcusable de que demande por despido para que nazca el derecho a la prestación por desempleo pues eso supondría atribuirle una carga que no viene establecida en la Ley” (STS de 6 de marzo de 2001, Ar. 2835).

La Disposición Adicional Tercera del RD-Ley 5/2002 estableció no un procedimiento judicial para anular las propias resoluciones de la Entidad Gestora sino una modalidad procesal a la búsqueda de una Sentencia que estableciera el carácter indefinido del contrato, la readmisión del trabajador y la recuperación de las prestaciones indebidamente

(1) Como podrá observarse, ante tan notable abanico de pretensiones estaba servida la discusión de qué tipo de proceso laboral se trataba (cuestión de enorme trascendencia en la aplicación de la norma): del ordinario, de alguna modalidad procesal ya conocida (de oficio, de Seguridad Social, de despido) o de una nueva creación, extramuros de la LPL. Vid. una primera exposición en MARTÍNEZ GIRÓN, J., “Reiteración de la contratación temporal, fomento de la contratación indefinida y fomento de la movilidad geográfica” en *Actualidad Laboral*, 2002, núm. 33, págs. 690 a 693.

(2) Esto es una línea jurisprudencial ya iniciada por la STS de 2 de abril de 1984, Ar. 2021, en interés de la Ley, como recuerdan acertadamente ALBIOL, I. y BLASCO, A. en *Desempleo y despido en la reforma laboral del Real Decreto-Ley 5/2002*, Tirant lo blanch (“Colección Laboral” núm. 136), 2002, pág. 86.

## La modalidad procesal de reiteración fraudulenta de contratos temporales

entregadas. Demasidas cosas al mismo tiempo, enormes problemas procesales (desde la naturaleza de proceso ordinario o modalidad procesal o el plazo para ejercitar la acción, hasta las situaciones de litisconsorcio y la ejecución de la propia sentencia) y, en verdad, como resultado que interese a la Entidad Gestora, la recuperación de prestaciones indebidas. ¿O se trató de montar un sistema adicional de garantía de los trabajadores ante situaciones de contratación fraudulenta? ¿Fue quizás el comienzo de un conjunto de cautelas ante una contratación temporal fraudulenta en grandes proporciones? En cualquier caso, quedó inédito y, por si fuera poca su desventura, incluso hoy resulta inútil para entender la modalidad procesal regulada por la Ley 45/2002 que le fue quitando ropajes a su precedente hasta dejarlo en una fórmula procesal no para reclamar prestaciones indebidas (desde la perspectiva del beneficiario) sino para reclamar del empresario (incumplidor) lo que hubiera desembolsado la Entidad Gestora del desempleo como prestación al trabajador, sujeto de la reiteración de contratos.

El nuevo artículo 145 bis LPL regula una modalidad procesal de Seguridad Social y ello, claro está, no sólo por estar incluida en el Título II (modalidades procesales), capítulo VI (de la Seguridad Social) de la LPL. Sino porque es un pleito de Seguridad Social que versa sobre la actividad prestacional de ésta y constituye un camino seguro para recuperar por la Entidad Gestora prestaciones objetivamente indebidas.

En efecto, el INEM (en adelante, Servicio Público de Empleo Estatal, Ley 56/2003, Disposición Adicional Primera) ante conductas incumplidoras o fraudulentas del beneficiario de las prestaciones por desempleo (el trabajador) tiene la vía normal del artículo 145 LPL para revisar sus actos declarativos de derechos en perjuicio de los beneficiarios o, por mandato legal según interpretación judicial, la vía, específica y única para el desempleo, de resolver en vía administrativa la exigencia de devolución de prestaciones ante el beneficiario fraudulento (art. 22 de la Ley 31/1986 y arts. 226 y 227 LGSS y, por todas, SSTs de 5 de julio de 2002, Ar. 9206 y 21 de enero de 2004, Ar. 1583).

Sin embargo, cuando la prestación es en puridad indebida porque ha sido fraudulento el encadenamiento de contratos temporales, por razón a la línea jurisprudencial citada que exime al trabajador de comprobar su situación contractual, el Servicio Público de Empleo Estatal, no obstante, abonará al trabajador las prestaciones por desempleo, pero las reclamará

**CUANDO LA PRESTACIÓN  
ES INDEBIDA PORQUE  
HA SIDO FRAUDULENTO  
EL ENCADENAMIENTO DE  
CONTRATOS TEMPORALES,  
EL SERVICIO PÚBLICO  
DE EMPLEO ESTATAL  
ABONARÁ AL TRABAJADOR  
LAS PRESTACIONES  
POR DESEMPLEO,  
PERO LAS RECLAMARÁ  
AL EMPRESARIO  
INCUMPLIDOR**

del empresario incumplidor. Hay, pues, una modalidad de conducta fraudulenta (el encadenamiento de contratos) que no pone en marcha el mecanismo de solicitar el reintegro de las prestaciones indebidas, porque se presume que el trabajador ha sido ajeno a la conducta fraudulenta, sino una modalidad procesal que, dirigiéndose contra el empresario, lo hará responsable del pago de unas prestaciones que ha pagado la Entidad Gestora porque le son debidas al trabajador, incluso con efecto automático (paga la Entidad Gestora y luego reclama del empresario incumplidor).

Por último, es preciso constatar la ambigüedad de la que el legislador ha dotado a la expresión “Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo”. En efecto, como es sabido el INEM nunca fue exactamente una “Entidad Gestora” (ni colaboradora, ni servicio común de la Seguridad Social), fue un organismo autónomo administrativo, adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, al que se le transfirió las funciones que ejerció el antiguo Instituto Nacional de Previsión en materia de desempleo. Y, hoy, transferidas las funciones del INEM al Servicio Público Estatal de Empleo, se confirma éste también como un órgano autónomo, con personalidad jurídica independiente, plena capacidad de obrar y patrimonio propio (arts. 10 y 11 Ley 56/2003) que se subroga en la posición jurídica del antiguo INEM (no obstante, el art. 226 LGSS, denomina al INEM, Entidad Gestora; denominación en la que también se subroga el Servicio Público de Empleo Estatal).

Ahora bien, la protección económica frente al desempleo es, efectivamente, competencia del Servicio Público Estatal de Empleo, pero se garantiza la coordinación de aquella protección con las políticas de intermediación e inserción laboral, por tanto con los Servicios de Empleo de las Comunidades Autónomas. En suma, la expresión “Entidad gestora de las prestaciones por desempleo” tiene el valor tanto de incluir hoy al Servicio Público Estatal de Empleo, como mañana a otra Entidad de la Seguridad Social (recuérdese cómo en 1992 la Ley de Presupuestos para 1993, Ley 39/1992, Disposición Adicional Decimoctava, encargó la gestión de las prestaciones económicas por desempleo al INSS, lo que, por falta de regulación reglamentaria, no se cumplió) Por otra parte, al ser competencia exclusiva del Estado “el régimen económico de la Seguridad Social” (art. 149.1.17 CE) no parece constitucionalmente posible que la gestión, reconocimiento, pago, suspensión y extinción de las prestaciones por desempleo sean transferidos a las Comunidades Autónomas (STC 124/1989).

## **2. EL OBJETO CONCRETO DE LA PRETENSIÓN: LA RECLAMACIÓN AL EMPRESARIO INCUMPLIDOR**

El artículo 145 bis LPL legitima como Entidad Gestora de la prestación por desempleo al Servicio Público de Empleo Estatal para que interponga demanda con el concreto objeto de reclamar de un empresario incumplidor el equivalente económico de las prestaciones otorgadas a un determinado trabajador.

## La modalidad procesal de reiteración fraudulenta de contratos temporales

El objeto procesal regulado en el artículo 145 bis LPL no guarda, por tanto, relación con la percepción indebida de prestaciones por parte del trabajador ni exige de éste el ejercicio de la correspondiente acción para obtener la declaración judicial de la naturaleza indefinida y, por tanto, de despido improcedente, de su contrato de trabajo. En efecto, el propio artículo 145 bis.1 LPL establece que el ejercicio de la pretensión contenida en el precepto “no conllevará la revisión de las resoluciones que hubieran reconocido el derecho a las prestaciones por desempleo (...) que se considerarán debidas al trabajador”. Ante esta realidad, son, de este modo, dos las posibilidades de actuación de la “Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo”:

A) La Entidad Gestora puede exigir la devolución de las prestaciones indebidamente percibidas por los trabajadores y el reintegro de las prestaciones de cuyo pago sea directamente responsable el empresario (art. 227.1 LGSS y, pagos delegados, en supuestos de desempleo parcial, art. 26.1 y 3 RD 625/1985). Esta vía, la declaración administrativa de extinción del derecho a las indebidas prestaciones por desempleo, autorizada por el citado artículo 227 LGSS, es una excepción a la regla establecida en el artículo 145.1 LPL (no podrán las entidades gestoras revisar por sí mismas sus actos declarativos de derecho en perjuicio de los beneficiarios<sup>3</sup>), ya consolidada jurisprudencialmente (por todas, SSTs de 21 de marzo de 2001, y 21 de enero de 2004, Ar. 3398 y 1583).

B) La Entidad Gestora no se dirige administrativamente contra el beneficiario (trabajador) de las prestaciones por desempleo sino que considera objeto de una peculiar pretensión procesal la reiteración fraudulenta de contratos y se dirige entonces (demanda) al empresario responsable de tal conducta reiterativa, manteniendo incólume la posición jurídica del trabajador beneficiario.

En la segunda posibilidad descrita, la causa de pedir está constituida por los hechos que configuran un determinado incumplimiento del empresario. Los elementos que rodean la conducta del empresario son, de este modo, los siguientes:

**1º) Contratación temporal reiterada en los últimos cuatro años:** este hecho se contrae al espacio temporal en el que han de contarse los cuatro años que arranca de la solicitud de las prestaciones por desempleo del trabajador al finalizar el último de los contratos temporales suscritos. Dos son las cuestiones que, al menos, suscitan este primer hecho: la reiteración como elemento constitutivo y el plazo de los cuatro años. El encadenamiento de contratos será un elemento de los hechos en que se funde la demanda. Pero no sólo sucesivos contratos temporales (al menos más de uno) en los cuatro años anteriores sino que ese encadenamiento hubiera dado lugar (al menos una vez) a prestaciones por desempleo. De este modo los hechos básicos son: reiteración del contratos temporales, prestaciones por desempleo habidas en el encadenamiento y todo ello en el período de cuatro años desde la última solicitud.

(3) Vid. mi trabajo “El artículo 144 de la Ley de Procedimiento laboral: un nuevo proceso de lesividad”, RL, 1990, núm. 20.

Queda así despejada una línea elemental de interpretación: ¿la reiteración es una exigencia o es posible la demanda ante un solo contrato de trabajo incumplidor o fraudulento? No entra en el supuesto de esta modalidad el caso de un contrato de aparente naturaleza temporal que por incumplimientos en la causa de la temporalidad, en los plazos máximos autorizados o en el período de referencia se haya convertido en un contrato indefinido y, de este modo, su extinción en un despido y, para la Entidad Gestora del desempleo, “en una situación legal de desempleo” [art. 208.c), LGSS]. Esta circunstancia no da lugar (a pesar de fundarse en un incumplimiento empresarial) a responsabilidades del empresario por contratación temporal irregular. La causa de pedir ha de fundarse concurrentemente en la reiteración de contratos temporales que ha dado lugar a prestaciones y que ha acaecido en los últimos cuatro años.

**2º) Contratación temporal reiterada en los últimos cuatro años y de naturaleza fraudulenta o abusiva:** la reiteración puede ser una situación normal en el esquema contractual de una empresa. La reiteración en sí misma no es fuente de responsabilidades. Lo es su carácter fraudulento o abusivo. De este modo, que sea fraudulenta o abusiva la contratación es el centro mismo de la causa de pedir procesal.

El artículo 15.3 LET establece que la vulneración de determinados elementos de los contratos temporales supone incurrir en fraude de ley cuya sanción es la conversión en indefinido del contrato temporal de referencia. La posición abusiva, fraudulenta, se refiere al recurso empresarial a la contratación temporal, ya para tareas que son normales y permanentes de la empresa, ya incumpliendo los plazos de contratación y renovando en cadena el contrato temporal de trabajo (STS de 31 de marzo de 2000, Ar. 5138) o, finalmente, celebrando contratos temporales con trabajadores que han adquirido la condición de indefinidos (STS de 13 de octubre de 1999, Ar. 7493). De este modo, un contrato temporal inválido por falta de causa de temporalidad o infracción de límites establecidos en su propia regulación (legal o convencional), constituye una relación laboral indefinida (es inexcusable la concurrencia de la causa objetiva de cada modalidad temporal, STS de 21 de febrero de 1997, Ar. 1572). No se pierde la condición de indefinida ni aun con la novación aparente de nuevos contratos temporales pues todo ello es una sola relación laboral que no se rompe por cortas interrupciones que “buscan aparentar el nacimiento de una nueva” (STS de 20 de febrero de 1997, Ar. 1457), salvo que los anteriores ceses hayan sido consentidos por el trabajador (STS de 23 de mayo de 1994, Ar. 5361 y matizadamente, por la STS de 6 de julio de 1998, Ar. 7010).

El análisis de una cadena de contrato, sostiene hasta hoy la jurisprudencia, ha de determinar la validez del último y de los precedentes salvo que la continuidad se haya roto por un cese de la actividad superior al plazo de caducidad para plantear la acción por despido (veinte días hábiles, SSTs de 17 de noviembre de 1997 y 18 de septiembre de 2001, Ar. 8425 y 8446). Debe, finalmente, interpretarse el marco legislativo, y en el la nueva modalidad procesal, como la construcción legal necesaria para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de duración determinada.

## La modalidad procesal de reiteración fraudulenta de contratos temporales

El fraude no es en sí mismo el encadenamiento de contratos temporales sino la vulneración de normas imperativas sobre causa, duración y período de referencia de los contratos temporales que, en este caso, al tiempo que han precarizado el empleo del trabajador afectado (STS de 21 de septiembre de 1993, Ar. 6892) han logrado la obtención de prestaciones por desempleo que no debieron producirse pues el contrato era (por incumplimiento del empresario) de naturaleza indefinida (y, de este modo, sólo una vez debió dar lugar a la prestación por desempleo). Habrá, pues, que revisar la anterior jurisprudencia y se podrá analizar el carácter de cada uno de los contratos fundando la demanda en la conducta fraudulenta si ésta ha sucedido en algún eslabón de la cadena en los cuatro últimos años.

El fraude, que no puede presumirse, no es la mera sucesión de dos o más contratos de trabajo, aunque fuera uno indefinido y el siguiente temporal; el fraude nace de indicios suficientes que han de extraerse de los hechos probados. La sucesión de contratos, la mera sucesión sin matices ni circunstancias concurrentes no es fraudulenta (STS de 6 febrero de 2003, Ar. 3086).

### 3. LAS ACTUACIONES DE LA ENTIDAD GESTORA DEL DESEMPLEO: EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

Sin duda, el Servicio Público de Empleo Estatal deberá instruir un expediente administrativo en el que no sólo consten los contratos encadenados sino igualmente las prestaciones de desempleo otorgadas. Y al tiempo, instruir y practicar pruebas que acrediten la posición fraudulenta del empresario. De tal suerte que queden probados: los contratos encadenados, las prestaciones de desempleo (ambos referidos al mismo trabajador) y la conducta fraudulenta del empresario<sup>4</sup>, que, como es bien sabido, no puede presumirse.

Por otra parte, es posible afirmar que existe un principio general de congruencia entre el expediente administrativo tramitado y el proceso judicial. Sin embargo, ha de considerarse al propio expediente como un todo que no precisa ser transcrito íntegramente en la demanda (STS de 24 de julio de 1996, Ar. 6415). Ésa es la línea que aplica la jurisprudencia: se admiten motivos de oposición distintos o los que fundamentaron la

**EN LA DEMANDA  
SE PEDIRÁ QUE EL  
EMPRESARIO SEA  
DECLARADO RESPONSABLE  
DEL ABONO DE LAS  
PRESTACIONES POR  
DESEMPLEO SALVO DE  
LA CORRESPONDIENTE  
AL ÚLTIMO CONTRATO  
TEMPORAL**

(4) Vid. El papel del expediente administrativo en el proceso de Seguridad Social en el trabajo de LÓPEZ PARADA, R., "Expediente administrativo y proceso en materia de Seguridad Social" en *Temas Laborales*, 2002, núm. 67, págs. 71 y ss.

resolución desestimatoria de la reclamación si constan en el expediente administrativo (SSTS de 5 diciembre de 1996, Ar. 9132 y 10 de marzo de 2003, Ar. 3640); de tal manera que prevalece lo que en el proceso se mantenga y pruebe sobre lo que conste en el expediente administrativo, pero sin causar indefensión. En la modalidad procesal del artículo 145 bis LPL, los hechos que se narran en la demanda han de estar fundados en el expediente y el demandado podrá oponerse a ellos con la prueba que estime por conveniente y con la afirmación de hechos nuevos que contradigan la versión de la Entidad Gestora. El expediente, en este caso, vincula a la Entidad Gestora, no al empresario demandado que en el proceso se enfrenta por vez primera a lo que en aquél se contempla. La propia Entidad Gestora en el juicio oral podrá practicar pruebas que reafirmen los hechos alegados en los expedientes.

Además, el último de los expedientes instruidos es clave en esta modalidad procesal toda vez que será tal solicitud (corregida o subsanada, en su caso, por el interesado) la que marque el discurrir del plazo de tres meses. Ahora bien, la Entidad Gestora deberá, también, adjuntar a la demanda los restantes expedientes que han soportado en los últimos años la concesión de prestaciones del nivel contributivo de un concreto trabajo en una concreta empresa. Se trata, en suma, de identificar al empresario que aparecerá como demandado por conducta contractual estimada fraudulenta.

#### 4. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA Y REQUISITOS DE LA DEMANDA

En la relación procesal que construye esta modalidad, el titular del interés legítimo lesionado es, exclusivamente, “La Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo”; por tanto, la legitimación activa la tiene hoy el Servicio Público Estatal de Empleo. Por otra parte, quien tiene la obligación (titular de la obligación) de reparar la violación producida en el derecho (o en el interés legítimo) a no sufrir actitudes fraudulentas es el empresario estimado incumplidor. El trabajador, como figura necesariamente demandada, se explica desde la perspectiva de la relación jurídico-material controvertida (es sujeto de un contrato de trabajo que se estima fraudulento). Se le demanda con fundamento en la repercusión, directa o indirecta, que la decisión judicial pueda tener sobre el trabajador como sujeto afectado.

En el artículo 145 bis LPL aparecen con claridad las dos posiciones procesales descritas: el empresario demandado (“para que sea declarado responsable”)<sup>5</sup> y el trabajador (“tendrá la consideración de parte en el proceso”) que es el otro sujeto de la relación jurídica

(5) La legitimación pasiva la tiene la última empresa que contrató, pero podrán examinarse todas las cuestiones relacionadas con la mediación o intermediación en la posición de empresario: empresario aparente, contrata o subcontrata, sucesión empresarial, grupo de empresas y empresas de trabajo temporal. Deberá la Entidad Gestora demandar o ampliar la demanda, en razón de la cadena de responsabilidades que aparezca, pero sin más complicaciones que aquellas que en sí mismas tengan estas figuras (sobre los problemas que pueden surgir en la determinación del empresario, vid., en general, PALOMEQUE LÓPEZ, C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 12ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, págs. 510 a 520).

## La modalidad procesal de reiteración fraudulenta de contratos temporales

material cuyo carácter fraudulento se discute. Figura, pues, el trabajador en situación de liticonsorcio pasivo necesario (art. 12 LEC).

La demanda que dirige la Entidad Gestora ha de tener los requisitos comunes a todas las demandas laborales (art. 80 LPL: por escrito, dirigido al órgano judicial competente; designación del demandado o demandados; enumeración clara y concreta de los hechos; pretensión que se deduce; fecha y firma). Sin embargo, hay un requisito que la Entidad Gestora deberá cumplir: acompañar en el escrito copia del expediente o expedientes administrativos en que se fundamente, refiriéndose, pues, a lo que quedó establecido acerca del contenido de tales expedientes.

Por otra parte, la demanda (el ejercicio de la acción) está sometido a un hecho, que de darse, es extintivo del derecho de la Entidad Gestora: la demanda ha de presentarse dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que se hubiera formulado la última solicitud de prestaciones en “tiempo y forma” (art. 145.1 bis LPL)

El plazo para accionar interponiendo la demanda es, inexorablemente, de tres meses. Sin embargo, alguna dificultad habrá para precisar el día desde el que comienzan a contar los tres meses (*dies a quo*). El artículo 145 bis LPL establece que se trata de los tres meses siguientes “a la fecha en que se hubiera formulado la última solicitud de prestación en tiempo y forma”. La solicitud a la que se refiere el precepto es la de la prestación contributiva de la protección por desempleo. La solicitud requiere la inscripción como demandante de empleo, la suscripción del compromiso de actividad y su presentación en el plazo de 15 días contados desde el siguiente a la situación legal de desempleo (art. 209 LGSS<sup>6</sup>). Resulta, pues, la fecha inicial del cómputo de los tres meses la presentación de la solicitud, pero como el art. 145 bis LPL establece que ésta ha de ser “en tiempo y forma”, caben subsanaciones y que hasta que la solicitud no esté completa y sea el soporte del nacimiento del derecho a la prestación por desempleo, no aparecerá el cómputo de los tres meses. Fijada la fecha de presentación de la solicitud, el plazo de tres meses es un plazo de caducidad que no podrá ser suspendido ni, evidentemente, interrumpido.

El Juez de lo Social al que por reparto le corresponda el conocimiento de la comunicación (demanda) de la Entidad Gestora verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos y la admitirá a trámite o concederá un plazo de diez días para subsanar los defectos observados.

En la demanda se pedirá que el empresario sea declarado responsable del abono (de las prestaciones por desempleo) salvo de la prestación correspondiente al último contrato temporal. Lo que se solicita es congruente con el objetivo buscado por la norma (un mecanismo corrector de las conductas fraudulentas) y con la estructura misma del

(6) Éstos son los requisitos que hoy legalmente se exigen para conceder la prestación por desempleo, pero no ha de olvidarse que, en materia de prestaciones de Seguridad Social, se aplica la normativa vigente en el momento del hecho causante, STS de 22 de julio de 1998, Ar. 6214 y STSJ de Andalucía de 20 de septiembre de 2002, Ar. 3978.

desempleo (todas las prestaciones son indebidas por fraudulentas, menos la última a la que siempre se tendría derecho aunque el despido fuera improcedente, por no ser el contrato de naturaleza temporal).

La demanda se formula, pues, contra un empresario (o empresarios involucrados en la cadena de responsabilidades) y con referencia a un trabajador, fundándose la demanda en el expediente individual iniciado por la solicitud de prestaciones. Puede darse, sin embargo, una conducta fraudulenta referida a un empresario en relación a más de un trabajador, en este caso cabrá, claramente, acumulación de acciones contra el mismo demandado, el empresario incumplidor, y serán llamados todos los trabajadores afectados (art. 27.1 LPL; en su caso, cabrá acumulación de autos, arts. 29 y 30 LPL).

### **5. LA ACTIVIDAD PROCESAL: EMPLAZAMIENTO Y ACTUACIONES. EL JUICIO ORAL Y LA PRUEBA**

Como es sabido, los actos de comunicación son el fundamento y garantía de la defensa de las partes en el proceso y han de facilitar su acceso a un juicio contradictorio para que aleguen y prueben cuanto estimen conveniente, haciendo valer en condiciones de igualdad sus derechos e intereses legítimos (art. 53.1 LPL y STC 156/1985) y todos los actos de comunicación deben llegar a la otra parte, pero singularmente el órgano judicial deberá asegurarse, con diligencia y cuidado, en la medida de lo posible, de la efectividad real del emplazamiento (SSTC 37/1984 y 51/1994); el emplazamiento bien hecho asegura que el demandado puede comparecer en juicio y defender sus posiciones (STC 78/1993). Emplazadas las partes [Entidad Gestora, empresario (empresarios) demandado y trabajador (trabajadores)] en posición litisconsorcial pasiva, el Juzgado fijará día y hora para el acto del juicio oral.

No podrá solicitar la suspensión del proceso ninguno de los dos demandados (ni empresario ni trabajador). Esta suspensión debe referirse a la que nazca de mutuo acuerdo entre las partes (“a petición de ambas partes”, art. 83.1 LPL), pero no a la que se funde en “motivos justificados” (causas 4, 5 y 6 del art. 188 LEC). Una interpretación estricta del género por la que no se podrá nunca suspender el procedimiento ni aun por razones justificadas referidas a los demandados (pero sí al demandante) es, en mi opinión, una arbitrariedad.

Añade el art. 145 bis.3.a) LPL que el trabajador no podrá “desistir”. Recuérdese que el trabajador, sujeto de un contrato que se pretende fraudulento, está en posición instrumental de demandado y el desistimiento es una manifestación del poder de las partes sobre el proceso que corresponde al demandante. Esta afirmación se corresponde con el concepto legal de desistimiento que se encuentra en los artículos 20.2 y 3, y 396 LEC y 83.2 LPL, en los que está configurado como un acto procesal del demandante<sup>7</sup>. El procedimiento,

(7) Quizás haya querido decir el legislador “allanamiento”; o bien, se ha dejado “contaminar” por la expresión desistimiento (tampoco del todo feliz) del artículo 148.2 LPL, vid. PURCALLA BONILLA, M.A., “Prestaciones por desempleo vinculadas a la contratación temporal fraudulenta o abusiva: reclamación judicial de oficio por parte del INEM” en *La Ley* TI, 2003, pág. 1570.

## La modalidad procesal de reiteración fraudulenta de contratos temporales

aun sin la asistencia del empresario demandante y del trabajador, litisconsorte pasivo, seguirá de oficio.

Con referencia al uso de los medios probatorios, la modalidad procesal analizada sólo contiene, dentro de la estructura ordinaria de la prueba, el siguiente mandato [art. 145 bis.3.b) LPL]: “las afirmaciones de hechos que se contengan en la comunicación base del proceso harán fe, salvo prueba en contrario, incumbiendo la carga de la prueba al empresario demandado” [la regulación es prácticamente idéntica a la que se contiene en el art. 148.2.d), LPL y que también se refleja en los arts. 149.1 y 2 y 150.3 LPL]. Se trata de un medio de prueba (los hechos descritos en el expediente administrativo) contra el que se pueden esgrimir, con éxito, otros medios de pruebas (STC 76/1990). Ahora bien, si no se ejecuta por el demandado la correspondiente actividad probatoria, los hechos contenidos en el expediente, cuya confección ha estado presidida por criterios de objetividad, imparcialidad y especialización, despliega sus efectos en el proceso, en la valoración de la prueba y en la convicción del juzgador.

### 6. LA ESTRUCTURA DE LA SENTENCIA: CONSECUENCIAS

“La sentencia que estima la demanda de la Entidad Gestora será inmediatamente ejecutiva” (art. 145 bis.4 LPL). La ley, pues, configura el título de ejecución directamente en la propia sentencia de instancia aun cuando ésta haya sido recurrida en suplicación. La explicación de este régimen excepcional no es fácil de encontrar y, seguramente, debe buscarse en el objetivo de que rembolsé de inmediato a la Entidad Gestora las prestaciones por desempleo concedidas con fundamento en contratos temporales fraudulentos. Sin embargo, al recurrir en suplicación el demandado debe proceder a la consignación de la cantidad objeto de condena o sustituirla por el aseguramiento mediante aval bancario (art. 228 LPL). No hay una razonable diferencia entre percibir la cantidad o recibir su aseguramiento que explique este elemento de la ejecución provisional (si la cuestión es el tiempo, basta con haber fijado un interés por mora).

No hay otras consecuencias que puedan adelantarse: la posible actuación sancionadora de la Inspección de Trabajo no se ha de producir hasta que la sentencia alcance la firmeza (art. 145 bis.5 LPL). Cualquier otra consecuencia colateral relacionada con la sentencia y su repercusión en derechos del trabajador derivadas de la declaración fraudulenta de la contratación, debe aguardar a la firmeza de la misma.



# La tutela de los derechos fundamentales y el acoso (moral) a la luz de la actual normativa

JUAN MANUEL SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA

Magistrado del Gabinete Técnico  
del Tribunal Supremo

## Sumario:

**1. La tutela de los derechos fundamentales y el acoso moral.** A) Introducción.  
B) El acoso. a) Concepto y requisitos. b) Sujeto activo y pasivo. c) Distinción de otras figuras. d) La necesidad de lesión física o psíquica. e) El acoso como accidente de trabajo. C) Cuestiones procesales –y sustantivas– de interés. a) Cauce procesal adecuado. b) Litisconsorcio pasivo con el acosador o con otra empresa. Legitimación activa especial. c) Prescripción y caducidad. d) Carga de la prueba. e) Acoso como fundamento de la extinción de contrato ex artículo 50 ET. f) Acoso como fundamento de la nulidad del despido disciplinario y el acoso como causa de despido. g) Acumulación de acciones: indemnización por resolución de contrato o despido y la indemnización adicional. h) El importe de la indemnización. Intereses. i) El acoso moral en la unificación de doctrina. **2. Anexo. Las 45 preguntas de Heinz Leymann.**

## 1. LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL ACOSO

### A) Introducción

Asistimos a una época de **hipersensibilización**<sup>1</sup> del ciudadano respecto de la protección de los derechos fundamentales, y vemos, a diario en los Juzgados, cómo la invocación

(1) Baste como ejemplo referirnos a dos asuntos recientemente vistos en los Juzgados de Madrid de los que tengo directo conocimiento: en el Juzgado 19º, una demanda por procedimiento ordinario, en reclamación de una indemnización de daños y perjuicios en cuantía de 6.000 euros, interpuesta por el trabajador contra su empresa con base en que en el pleito de Seguridad Social que tenía planteado (solicitaba una invalidez en el Juzgado 15º) se había aportado por la empresa

por parte de los demandantes de la vulneración de esos derechos es cada día más y más frecuente.

Si hace algunos años el número de pleitos por tutela de derechos fundamentales era relativamente escaso, así como los procesos por despido nulo o de resolución de contrato con vulneración de dichos derechos fundamentales, hoy es raro el pleito de despido que no invoca, de una u otra forma, la nulidad por vulneración de algún derecho fundamental, y los procesos especiales por vulneración de derechos fundamentales son mucho más frecuentes. Ocurre además que en la mayor parte de esos casos el protagonista es el “**acoso moral**” o **mobbing**, que con extraordinaria frecuencia es invocado ante los Tribunales, y que será la figura a la que dediquemos este estudio.

Dicha reiteración responde sin duda al lógico **movimiento “pendular”** que suele acontecer ante las figuras relativamente novedosas, y es de esperar que pronto se normalice la situación y, como ocurrió con el acoso sexual, el índice de demandas que invocan dicho acoso moral, en muchas ocasiones ni siquiera plasmado en hecho alguno de los relatados en la demanda, ceda en su frecuencia<sup>2</sup>.

como documental anticipada un informe de vida laboral de dicho trabajador, y entendía que dicha obtención y aportación configuraba una vulneración de su derecho fundamental a la intimidad y a la libertad informática. Otro ejemplo: en el Juzgado Social 8º se formuló una demanda de actos preparatorios por una madre contra IBERIA para obtener información acerca de la identidad de los bebés que salían en una de las campañas publicitarias de dicha compañía, pues consideraba que uno de los niños era el suyo, a quien había presentado a un *casting* y no había sido seleccionado ni por ello contratado, lo que configuraba evidentemente la preparación de una posterior demanda de daños y perjuicios por vulneración del derecho a la propia imagen del menor.

(2) Conviendría resaltar algunos datos estadísticos, citando a este respecto el trabajo publicado por LORENZO DE MEMBIELA (“El Acoso Moral en el Trabajo: su indefinición jurídica. Incidencia en la Administración pública”) publicado en la página web del Consorcio de Estudios de Medicación y Conciliación de la Administración Local (CEMICAL), donde se expone que en España, al menos el 15 por ciento de los trabajadores en activo declara haber sido hostigado en su puesto de trabajo, en una investigación realizada en el año 2001 por la Universidad de Alcalá de Henares. Señala este autor que en Madrid, los Juzgados registraron 150.000 casos de acoso moral durante el año 2002 (lógicamente debe estar refiriéndose a todos los juzgados de Madrid, de todas las jurisdicciones). Las estadísticas ofrecidas en el Primer Foro Nacional de Expertos en Acoso Moral en el Trabajo, organizado por la Universidad de Santiago en julio de 2002, cifraban en 2,3 millones los españoles que sufrían acoso laboral. En el ámbito europeo las estadísticas ofrecidas por Hans-Horst Konkolewsky, director de la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (AESST), en la ponencia de la Comisión de Trabajo y Acción social del Parlamento Vasco, celebrada en Vitoria el 9 de diciembre de 2002, lo sitúa en el 9 por ciento de los trabajadores de la Unión, esto es, 13 millones de personas manifestaron estar sometidos a acoso moral, basándose para ello en la Tercera Encuesta Europea sobre Condiciones de Trabajo de la Fundación para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo, con sede en Dublín, para el año 2000. Por países de la Unión, la Tercera Encuesta determina los siguientes niveles: 15 por ciento en Finlandia; 14 por ciento en Holanda; 14 por ciento en Gran Bretaña; 12 por ciento en Suecia; 11 por ciento en Bélgica; 10 por ciento en Francia; 10 por ciento en Irlanda; 8 por ciento en Alemania; 7 por ciento en Dinamarca; 7 por ciento en Luxemburgo; 6 por ciento en Austria; 5 por ciento en Grecia; 4 por ciento en Italia, y 4 por ciento en Portugal.

Por sectores productivos de la Unión el acoso es más virulento en los siguientes: la Administración Pública y Defensa con un 14 por ciento; Educación y Sanidad con un 12 por ciento; Hoteles y Restaurantes con un 12 por ciento y Transportes y Comunicaciones con un 12 por ciento. Sin embargo donde la aparición del *mobbing* se da con más moderación es en: Construcción 5 por ciento; Electricidad, Gas y Agua 3 por ciento, y un 3 por ciento en Agricultura y pesca. Por sexos, la mujer padece más *mobbing* que el hombre: un 10 por ciento frente al 8 por ciento.

En donde convergen las estadísticas de todos los Estados es que la prevalencia del acoso moral es más alta en trabajos exigentes que comportan altos niveles de ansiedad. Y en los sectores en donde más denuncias se producen son en el Sanitario y en la Administración Pública.

Entre tanto, corremos el riesgo de una “hiposensibilización”<sup>3</sup> del **Juzgador** ante dicha figura: cuando es tan frecuentemente traída a los litigios, en muchos de los casos sin fundamento alguno, cabe la posibilidad de que la atención a dichos procesos disminuya, cuestión muy delicada, en tanto que nuestra función como jueces tiene como misión primordial la tutela de los derechos fundamentales. Y es que el efecto mediático de dicha figura ha provocado en la sociedad una sensación de que todo comportamiento despótico o desconsiderado del empresario configura acoso moral, cuando no es así. De otro modo, el art. 50 ET habría quedado vacío de contenido.

La Ley 51/2003, de 2 de diciembre (BOE del 3) de **Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad**, introdujo una novedad normativa de cierta importancia. Esta ley menciona en su Exposición de Motivos que la fuente de dicha norma está en las Directivas aprobadas para adoptar “acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, u orientación sexual” (art. 13 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea), citando expresamente la **Directiva 2000/43/CE** que se ocupa del principio de igualdad de trato y no discriminación de las personas por motivo de su origen racial o étnico, la **Directiva 2000/78/CE** para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación por motivos de religión y convicciones, de discapacidad, de edad, o de orientación sexual, y la **Directiva 2002/73/CE** para la igualdad entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y condiciones de trabajo.

A la luz de todo ello, la citada ley introduce una **definición legal de acoso** (art. 7) al discapacitado, reseña la **inexistencia de un límite apriorístico en las indemnizaciones** a percibir por los discriminados por tal condición (art. 18) e incluye una previsión de distribución de la carga de la prueba en su art. 20 bajo el rótulo “**Criterios Especiales sobre la prueba de hechos relevantes**” que es de aplicación a todos los procesos

**LA FUENTE DE LA LEY 51/2003 ESTÁ EN LAS DIRECTIVAS APROBADAS PARA ADOPTAR ACCIONES ADECUADAS PARA LUCHAR CONTRA LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE SEXO, DE ORIGEN RACIAL O ÉTNICO, RELIGIÓN O CONVICCIONES, DISCAPACIDAD, EDAD U ORIENTACIÓN SEXUAL**

(3) Ésta, sinceramente, creo que es nuestra principal preocupación, no pudiendo compartir las explicaciones que, al respecto de este tema, se atribuyen al profesor MOLINA NAVARRETE en una entrevista efectuada por el periodista Juan Zumadle que recoge la página web [www.acosomoral.org](http://www.acosomoral.org), en la que a la pregunta de si saben los jueces lo que es el acoso moral, dicho profesor responde: “A día de hoy no sólo no lo saben sino que además están a la defensiva. Porque es una situación nueva donde es demasiado conocida, y todo lo que es muy conocido sale mucho a la luz pública. El juez quiere ser dueño de su propio ámbito, pero cuando empiezan a abrirle las puertas, a entrar a ver qué se hace ahí, se incomoda. Si encima le hablan de acoso laboral y lo ve en la prensa piensa que pierde poder y ellos quieren seguir mandando.”

jurisdiccionales salvo los penales y contencioso-administrativos, que no es otra cosa que la consagración general en materia de discapacidad de las previsiones sobre indicio y carga probatoria del demandado contenidas ya en la LPL —art. 179.2— para la protección de estos derechos fundamentales en el orden social de la jurisdicción (“aportación de una justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad” dice el citado art. 20).

Y en este proceso de adaptación del contenido de las Directivas Comunitarias ya aludidas, tuvo lugar una modificación articulada a través de la **Ley 62/2003 de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social** (BOE de 31 de diciembre), que incorpora un capítulo (III) dedicado a **“medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato”**, que contiene unas disposiciones generales (art. 28, definición de discriminación directa, indirecta y de acoso) y luego en **dos secciones** dedica unas medidas de igualdad de trato y no discriminación por el origen racial y étnico, con una previsión sobre la carga de la prueba en relación con los pleitos civiles y contenciosos en que existan indicios fundados de discriminación por el origen racial y étnico (art. 32) que es casi la reproducción del que acabamos de citar en la Ley 51/2003, y **finalmente unas medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo, incorporando un precepto casi idéntico sobre la carga de la prueba (art. 36)** en relación con igual clase de pleitos en los que el indicio de discriminación se vincule al origen racial o étnico, la religión o las convicciones, discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona en materia de acceso al empleo, condiciones de trabajo, promoción profesional, acceso a la actividad por cuenta propia y a la incorporación de cualquier organización en la que los miembros desempeñen una ocupación concreta.

Esta ley ha venido también a **modificar el ET y la LPL**, incluyendo entre los derechos del trabajador el de **“no ser discriminado por razón de discapacidad siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”** [art. 4.2.c) ET], el derecho a la **protección frente al “acoso por razón de origen racial o étnico, religión, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”** [art. 4.2.e) ET], y se ha completado el art. 17 ET con las referencias a la discriminación directa o indirecta, a la discapacidad y a la orientación sexual y la garantía de indemnidad. Del mismo modo, se introduce un nuevo párrafo g) en el apartado 2 del art. 54 (causas del despido) para incluir como tal: **“El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual al empresario o a las personas que trabajan en la empresa”**. Y finalmente se completa el art. 96 LPL en lo relativo a la carga de la prueba (para referir la previsión no sólo al sexo, sino a todos los parámetros ya referidos,) y el 181 LPL, para dejar claro el cauce procesal de las demandas que pretendan la protección del acoso.

Ahora bien, la promulgación de las citadas normas internas lejos de **despejar las incógnitas** que se planteaban en torno al acoso moral, plantea muchas otras, fruto de dos causas: de un lado, asistimos al desaprovechamiento de una oportunidad inmejorable para regular junto al acoso discriminatorio el acoso moral, lo que no se hace, y de otro, comprobaremos

que se efectúa una **incorrecta transposición** de las Directivas mencionadas, arrojando en ocasiones la sensación de que la nueva normativa —tan centrada como está en la tutela antidiscriminatoria— más parece un retroceso en la protección contra las conductas constitutivas de acoso moral respecto de la situación inmediata anterior que había venido configurándose a través de la práctica judicial. Así, y ahora lo veremos, parece que tras las nuevas normas al respecto existen tres clases de acoso: el discriminatorio expresamente regulado en las Leyes 51 y 62/2003, objeto de diversas garantías sustantivas y procesales, el acoso discriminatorio por causas distintas de las contempladas en las citadas normas, pero subsumibles en los arts. 14 CE y 17 ET (v.gr., el acoso sexual o el que tenga como causa “cualquier otra circunstancia personal o social”) y el acoso común —no vinculado a los parámetros de discriminación— que pareciera haber quedado en un segundo nivel muy disminuido de protección. No creemos que esto sea sostenible, ni recomendable la aceptación de tal planteamiento en el marco de la necesidad de una eficaz tutela de los derechos fundamentales en la jurisdicción social.

### B) El acoso

#### a) Concepto

La ausencia de definición legal de este fenómeno en nuestro ordenamiento hasta la norma citada hizo que se acudiese a la definición doctrinal ofrecida por los autores consistente en aquel “**acoso en el lugar de trabajo en el que una persona o grupo de personas se comporta abusivamente, de forma hostil, ya sea con palabras, gestos, o de otro modo, respecto de otra, atentando contra su persona de forma insistente, degradando el clima laboral y provocando en quien lo padece síntomas psicossomáticos y reacciones anormales hacia el trabajo**”<sup>4</sup>.

Como recuerda la STSJ de Navarra de 18 de mayo de 2001, en clara alusión a las llamadas “45 preguntas del profesor Leymann”<sup>5</sup>:

“Hoy día estudios recientes sobre esa violencia en el trabajo emplean diferentes términos designados por los nombres de **bullying**, como sinónimo de violencia física, y **mobbing**, que

(4) Como recuerda BENIGNO VARELA, en su trabajo titulado “El acoso moral o *mobbing* en el trabajo” (*Cuadernos de Derecho Judicial, Constitución y Justicia Social*, pág. 262) en clara referencia a las definiciones recopiladas por Mari France Hirigoyen, el término *mobbing* es palabra derivada del verbo inglés *to mob*, que es traducido como “regañar, atacar, maltratar, asediar”. *Mob*, como sustantivo, significa muchedumbre, jauría. Otros términos utilizados son el *bullying* (en inglés *to bully* significa “ofender brutalmente, maltratar”, el *harassment* (“hostigamiento”), *whistleblowers* (el que hace sonar la campana y se va de la lengua, convirtiéndose por ello en víctima de represalias). En Japón el término utilizado es *Ijime* expresión que se utiliza allí para describir las novatadas y humillaciones que sufren los niños en la escuela, y por extensión a los jóvenes empleados.

(5) El profesor HEINZ LEYMAN, psicólogo, el mayor estudioso de la materia en Europa, elaboró un cuestionario de 45 preguntas que permitirían conocer si está un trabajador siendo objeto de acoso moral, en el caso de que una vez respondidas las preguntas se constate que se producen uno o más de esos hostigamientos, más de una vez a la semana y si los viene padeciendo desde hace seis meses o más. Las 45 preguntas se distribuyen en cinco bloques: a) Actividades de acoso para reducir las posibilidades de la víctima de **comunicarse** adecuadamente con otros, incluido el propio acosador; b) Actividades de acoso para evitar que la víctima tenga la posibilidad de mantener **contactos sociales**; c) Actividades de acoso dirigidas a desacreditar o impedir a la víctima mantener su **reputación** personal o laboral; d) Actividades de acoso dirigidas a **reducir la ocupación** de la víctima y su empleabilidad mediante la desacreditación profesional, y e) Actividades de acoso que afectan a la **salud física o psíquica** de la víctima. Se adjunta dicho cuestionario como ANEXO.

literalmente significa atacar o atropellar, término traducido como psicoterror laboral u hostigamiento psicológico en el trabajo, para referirse a una situación en la que una persona se ve sometida por otra u otras en su lugar de trabajo a una serie de comportamientos hostiles. La doctrina especializada en esta materia –L. y C.– incluye en esta categoría de *mobbing* las siguientes conductas:

- 1) Ataques mediante **medidas adoptadas contra la víctima**: el superior le limita las posibilidades de comunicarse, le cambia la ubicación separándole de sus compañeros, se juzga de manera ofensiva su trabajo, se cuestionan sus decisiones.
- 2) **Ataque-mediante aislamiento social.**
- 3) **Ataques a la vida privada.**
- 4) **Agresiones verbales**, como gritar o insultar, criticar permanentemente el trabajo de esa persona.
- 5) **Rumores**: criticar y difundir rumores contra esa persona.

Como síntomas de las personas sometidas a *mobbing* se señalan: ansiedad, pérdida de la autoestima, úlcera gastrointestinal y depresión.”

Como apoyo se había venido también utilizando las definiciones comunitarias, es decir, el concepto de *mobbing* contenido en la entonces Propuesta modificada de Directiva del Consejo relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el trabajo y la ocupación (presentada por la Comisión conforme el apartado 2 del art. 250 del Tratado CE: COM/2000/0652-CNS 99/0225, Diario Oficial núm. 062 E de 27 de febrero de 2001 p. 0152-0163), en los siguientes términos: “cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con uno de los motivos mencionados en el art. 1 que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidante, hostil, degradante, humillante u ofensivo”.

Igualmente los Convenios Colectivos reaccionaron como es lógico antes que el legislador nacional e introdujeron definiciones de dicha figura en su texto, de mayor o menor fortuna<sup>6</sup>.

(6) LORENZO DE MEMBIELA, en la obra citada, cita como más significativos el Convenio Colectivo Estatal para las empresas de Gestión y Mediación Inmobiliaria, publicado por Resolución del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 25 de junio de 2003, cuyo artículo 46.3.k), que define el *acoso moral* como “el comportamiento negativo entre compañeros o entre superiores e inferiores jerárquicos, a causa del cual el afectado/a es objeto de una violencia psicológica extrema de forma sistemática y durante un tiempo prolongado, sea cual sea la forma de expresión de las situaciones de acoso”, así como el Convenio Colectivo Estatal para las Industrias Extractivas, Industrias del Vidrio, Industrias Cerámicas y para las del Comercio Exclusivista de los mismos materiales (código de Convenio número 9902045), publicado por Resolución del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 3 de septiembre de 2002, cuyo artículo 92 define el *mobbing* como la “actitud que consiste en el maltrato persistente, deliberado y sistemático de uno o varios miembros de una organización de superior igual o inferior jerarquía en la empresa hacia un individuo, teniendo entre otros objetivos, su anulación psicológica y social y su abandono de la organización, en deterioro de su ámbito laboral y su salud”.

La Ley 62/2003, de 31 de diciembre, de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social, siguiendo la obligatoria introducción del contenido de las Directivas comunitarias más arriba citadas, incorpora en su Capítulo III lo que denomina “Medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato”, al objeto de “la aplicación real y efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación, en particular por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”, capítulo que “será de aplicación a todas las personas, tanto en el sector público como en el sector privado”.

En el art. 28 incorpora un concepto de acoso (idéntico al contenido en el art. 7 de la Ley 51/2003, relativa a la discriminación por discapacidad): “toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entono intimidatorio humillante u ofensivo”.

Este concepto vincula el acoso a determinados factores de discriminación, pero **no creo que ello pueda significar que si el acoso moral no tiene relación con el origen racial, étnico, la religión, etc., no nos encontremos ante auténtico acoso**, y por ende que estemos simplemente ante una fórmula de incumplimiento contractual no vulneradora de los derechos fundamentales (dignidad e integridad física y moral, arts. 10. 1 y 15 CE<sup>7</sup>). La propia ley en el art. 27 se refiere a la adopción de unas medidas para garantizar la efectiva aplicación del principio de igualdad “**en particular**” por razón del origen racial, etc., de donde puede inferirse que la raza, religión, convicciones, discapacidad y edad u orientación sexual son los elementos de discriminación tomados en cuenta, pero puede haber otros (desde luego los hay: v.gr., el sexo, que es parámetro de discriminación y no se recoge en dicho precepto) y otras situaciones de acoso que no respondan a dichos factores, sino a otros simplemente personales, en cuyo caso el acoso moral producido sería vulnerador no del principio de igualdad, pero sí de los derechos fundamentales ya referidos a la dignidad e integridad física y moral.

**EL ACOSO MORAL, PARA QUE TENGA REPERCUSIÓN LABORAL, DEBE PRODUCIRSE RESPECTO DEL TRABAJADOR, Y LO MÁS NORMAL ES QUE EL ACOSADOR SEA EL JEFE (BOSSING) O EL PROPIO EMPRESARIO AUNQUE NADA IMPIDE QUE PUEDAN SERLO UNO O VARIOS COMPAÑEROS DE TRABAJO**

(7) No se olvide que también la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, consagra los derechos a la dignidad humana (art. II-1), a la integridad física y psíquica (art. II-3) y a no ser sometido a trato inhumano o degradante (art. II-4). Así mismo el artículo II-31 reconoce el derecho “de todo trabajador a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad”.

La doctrina había insistido en que no todo abuso empresarial puede ser considerado como acoso moral, y preguntándose qué es lo que configura o transforma unos hechos que aparentemente pueden ser incluso neutros en verdadero acoso moral se había señalado que debían configurarse como suficientes para causar daño moral en el trabajador que los sufre, de forma que debían considerarse no como comportamientos aislados, sino como un **comportamiento dotado de cierta coherencia, que tengan carácter sistemático**, que se reiteren a lo largo del tiempo y además que se plasme una **determinada finalidad** u objetivo perseguido por el acosador de dañar al acosado<sup>8</sup>.

En lo que respecta a la raza, la orientación sexual, la religión y los demás patrones de discriminación ya referidos, no parece que sea ya exigible la existencia de un “plan” o estrategia por parte del acosador, pues el precepto se refiere al acoso como aquel que **“tenga como objetivo o consecuencia”** atentar contra la dignidad del trabajador o crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo, de tal modo que aunque el comportamiento del acosador no persiga el fin de vulnerar la dignidad del trabajador, si finalmente esta lesión se produce, o se crea un entorno objetivamente intimidatorio, humillante u ofensivo, habrá acoso, con todas sus consecuencias<sup>9</sup>.

En los **demás casos de acoso**, será imprescindible, desde luego, tanto la **constatación** de comportamientos humillantes o vejatorios, como la **reiteración** de los mismos en el tiempo, se ha dicho que al menos una vez por semana y mínimo durante 6 meses, según la doctrina<sup>10</sup>, –cuestión ciertamente de difícil concreción pues la frecuencia de la reiteración y su poder lesivo también dependería de la intensidad del ataque– y el **elemento intencional** del acosador (que la intención del mismo sea la de minar la moral del trabajador, desestabilizarlo, marginándolo, o causándole un perjuicio o daño, o provocando su abandono de la empresa)<sup>11</sup>, aunque sobre este último requisito existen opiniones discrepantes en la doctrina, siendo realmente dudoso que, con la nueva regulación que analizamos, dicho elemento intencional siga siendo exigible para estos otros tipos de acoso y no para los referidos, pues no se alcanza a comprender, si el bien jurídico protegido ha de ser un derecho fundamental (lo mismo da el derecho a la no discriminación que el derecho a la integridad y a la dignidad) por qué en un caso sería preciso tal requisito para constatar dicha vulneración y no en el otro.

(8) GORELLI HERNÁNDEZ y GÓMEZ ÁLVAREZ, “El Acoso Moral. Perspectivas Jurídico-Laborales” *La Ley*, julio, 2003. También PABLO ARAMENDI en “Acoso moral: su tipificación jurídica y su tutela judicial”, *AS*, núm. 2 de 2002, que destaca cómo muchas veces la intención lesiva del acosador se apoya en un temor frente a la víctima de su agresión pues se siente amenazado por ésta al creer que puede perder la posición de dominio.

(9) La misma opinión tiene MOLINA NAVARRETE, según se ve en su trabajo titulado “Las nuevas leyes antiacoso: ¿tienen algo útil para la prevención y sanción del acoso moral en el trabajo –mobbing–?”, en *Diario La Ley*, núm. 5942, 28 enero de 2004.

(10) HERNÁNDEZ VELASCO en “Acoso Moral en el trabajo o mobbing. Las acciones judiciales de su víctima”, *Justicia Laboral*, núm. 10, pág. 57. También, MOLINA NAVARRETE en “La Tutela frente a la violencia moral en los lugares de trabajo: entre prevención e indemnización”, pág. 60.

(11) HERNÁNDEZ VELASCO. Op. cit. pág. 58.

### b) Sujetos

El acoso moral, para que tenga repercusión laboral, debe producirse respecto del trabajador, y lo más normal es que el acosador sea el jefe<sup>12</sup> (*bossing*) o el propio empresario. Sin embargo nada impide que puedan serlo uno o varios compañeros de trabajo (así la doctrina distingue entre el acoso **vertical** y el **horizontal**). En esta materia es útil la doctrina jurisprudencial recaída al respecto del acoso sexual, respecto del cual se afirmó que puede ser sujeto activo del mismo tanto el **empleador** (en cuanto persona física) como sus **representantes** (gestores, directores, gerentes, representantes legales) en cuanto persona jurídica, pero también puede ser sujeto activo un compañero de trabajo, o incluso los **clientes de la empresa**, y la responsabilidad será atribuible a ésta –luego volveremos sobre ello– bien por la culpa *in vigilando* o *in eligendo* o cuando siendo conocedora de la situación la tolera o admite.

### c) Distinción de otras figuras

Existen determinados fenómenos que presentan conexiones y similitudes con el acoso moral, como por ejemplo el *burn out* o síndrome del quemado en el trabajo, que en sus consecuencias puede coincidir con el acoso moral (lesión psíquica del trabajador) pero que en su gestación presenta una diferencia esencial: el síndrome del quemado surge por la **dinámica del propio trabajo**, no estamos ante un problema “relacional”, no estamos en un caso de uso desmedido de las facultades directivas del empresario.

Otra de las figuras que debe distinguirse del acoso moral es el **ejercicio abusivo de facultades directivas**, o cualquier incumplimiento contractual del empresario de los recogidos en el art. 50 ET, si no queremos dejar vacío de contenido dicho precepto en el terreno contractual a costa de llenarlo hasta rebosar de invocaciones de tutela del derecho fundamental a causa del acoso.

En efecto, el **impago del salario**, la **falta de ocupación efectiva**, los **retrasos en el pago**, configuran incumplimientos contractuales que generan el efecto de la extinción indemnizada del contrato por voluntad del trabajador, pero dichos comportamientos, por sí solos, no pueden nunca configurar acoso moral. Para ello es preciso la concurrencia de los elementos más arriba descritos, esto es: la continuidad en el incumplimiento (bien porque se sigue un plan de acoso, bien porque la situación se mantiene en el tiempo de forma insistente aunque no exista un objetivo de destruir al trabajador), y la existencia de lesión física o psíquica (con las dudas que más abajo exponremos). Síntoma del plus de gravedad puede ser la **publicidad** con que los incumplimientos se suceden, como tuvo oportunidad de exponer en una sentencia, retomando y complementando el razonamiento

(12) Al respecto del acoso moral del “jefe” a sus empleados, hemos de reconocer que no se salva sector alguno de la aparición de esta forma de lesión de los derechos fundamentales en la relación de trabajo. Recientemente se ha informado de un **magistrado expedientado** por acosar moralmente a sus funcionarios, mediante la impartición de órdenes contradictorias, la desacreditación pública permanente de sus oficiales y auxiliares, los insultos reiterados, etc., lo que había provocado diversas bajas por depresión en el personal de la oficina judicial.

de la STSJ del País Vasco de 26 de febrero 2002, “no podemos confundir el ejercicio de violencia psicológica con el ejercicio abusivo de los poderes de dirección y organización empresarial, siendo entonces preciso –en opinión de este juzgador– que para que el ejercicio abusivo del poder de dirección o de jefatura alcance la condición de acoso moral, se ponga de manifiesto un plus de gravedad en el incumplimiento, manifestado por las consecuencias negativas físicas o psíquicas para el trabajador afectado, y también, como elemento indicativo, por la percepción del comportamiento por los demás compañeros, de tal suerte que, como le ocurre al actor, se acentúa su aislamiento en tanto el resto de los compañeros teme ser asignado a trabajar con él puesto que sospechan que podrían ser ellos, por ‘acesión’, los destinatarios de las vejaciones del encargo”.

Podríamos citar también, con una muy clara exposición, la STS de Madrid de fecha 20 de marzo de 2003 (AS 3244), recaída en un caso en el que la trabajadora interesaba la declaración de que su baja por depresión, acontecida tras su despido, era un accidente de trabajo pues existía una situación previa de acoso moral, y cuyas conclusiones se centran en el concepto tradicional (exigiendo pues el elemento intencional o subjetivo y el objetivo, es decir, la lesión):

“Como señala la Mutua aseguradora en el escrito de impugnación del recurso, es preciso deslindar adecuadamente las conductas calificables de acoso moral –mobbing– de otros posibles desafueros cometidos por el empresario ejercitando de forma abusiva sus poderes de dirección y organización en la empresa, pero no resulta factible llegar a la conclusión de que todo ejercicio abusivo de estas potestades pueda calificarse de acoso, y ello obviamente sin perjuicio de las respuestas que desde la legalidad puedan obtenerse en contra de esas actuaciones antijurídicas.

No es parangonable acoso moral al ejercicio arbitrario de poder directivo empresarial, pues mientras que con éste el empresario suele simplemente buscar por medios inadecuados un mayor aprovechamiento de la mano de obra, imponiendo condiciones de trabajo más favorables a sus intereses, con el acoso lo que se busca es causar daño al trabajador socavando su personalidad.

Por tanto, los motivos que inducen al empresario a emplear arbitrariamente sus potestades directivas son distintos de los que mueven al sujeto activo del acoso moral a hostigar a la víctima.

Y esta diferencia será lo que permita distinguir los dos planos diferenciados de protección legal frente a estas conductas. Así, frente al ejercicio arbitrario del poder empresarial, no estando comprometidos otros posibles y distintos derechos fundamentales, cabrán las respuestas que proporciona la legalidad ordinaria, mientras que frente al acoso la respuesta la obtendríamos del artículo 15.1 de la Constitución Española, por constituir un atentado contra la integridad moral.”

Por otro lado, las particularidades del **acoso sexual**, aunque pueda venir en ocasiones imbricado con el acoso moral, permiten mantener ambas figuras separadas, esencialmente porque el objetivo del acosador sexual es dañar la libertad sexual de la víctima, objetivo que no tiene por qué estar presente en el acoso moral.

Finalmente, es preciso resaltar que, en el enjuiciamiento de este tipo de cuestiones, siempre habrá que tener cuidado con la simulación, que en esta materia, atendida la sensibilidad social ascendente, podría proporcionar a algún desaprensivo ventajas adicionales<sup>13</sup>.

### d) La necesidad de lesión física o psíquica

La cuestión relativa a la existencia de lesión física o psíquica no es baladí. Al igual que hemos señalado más arriba que la existencia de “acoso moral” exige, según la mayor parte de los pronunciamientos judiciales, el elemento subjetivo o intencional del acosador (con las matizaciones ya efectuadas en torno a aquellos tipos de acoso que incidan en los parámetros contenidos en la Ley 62/2003 así como respecto de cualesquiera otros, pues no se comprende bien por qué distinguir esa clase de acoso de aquella otra clase que incide en otros elementos de diferenciación pero que tiene el mismo bien jurídico protegido como protagonista último de la lesión: el derecho fundamental a la integridad física y moral), es muy frecuente también encontrarnos con mayoría de decisiones judiciales en las que se exige la **producción de un daño físico o psíquico para constatar la existencia de acoso moral**, y por consiguiente, poder sostener la lesión de los derechos fundamentales comprometidos. Así, por ejemplo, lo hace la Sentencia de 8 de abril de 2003 del TSJ de Galicia [(P. Lousada Arochena, José Fernando (recurso de suplicación 518/2003)], o la del TSJ de Madrid de 20 de marzo de 2003 ya citada, que literalmente expresa:

**LA NUEVA DEFINICIÓN DE ACOSO QUE SE HA INCORPORADO POR LA LEY 62/2003 PARECE LIBERAR A SU CONCEPTO DEL REQUISITO DE LA LESIÓN FÍSICA O PSÍQUICA, PUES EL ACOSO PARECE QUE EXISTIRÁ AUNQUE NO EXISTA LESIÓN, BASTA CON EL ELEMENTO INTENCIONAL**

(13) Es muy interesante, en tal sentido, el estudio del Doctor J.A. LÓPEZ GARCÍA SILVA y del técnico de Prevención sr. D.J. L. GONZÁLEZ DE RIVERA Y REVUELTA, titulado “La simulación dentro de la problemática de la violencia en el trabajo”, –Diario la Ley, 20 de febrero de 2003– que hace un repaso de dolencias simuladas, neurosis de renta, “sinistrosis” (rumiaciones obsesivas de daño con afán de reparación, que en sus formas más graves puede convertirse en un auténtico delirio de reivindicación, con interpretaciones de acontecimientos banales como pruebas o indicaciones del daño sufrido y aplicación de todas las energías y recursos personales a hacer triunfar la verdad, reparar el perjuicio y castigar a los responsables, todo ello con un acompañamiento variable de rasgos histéricos, hipocondríacos y de labilidad emocional), Síndrome de Munchausen, Síndrome de Ganser (simulador que acaba creyendo absolutamente su mentira), etc.

“Así, quien invoque padecer acoso moral, no basta con que acredite posibles arbitrariedades empresariales ejerciendo su poder directivo, sino que es preciso que demuestre:

- Que la finalidad del empresario como sujeto activo del acoso, o en su caso, como sujeto tolerante del mismo, era perjudicar la integridad psíquica del trabajador o desentenderse de su deber de protección en tal sentido.
- Que se le han causado unos daños psíquicos, lo que exige la existencia de una clínica demostrativa de la patología descrita por la psicología.”

Es lo cierto que lo más frecuente es el padecimiento de dolencias de tipo físico o psicológico y la producción de bajas médicas <sup>14</sup>, pero la doctrina que ha analizado el tema se ha planteado si es preciso, para constatar la **lesión del derecho fundamental, que tal daño se produzca**, y hemos de reconocer que es una peliaguda cuestión. La exigencia de tal requisito (resultado lesivo) es criticada por cuanto la lesión del derecho fundamental dependería entonces del grosor de la “epidermis” emocional del acosado: es patente que determinados comportamientos, objetivamente susceptibles de ser calificados como de acoso, pudieran no provocar en la víctima (quizá por su especial equilibrio emocional y resistencia) resultado lesivo alguno.

La nueva definición de acoso que se ha incorporado por la Ley 62/2003 (recordémosla de nuevo: “toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como **objetivo o consecuencia** atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio u ofensivo”) **parece liberar al concepto de acoso del requisito de la lesión** física o psíquica, pues el acoso parece que existirá aunque no exista lesión: basta con el elemento intencional (tener como objetivo atentar contra la dignidad y crear un entorno humillante) o con la constatación de tales consecuencias, aunque la intención no fuera ésa. Y entre esas consecuencias no está claro que se encuentre el menoscabo físico o psíquico, aunque es preciso reconocer que sin su concurrencia, será muy difícil determinar la existencia de acoso, pero no imposible.

(14) CONESA y SANAHUJA, *Op. cit.*, analizando el trabajo de la doctrina médica y psicológica, refieren la siguiente **trayectoria tipo en el comportamiento y la salud del acosado**: “existe una renuncia de la víctima al enfrentamiento, y luego la inunda un sentimiento de confusión por desconocer si lo que le está pasando es real o son imaginaciones suyas, todo ello vivido con un sentimiento de culpa, por pensar que lo que está pasando es por errores o faltas suyas, y miedo a las repercusiones socio-laborales que pueda tener esta situación para su persona. Todos estos sentimientos acaban degenerando en una situación de estrés y desequilibrio que finalmente suele desencadenar la baja laboral del trabajador agredido. Las prolongaciones de los periodos de baja laboral suelen acabar en la dimisión del trabajador afectado, al verse incapaz de reincorporarse a la empresa y de enfrentarse a la figura del agresor. En otros casos, es la propia empresa la que desconociendo la situación vivida por el trabajador procede a la extinción de su contrato de trabajo, en los supuestos de contrataciones de duración determinada, o al despido, en los casos de relación laboral indefinida. El trabajador afectado se encuentra ante un dilema, reincorporarse a su trabajo a costa de su salud o causar baja voluntaria en la empresa, con la consiguiente posibilidad de pérdida de su empleo”.

### e) El acoso como accidente de trabajo

Ya hemos visto cómo el padecimiento de acoso suele desembocar en lesiones físicas (somatización del padecimiento psicológico) o psíquicas que acarrearán procesos de IT, y pueden finalmente derivar en incapacidad permanente. La cuestión es determinar, si atendido el origen de la lesión sufrida, ello la hace susceptible de calificar como derivada de la contingencia de accidente de trabajo.

Son bastante numerosos los pronunciamientos judiciales que han efectuado esa calificación de la contingencia, tendencia iniciada quizás por las SSTS de Navarra de 30 de abril, 18 de mayo y 15 de junio de 2001 (recursos 148, 134 y 220/2001).

Como han destacado los autores al analizar este tema<sup>15</sup> la doctrina del Tribunal Supremo que sirve de fundamento a esa tesis es la contenida en las SS de 27 de diciembre de 1995 y 22 de octubre de 1999, según la cual se ha de calificar como accidente de trabajo “aquel en que de alguna manera concurre una conexión con la ejecución de un trabajo, bastando con el nexo causante, indispensable siempre en algún grado, sin que sea necesario precisar su significación mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante, debiendo otorgarse dicha calificación cuando no aparezca acreditada rotura alguna de la relación de causalidad entre la actividad profesional y el padecimiento, excepto cuando hayan ocurrido hechos de tal relieve que evidencien a todas luces la carencia de aquella relación”. Estos supuestos pertenecen, según se aprecia, a la categoría de las enfermedades derivadas del trabajo, concepto puente entre la enfermedad profesional y el accidente de trabajo.

Las dolencias que se constatan en la práctica son hiporexia con pérdida de peso, insomnio de conciliación y mantenimiento, e irritabilidad, bolo esofágico, palpitaciones, álgias gástricas recurrentes, falta de atención y concentración, lagunas amnésicas quizás por distraibilidad, sentimiento de culpa, humor triste y sensibilidad en la percepción del entorno. El tratamiento consiste en antidepresivos, sedativos, penzodicepinas e hipnoinductores así como psicoterapia de apoyo<sup>16</sup>.

La novedad legislativa que analizamos no parece que altere estas conclusiones.

### C) Cuestiones procesales de interés

#### a) Cauce procesal adecuado

Ya sabemos que, cuando un trabajador considere lesionado uno de sus derechos fundamentales (arts. 14 a 29 de la CE), puede acudir al proceso especial de Tutela de

(15) MUÑOZ RUIZ, A.B., “Accidente de trabajo y acoso moral: reflexiones en torno a las Sentencias del TSJ de Navarra”, *Diario La ley*, viernes 21 de diciembre de 2001.

(16) Existen trabajos encaminados a la inclusión de estas dolencias derivadas de acoso moral en el catálogo de Enfermedades Profesionales.

derechos fundamentales, como solución optativa que le confiere ciertas ventajas (mayores garantías: citación del fiscal, medidas cautelares de suspensión del acto lesivo, posibilidad de intervenir el sindicato como coadyuvante, cabe recurso, el proceso es el más urgente). En definitiva, acudir a esta modalidad procesal es una de las posibilidades, aunque también podrá iniciarse un proceso ordinario en el que se solicite además la tutela del derecho fundamental, o simplemente un proceso ordinario en reclamación de cantidad consistente en una indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la vulneración del derecho fundamental.

La cuestión es que si se acciona por la vía de los artículos 175 y siguientes el análisis judicial estará limitado por el estrecho campo de cognición atribuido a este proceso: la existencia o no de lesión del derecho fundamental. Y así mismo, que si la vulneración del derecho fundamental tiene forma de despido o se articula para pedir la extinción de contrato, habrá que acudir, inexcusablemente, a esos cauces procesales (art. 182 LPL), si bien con la extensión de todas las garantías inherentes al proceso de Tutela (citación del Fiscal, intervención del sindicato como coadyuvante, posibilidad de indemnización adicional, etc., según tiene establecido el TS).

Desde esta perspectiva, los pleitos de acoso que se han ido planteando en los Juzgados de Madrid han venido encauzados normalmente por la vía procesal de la Tutela de derechos fundamentales<sup>17</sup>, así como por el proceso concreto de despido o resolución de contrato, y no me consta la existencia de problema alguno en encauzar por la vía del proceso de tutela toda pretensión que así se haya interesado, eso sí, debiendo exigir que, conforme ordena el artículo 181 se exprese el derecho o derechos fundamentales comprometidos.

La Ley 62/2003 de la que nos venimos ocupando en lo tocante al acoso, ha venido a **modificar el contenido del artículo 181** de la LPL para dejar fuera de toda duda la posibilidad de tramitar demandas de acoso por dicha modalidad procesal especial: “las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas, **incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso**, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al cocimiento del orden jurisdiccional social se tramitarán conforme a las disposiciones establecidas en este capítulo. En dichas demandas se expresarán el derecho o derechos fundamentales que se estimen infringidos”.

(17) También, aunque mucho menos frecuentes, mediante **procedimientos de oficio**, es decir, los iniciados mediante comunicación demanda de la Autoridad Laboral como consecuencia de la actuación de la Inspección de trabajo, que tras constatar una situación de acoso moral, levanta actas de infracción que son impugnadas ante la autoridad administrativa con alegaciones que pongan de manifiesto la competencia de la jurisdicción social (así, el art. 149.2 de la LPL señala que procederá el procedimiento de oficio: “en el caso de que las actas de infracción versen sobre alguna de las materias contempladas en los apartados 5, 6 y 10 del artículo 95 y 2, 11 y 12 del artículo 96 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y el sujeto responsable las haya impugnado con base en alegaciones y pruebas de las que se deduzca que el conocimiento del fondo de la cuestión está atribuido al orden social de la jurisdicción según el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”. Las referencias al artículo 96.11 del ET, deben entenderse, lógicamente, referidas hoy al artículo 8.11 de la LISOS, que señala como falta muy grave: “Los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores.” Como ejemplo de Sentencias recaídas en **procedimientos de oficio** en materia de acoso, podemos citar las de Galicia de 8 de abril de 2003 (recurso 518/2003) y País Vasco de 28 de octubre de 2003 –(recurso 2089/2003) y de 14 de mayo de 2002 (recurso 933/2002).

Una primera aproximación al precepto podría dar a entender que el resto de las modalidades de acoso moral, es decir, aquellas que no respondan a un tratamiento discriminatorio en el marco de los parámetros que la ley contempla (origen racial, étnico, religión o convicciones) no podrían tramitarse por esta modalidad procesal, con lo que se verían abocadas al proceso ordinario o los especiales de despido y resolución de contrato cuando no hubiese otro remedio.

Sin embargo **no podemos compartir esa conclusión.**

En primer lugar, cuando la propia Ley 62/2003 define en sus disposiciones generales del capítulo III el objeto y ámbito de su aplicación, cuida en señalar que su objetivo es establecer “medidas para la aplicación real y efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación, **en particular** por razón del origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. Esa expresión, “en particular”, supone dos cosas: de un lado que pueden existir –y de hecho existen– otros parámetros de comparación respaldados constitucional y legalmente al objeto de determinar la existencia de discriminación, y de otro, que la conducta de acoso, tal y como se define luego en el artículo 28.1.d) y en el número 2 del artículo citado, puede existir sin necesidad de que se vean afectados los citados parámetros: si no, no se comprendería por qué el acoso respecto de esas materias se “**considerará en todo caso acto discriminatorio**”. Se trata de una **presunción reforzada**, pero ello no puede significar que el acoso moral, padecido por otra circunstancia, no merezca igual protección procesal.

Existe también una **razón de orden práctico**: los juzgados y Tribunales han venido aceptando sin problema alguno la tramitación de este proceso especial para la tutela de las conductas de acoso, ya vinculadas a la raza, el sexo, etc., o a cualquier otra circunstancia, considerando como bien jurídico protegido la dignidad de la persona y su integridad física y moral. Establecer una restricción del proceso de tutela de derechos fundamentales exclusivamente a los casos de acoso por discapacidad, religión o convicciones (y demás parámetros ya mencionados) supondría un retroceso frente a la situación fáctica anterior: en definitiva, el cumplimiento del legislador de su obligación de trasponer las Directivas ya citadas al ordenamiento interno, tendría el efecto pernicioso de mantener la misma protección y garantías que ya se venía otorgando a unas modalidades de acoso, y proteger menos al resto.

**ESTABLECER UNA  
RESTRICCIÓN DEL  
PROCESO DE TUTELA  
DE DERECHOS  
FUNDAMENTALES  
EXCLUSIVAMENTE A  
LOS CASOS DE ACOSO  
POR DISCAPACIDAD,  
RELIGIÓN O CONVICCIONES  
SUPONDRÍA UN RETROCESO  
FRENTE A LA SITUACIÓN  
FÁCTICA ANTERIOR**

Por otro lado, no podemos olvidar que las normas que analizamos responden a una obligación de **transposición de unas Directivas que tienen un claro marcado carácter de tutela antidiscriminatoria**. Es por ello lógico que limiten su ámbito a la especial tutela que quieren desplegar, pero no por ello podemos entender que se aminoran las garantías en los demás casos. Las propias Directivas, en sus considerandos 25 (Directiva 43) y 28 (Directiva 78) cuidan señalar que: “Las disposiciones de la presente Directiva establecen requisitos mínimos, reconociendo a los Estados miembros la facultad de introducir o mantener las disposiciones más favorables. La aplicación de la presente Directiva no debe servir para justificar retroceso alguno con respecto a la situación ya existente en cada estado miembro”, para reiterar igual garantía en sus artículos 6.2 y 8.2, respectivamente. Naturalmente se refiere la Directiva a la situación legal preexistente, pero el argumento sigue siendo válido desde una perspectiva práctica referida a las garantías judiciales ya consolidadas.

### **b) Litisconsorcio pasivo con el acosador o con otra empresa. Legitimación activa especial**

Otro de los problemas habituales en éste tipo de pleitos de acoso es la duda que se plantea, tanto a la parte actora como al Juzgador, consistente en si debe ampliarse la demanda contra el acosador cuando esté perfectamente identificado, esto es, cuando el sujeto activo del acoso es uno de los Jefes, o un compañero de trabajo y éstos concentran todo el protagonismo de la actuación destructiva. **Razones de orden práctico** nos han llevado en múltiples ocasiones a **aceptar la ampliación** de la demanda (por el riesgo de generar indefensión a un sujeto, que va a poder ser identificado como protagonista de una acción incluso constitutiva de delito<sup>18</sup> en un pleito en donde no se le ha dado posibilidad de alegar ni probar nada al respecto).

Con ocasión del **acoso sexual**, esta cuestión se planteó también con bastante frecuencia, y la solución adoptada en la mayoría de los casos fue la de codemandar al acosador junto con la empresa que conocía y había tolerado la situación. En tales circunstancias era habitual que se alegase la **incompetencia de jurisdicción por razón de la materia** por parte de la defensa letrada del acosador, o también la falta de legitimación pasiva, al amparo de la consideración de que si se demanda al acosador, cuando es compañero de trabajo (no el propio empresario) se está configurando el litisconsorcio para un pleito ajeno al campo subjetivo del artículo 2.a) LPL (competencia de la jurisdicción social para

(18) Establece el artículo 173 del Código Penal lo que sigue: “El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.” Por su parte el artículo 314 del mismo cuerpo legal, en la redacción que entrará en vigor el 1 octubre de 2004 configurada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que modifica el Código Penal, señala que: “Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la Ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses.”

conocer de las cuestiones litigiosas que se promuevan entre los empresarios y trabajadores como consecuencia de su contrato de trabajo). La doctrina judicial en tales casos había siempre expresado la indudable competencia del orden social para el conocimiento de tales litigios, así como, en su mayoría había apreciado la necesidad de codemandar al acosador (v.gr. la STSJ de Galicia de 14 de enero de 1998, recurso 4949/1997).

En el caso del acoso moral, no parece, en principio, que la solución deba ser otra. Pero en cualquier caso la posibilidad de codemandar al acosador no constituye necesidad: no estamos ante un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario derivado del artículo 24 CE. Así se ha pronunciado, por ejemplo, la **STSJ de Aragón de 30 de junio de 2003**, recurso 107/2003, que literalmente expone lo que sigue:

**“La trabajadora o profesional contratada a quien se imputan directamente las acciones que la actora considera constitutivas de acoso moral no es parte en este proceso, y no es obligado que sea llamada al mismo. No existe litisconsorcio pasivo necesario de ningún tipo con la empleada Luisa, y, en consecuencia, no se ha constituido defectuosamente la relación jurídico-procesal.**

Así lo dispone, en caso análogo de acción por despido, la Sentencia de la Sala 4.<sup>a</sup> del TS de 3 de julio de 2001, cuyos argumentos son trasladables al presente juicio y recurso, en la forma que sigue.

Formulada, en este caso, demanda por una trabajadora de la demandada, en reclamación a la empresa de indemnización por daños derivados de acoso moral en el trabajo, producido directamente por persona que trabaja igualmente para la empresa, la cuestión sólo afecta de forma propia y directa al empleador y al empleado perjudicado. No existe vinculación propia y directa de la acción indemnizatoria con el otro trabajador de la misma empresa al que se imputa personalmente la conducta de acoso; en principio, la decisión judicial que resuelva esta acción le es ajena, dado que sus disposiciones sólo alcanzan al empresario y al trabajador demandante. Ese tercero no es, en forma alguna, titular de la relación jurídica debatida en el pleito, y por ello no es parte en el proceso; no existiendo razón de ningún tipo para ser llamado al mismo. No resulta desvirtuada esta conclusión por la circunstancia de que, sobre ese tercero, pueda llegar a repercutir alguna consecuencia derivada de la sentencia recaída en este proceso, o del cumplimiento de la obligación de indemnizar que esta sentencia pueda llegar a imponer. Esa consecuencia no es directa ni propia de esta sentencia ni ordenada ni establecida en ella. Además, no necesariamente ha de llegar a tener realidad, ni cuando la sentencia condena al resarcimiento ni siquiera cuando se haya llevado a cabo, habida cuenta que depende forzosamente de actos y decisiones del empresario posteriores, los cuales pueden producirse o no; siendo evidente que esos actos y decisiones pueden ser impugnados por el empleado a que afecten, mediante el ejercicio de las acciones judiciales pertinentes, acciones que nada tienen que ver, en el plano conceptual, con la de resarcimiento originaria.

Se desestima por lo tanto el Motivo.”

(La STS citada –RJ 7799– se dictó en un caso de cese de un contratado laboral interino de la Junta de Castilla y León, y se planteaba si debió demandarse al sustituido.)

La doctrina que ha abordado el tema viene aconsejando normalmente la extensión de la demanda al acosador (*mobber*), invocando para ello razones de orden práctico que resumen así<sup>19</sup>:

“Porque hay resoluciones de las Salas de lo Social, que bien directamente o bien indirectamente (a través de la aplicación de la doctrina del acoso sexual), condenan solidariamente a la empresa y al acosador.

b) También, por una cuestión de estrategia jurídica, ya que si se codemanda al *mobber*, pierde la veracidad que en principio acompaña a todo testigo, ya que el *mobber* sea como fuere, ha de ser traído al proceso a través de la petición directa de parte, y es claro que su posición como codemandado neutraliza la imparcialidad que, en principio, acompaña a la figura del testigo.

c) No obstante lo anterior, el codemandar al sujeto activo del *mobbing* y por ende, lograr una sentencia condenatoria solidaria (junto con la empresa), podría generar dudas en torno a la compatibilidad con otra acción paralela de carácter penal en la que existiese también responsabilidad civil, y sobre todo, en acciones declarativas en materia de daños y perjuicios de carácter civil.”

Respecto de la posibilidad de codemandar a otra **empresa distinta**, no es en absoluto descabellada: ya hemos visto que nada impide (por la experiencia doctrinal y judicial que tenemos en materia de acoso sexual) que el acoso en el trabajo provenga de un sujeto dependiente de otra empresa (v.gr. un empleado de ETT o de una empresa de servicios) que podría ser incluso empresario persona física en el segundo caso, y sería entonces posible plantearse que la demanda se interpusiera también (además de frente a la empresa propia) frente a esa otra empresa, aunque es preciso reconocer que en tales casos la falta de legitimación pasiva que se opondrá tendrá difícil solución, que habrá de pasar por la aceptación de la corresponsabilidad respecto de la seguridad y salud de un trabajador por parte de todas las empresas presentes en un centro de trabajo (art. 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 1995, precepto que se presenta con el rótulo: “Coordinación de actividades empresariales”).

Por último, ya vimos que cabe la posibilidad de que el acosador sea **un cliente de la empresa** para la que se prestan servicios. No creo posible llevar el litisconsorcio hasta esos extremos, independientemente de que la empresa del trabajador pueda resultar responsable por la *culpa in vigilando*. No obstante lo anterior, existe al menos un caso en el que se demandó a la empresa propia y al cliente de ésta. Se trata de la **STSJ de Canarias**

(19) Literalmente así se expresan ESCUDERO MORATALLA, y POYATOS MATAS en “Acoso Laboral. Diversas posibilidades procesales para ejercitar la acción”, *Actualidad Laboral*, núm. 47, año 2003, tomo 3, pág. 803. Igualmente, ambos autores en la monografía: *Mobbing: análisis Multidisciplinar y estrategia legal*, Edit. Bosch, págs. 181 y ss.

(Las Palmas) de 7 de enero de 1997 (recurso 1335/1997), que acabó condenando a la empresa –pero no al cliente– al abono de la indemnización del artículo 50 ET, con los siguientes argumentos:

“Se basa el motivo de censura legal en el parco argumento de que el comportamiento empresarial fue correcto, por lo que no se vulneró ‘ningún derecho fundamental, cuyos efectos haya de separar (sic) (reparar)’. Denuncia legal que no debe prosperar, pues atendiendo al invariado relato fáctico de la resolución recurrida frente a la conducta del cliente del Hotel respecto a la trabajadora, relacionada con su libertad sexual, primero con piropos y luego con gestos incitadores, culminando con coger el brazo de la trabajadora y lamerlo, pese al rechazo de ésta, sin que por el empresario se tomase medida alguna con la diligencia adecuada para impedir tales actos, sino la de esperar que el cliente abandonase voluntariamente el Hotel, y tratar de convencer a la trabajadora para que no denunciase los hechos, conlleva que deba asumir la responsabilidad del daño causado a la trabajadora. La relación laboral genera derechos y deberes tanto para el operario como para el empresario. Así, el artículo 5 ET enumera los deberes laborales básicos de los trabajadores y el artículo 4 los derechos laborales, entre estos derechos resalta la consideración debida a la dignidad del trabajador, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual [art. 4.2.e) ET]. En suma, sobre el empresario recae el deber de que las circunstancias en que el trabajo que el empleado realice no mengüe su dignidad humana, derecho este de proyección constitucional (art. 10 CE), pues no existe ofensa más grave que la que atenta a la dignidad humana, cualquiera que sea su manifestación externa. Derecho a la dignidad que ostenta el trabajador frente al empresario, y frente a los demás trabajadores o ante cualquier persona, que se relacione con la empresa a fin de que el trabajo permita al hombre o la mujer realizarse, sin degradarse a causa de él, debiéndose rechazar cualquier conducta tentativa de la dignidad con motivo de éste cuyo menoscabo será justa causa para solicitar la extinción del contrato en su caso, o la indemnización correspondiente. Por todo ello, la Sala desestima el recurso interpuesto (...)”

Una última cuestión respecto de la legitimación, pero en este caso activa: la Ley 51/2003, ya citada, introduce respecto de la tutela de las conductas discriminatorias por razón de la discapacidad, una fórmula genérica de legitimación

**NADA IMPIDE  
QUE EL ACOSO  
EN EL TRABAJO  
PROVENGA DE UN  
SUJETO DEPENDIENTE  
DE OTRA EMPRESA  
(EMPLEADO DE ETT O DE  
EMPRESA DE SERVICIOS)  
Y SERÍA ENTONCES  
POSIBLE PLANTEARSE  
QUE LA DEMANDA SE  
INTERPUSIERA TAMBIÉN  
FRENTE A ESA OTRA  
EMPRESA**

para cualquier tipo de proceso judicial, incluido pues los laborales, en una suerte de legitimación “**en nombre e interés**” semejante a la del sindicato contenida en el artículo 20 LPL. En efecto el artículo 19 de esa ley dice así:

“Sin perjuicio de la legitimación individual de las personas afectadas, las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos podrán actuar en un proceso en **nombre e interés de las personas que así lo autoricen**, con la finalidad de hacer efectivo el derecho de igualdad de oportunidades, defendiendo sus derechos individuales y recayendo en dichas personas los efectos de aquella actuación.”

La Ley 62/2003 contiene semejante previsión, en el artículo 31, con el siguiente tenor literal:

“Las personas jurídicas que estén legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos podrán actuar en los procesos judiciales en nombre del demandante que así lo autorice con la finalidad de hacer efectivo el principio de igualdad de trato de las personas por su origen racial o étnico.”

Asistimos de nuevo a una **defectuosa traslación** del contenido de las Directivas Comunitarias. La regulación que acabamos de exponer ofrece como ya hemos dicho una suerte de intervención representativa a las asociaciones jurídicamente habilitadas para la defensa de los intereses legítimos colectivos semejante a la de los sindicatos en el orden social, pero es lo cierto que las directivas contemplaban también la intervención adhesiva de estas personas jurídicas: así en sus **artículos 7 y 9, respectivamente**, se habla de que los Estados miembros velarán por que las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que, de conformidad con el derecho nacional, tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de la Directiva, puedan iniciar, **en nombre del demandante o en su apoyo**, y con su autorización, cualquier procedimiento judicial o administrativo previsto para exigir el cumplimiento de las obligaciones de la Directiva.

### c) Prescripción y caducidad

Si estamos señalando que una de las principales características del acoso es la continuidad de la conducta reprochable, es ineludible plantearse cómo juega dicha exigencia con la necesidad de accionar en plazo, necesidad que se contiene en el propio artículo 176.2 LPL. (“La demanda habrá de interponerse dentro del plazo general de prescripción o caducidad de la acción previsto para las conductas o actos sobre los que se concrete la lesión a la libertad sindical.”)

Las conclusiones del “Observatorio Vasco sobre el Acoso Moral en el trabajo-mobbing”, que están ya expuestas en Internet, inciden especialmente en esta cuestión exponiendo interesantes razonamientos.

Así, comienzan sus conclusiones procesales al respecto de esta materia destacando cómo el plazo general del artículo 59 ET, de un año, es en principio el plazo a tomar en consideración (salvo, claro está, que el empresario acosador haya tomado una decisión de modificación sustancial o de despido, en cuyo caso el plazo sería el de caducidad de 20 días). La cuestión está en determinar cuándo comienza el cómputo del año. Sobre esta concreta cuestión, el informe que analizamos literalmente expresa:

“De aquí podemos concluir, conforme con la jurisprudencia existente al respecto a la que luego haremos referencia, que, en caso de situaciones continuadas, como es el *mobbing*, el plazo de prescripción no comenzará a correr sino a partir del día en que dicha situación continuada deje de producirse, quedando interrumpida por los períodos de baja, por enfermedad común o profesional o por accidente laboral, que la o el trabajador haya precisado derivados de la situación de *mobbing*. Es doctrina jurisprudencial que la pretensión resarcitoria en el ámbito del ilícito laboral, cualesquiera que sean los instrumentos procesales arbitrados por el legislador, tiene un fin unitario, cual es obtener la reparación de la totalidad de los perjuicios irrogados, tanto personales como profesionales, materiales o morales, determinándose el día inicial del plazo de prescripción, conforme al artículo 1969 del Código Civil, desde el día en que pudo ejercitarse, lo que exige **que los perjuicios objeto de compensación queden determinados o sean determinables de forma definitiva** (STSJ de Castilla y León de 14 de mayo de 2002 y STSJ de Cataluña de 21 de febrero de 2002). Conforme a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, debe distinguirse, a estos efectos, entre **los daños permanentes y los continuados**. En los daños permanentes, producido el acto causante, el resultado lesivo queda perfectamente determinado y puede ser evaluado o cuantificado de forma definitiva, de tal manera que la agravación del daño habrá de provenir de un hecho nuevo. Por el contrario, en los supuestos de daño continuado (como es el *mobbing*) al producirse **día a día** generándose un agravamiento paulatino sin solución de continuidad como consecuencia de un hecho inicial, nos encontramos con que el resultado lesivo no puede ser evaluado de manera definitiva hasta que no se adoptan las medidas necesarias para poner fin al mismo, lo que ha llevado a la jurisprudencia a establecer que el plazo de prescripción no empieza a correr en el supuesto de daños continuados hasta que no cesen los efectos lesivos. (STS de 23 de enero de 1998 y STSJ de Aragón, contencioso-administrativo, de 24 de febrero de 2001). Por último, si como consecuencia de la situación de *mobbing* se produce una **invalidez permanente**, la acción no puede considerarse nacida antes de que se dictare Sentencia por la Sala de lo Social del TSJ correspondiente pues sólo hasta ese momento se sabe con certeza cuáles son las dolencias y secuelas que el trabajador padece. Si bien es cierto que la Resolución del INSS declara las secuelas, en vía previa, tal resolución no es firme hasta que recae sentencia definitiva y sólo desde su firmeza se puede iniciar el cómputo del plazo de prescripción (artículo 1971 del Código Civil, antes referido), a no ser que hubiese aquietamiento a la Resolución administrativa pues en este caso habría que estar a la fecha de notificación de la misma junto con el Informe propuesta (STS, Social, de 22 de marzo de 2002).”

En parecido sentido se pronuncian algunos autores<sup>20</sup>, al señalar que, como si ocurre con el concepto de la falta continuada, el plazo del año debe computarse desde “el último ataque

(20) ESCUDERO, F. y POYATOS, G., *op. cit.*

al que se ha sometido la víctima (dado el carácter continuado de la actuación ilícita), pero que salvando lo anterior, procede revisar todos los ataques que se le hayan producido al sujeto pasivo del *mobbing*, sin límite temporal en cuanto a su valoración.”

Aun así, considero que aquellos comportamientos susceptibles de ser considerados como de acoso, que hayan cesado, haya transcurrido más de un año sin su repetición, para pasado ese tiempo, volver a producirse de nuevo (es decir, períodos de sosiego y buen ambiente laboral para la víctima, bien porque la empresa tomó medidas, o porque el afectado se trasladó, o lo hizo el acosador) no podrían ser recuperados por encontrarse prescritos, salvo claro está, supuestos de fraude por parte del empresario.

Debe –no obstante– tenerse presente que si el acoso es, por excelencia, un tratamiento vejatorio continuado, que habitualmente se ve **salpicado de bajas por IT**, no parecería lógico computar dichos períodos como **acumulables** a la prescripción de los comportamientos lesivos, porque si no continúan produciéndose dichos ataques es, precisamente, no porque se haya instaurado la paz o normalizado la situación, sino porque el contrato se encuentra suspendido a causa de la baja laboral por incapacidad temporal de la víctima. Es por ello que algunos autores han defendido la aplicación al empresario en tales casos de la doctrina de la **falta continuada**, en los mismos términos que se aplica al trabajador en aquellos casos en que existe una unidad de propósito en la infracción.

Es también relevante destacar que en muchas ocasiones el acosado opta por denunciar antes penalmente los hechos, pues percibe los mismos de tal gravedad que se busca el reproche penal de los actos sufridos. La cuestión en tales casos sería determinar si la **existencia de diligencias penales puede interrumpir el plazo de prescripción** para el ejercicio de acciones derivadas del contrato de trabajo. Evidentemente, si la acción a ejercitar es la de despido, está claro que el plazo de caducidad no se vería alterado por la existencia de denuncia penal. Pero otra cosa podría pensarse si se trata de la acción de resolución de contrato, o la de tutela de derechos fundamentales o la de reclamación de indemnización de daños y perjuicios por el acoso.

Convendría recordar que la **Sala Cuarta se ha pronunciado** ya en sentido afirmativo respecto de que la acción penal interrumpe la prescripción de la **falta** del trabajador en STS de 24 de septiembre de 1992 –recurso 2415/1991–, y así mismo, que el ejercicio de la acción penal interrumpe la prescripción de la acción de indemnización de daños y perjuicios que derivan de **accidente de trabajo** (así en SS de 6 de mayo de 1999 –recurso 2350/1997– y de 4 de febrero de 1999 –recurso 1494/1998–), por lo que no parece infundado sostener por las mismas razones tal interrupción en los casos de diligencias penales por acoso moral, siempre que no se hubiese hecho reserva de la acción civil en dichas diligencias penales<sup>21</sup>.

(21) Como dice la Sentencia de 4 de febrero de 1999 citada: “(...) sobre todo en los casos en que el perjudicado no se haya reservado la acción indemnizatoria para ejercerla fuera de él, podría constituir una cuestión prejudicial en el laboral, pues sería determinante de cuál era la fuente originadora de la obligación pecuniaria conforme a las que enumera el artículo 1089 del Código Civil (CC), y ello llevaría aparejada la consecuencia de que si la acción indemnizatoria estaba siendo ejercitada (aunque sólo lo hiciera el Ministerio Fiscal) en la causa criminal, este ejercicio previo podría constituir el óbice procesal de litispendencia en el proceso extrapenal”.

En otro orden de cosas, sería exigible en las demandas la descripción cabal de los hechos padecidos para que tanto el juez como la demandada tengan conocimiento exacto de las conductas cuyo reproche se interesa, así como la concreción aproximada de las fechas de su producción, no pudiendo aceptar las manifestaciones puramente genéricas, a veces tan frecuentes, de “me tienen manía”, “la han tomado conmigo” o “van a por mí”, que si no se vinculan a los concretas manifestaciones fácticas que desembocan en tales conclusiones configurarán una demanda defectuosa susceptible de ser subsanada.

### d) Carga de la prueba

Es sabido que la previsión reina en esta materia de tutela de derechos fundamentales y en lo tocante a la carga de la prueba es el artículo 179.2 LPL (indicio, inversión de la carga) que viene completado por el artículo 96, que hasta la reforma que analizamos contemplaba la siguiente redacción: “En aquellos procesos en los que de las alegaciones de la parte se deduzca la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y su proporcionalidad”. Tras la Ley 62/2003 queda con el añadido “(...) sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, corresponderá al demandado (...)”

Pues bien, la Ley 62/2003, siguiendo la misma línea que su hermana la Ley 51/2003, incorpora además dos preceptos reguladores de la carga de la prueba: de un lado, en su artículo 32, y bajo el rótulo de carga de la prueba en relación con el origen racial o étnico, señala que: “En aquellos procesos del orden **jurisdiccional civil** y del orden **jurisdiccional contencioso-administrativo** en los que de las alegaciones de la parte se deduzca la existencia de indicios de discriminación por razón del **origen racial o étnico de las personas**, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y su proporcionalidad”.

Por otro lado, pero en sede ya de medidas para la igualdad de trato y no discriminación en el trabajo, se establece en el artículo 36 precepto idéntico, también respecto del orden civil y contencioso, pero ahora referido a la discriminación por razón “**del origen racial o étnico, la religión o convicciones,**

**EN AQUELLOS PROCESOS  
CIVILES O CONTENCIOSOS  
EN LOS QUE SE DEDUZCA  
LA EXISTENCIA  
DE INDICIOS DE  
DISCRIMINACIÓN POR  
RAZÓN DEL ORIGEN  
RACIAL O ÉTNICO  
DE LAS PERSONAS,  
CORRESPONDERÁ AL  
DEMANDADO  
LA APORTACIÓN DE  
UNA JUSTIFICACIÓN DE  
LAS MEDIDAS ADOPTADAS  
Y SU PROPORCIONALIDAD**

la discapacidad, la edad o la orientación sexual de las personas respecto de las materias incluidas en el ámbito de aplicación de esa sección” (esas materias son “el acceso al empleo, la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, las condiciones de trabajo, la promoción profesional ocupacional y continua, así como el acceso a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional y participación en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta”, art. 34).

Como era de esperar, la nueva normativa sólo incluye, respecto de la carga de la prueba del acoso en el orden social, la previsión ya aludida en el artículo 96 LPL dada la suficiencia y mejor técnica contenida en el artículo 179 LPL, modificación tampoco de necesaria realización, ya que con esos dos preceptos habíamos venido manejando las exigencias probatorias en esta materia como en todas las relativas a la tutela de derechos fundamentales.

No obstante, la Ley 51/2003 de igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad contiene una **previsión general extensible a todo proceso** judicial (excepto penales y contencioso-administrativos contra resoluciones sancionadoras), que es el **artículo 20** que bajo el rótulo de “Criterio de especiales sobre la prueba de hechos relevantes”, literalmente expresa lo que sigue:

“En aquellos procesos jurisdiccionales en los que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de **graves indicios** de discriminación directa o indirecta por razón de discapacidad, el juez o tribunal, tras la apreciación de los mismos, teniendo presente la disponibilidad o facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio y el principio procesal de igualdad de partes, **podrá exigir** al demandado la aportación de una justificación objetiva, razonable de las medidas adoptadas y su proporcionalidad.”

Precisamente la doctrina que ha abordado el tema ha criticado con severidad dicho precepto, desde luego muy inferior en su calidad y claridad al artículo 179.2 LPL. Según parece desprenderse de su lectura, además de incidir en la fórmula del artículo 96 LPL (“... de las alegaciones se deduzca ...”) cuando lo que debe hacer el demandante no es alegar la vulneración sino **acreditar** un indicio de discriminación, el juez podrá o no (facultativamente) provocar el mecanismo de inversión de la carga de la prueba, frente a la previsión imperativa del otro precepto (“corresponderá al demandado...”) y además se califica de “graves” a los indicios inversores de la carga de la prueba, cualidad nunca exigida en el orden social, donde el indicio acreditado ha de ser simplemente suficiente. Es patente que la correcta interpretación del precepto que analizamos deberá hacerse a la luz del artículo 179.2 LPL.

Una última reflexión en torno a la prueba en los pleitos de acoso moral. De ordinario, y en tanto en muchos de los casos de acoso se ha venido exigiendo el resultado lesivo, –que aunque hoy ya no sea necesario puede no obstante que se haya producido–, suele ser de gran importancia la práctica de pruebas **periciales médicas** (de ordinario psicológicas o psiquiátricas) para acreditar dos extremos: que el demandante no es un simulador y que las lesiones están objetivadas. Desde luego es patente que la calificación del origen de la dolencia que suele hacerse en los informes médicos y partes de baja emitidos por los

## La tutela de los derechos fundamentales y el acoso moral

médicos de familia del tipo “depresión reactiva por acoso moral”, “ansiedad por acoso en el trabajo” no son más que el reflejo de lo que el paciente le indica al facultativo en lo tocante al origen de las lesiones.

En este sentido podemos citar la sentencia del **TSJ de Madrid de 13 mayo 2003**, (recurso 267/2003), en la que tras rechazar que de las pruebas practicadas se acreditase la vinculación de las lesiones psicológicas con el trabajo, el Tribunal manifiesta que:

“(…) al padecer trastorno depresivo crónico no lo podemos considerar como ‘reactivo a la situación de psicoterror laboral’, en cuanto que los datos que el perito recoge en su informe como causa responden a la información a él dada por la actora, mas no han quedado acreditados en el procedimiento y a ésta correspondía tal impensa, de ahí el rechazo antedicho y la desestimación del recurso”.

### e) Acoso como fundamento de la extinción de contrato ex artículo 50 ET

Durante todos estos años los Juzgados de lo Social y los diversos TTSSJ han venido admitiendo, cuando quedaba acreditado el acoso moral, que configuraba una causa de extinción de las incluidas en el artículo 50.1.c) del ET (“cualquier otro incumplimiento grave y culpable del empresario”) y ello por cuanto se hacía una lectura amplia del derecho reconocido en el artículo 4.2.d) y e) del ET, que hasta diciembre de 2003 señalaba lo que sigue: “En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: (...) d) a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene”. Y, en el apartado e) de dicho artículo establecía el derecho de los trabajadores “al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual”.

Con estos preceptos, así como con la ayuda de lo señalado al respecto del derecho a la protección contra los riesgos del trabajo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (art. 19), los diversos TTSSJ que han abordado la materia se han pronunciado en sentido afirmativo a la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador que padece el acoso moral. Podemos destacar, por ejemplo, la Sentencia del **Tribunal Superior de Justicia de Cataluña** (recurso 9352/2001) de 28 de noviembre de 2001, que confirma la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social en el sentido de estimar la demanda de extinción del contrato de trabajo interpuesta al amparo del artículo 50.1.a) y c) del Estatuto de los Trabajadores, todo ello en los siguientes términos:

“Esta serie de actitudes o conductas hostiles: el atentado contra las condiciones de trabajo que supone la pérdida de las funciones de mando, el atentado contra la dignidad que implica la desacreditación ante sus compañeros, y el aislamiento que conlleva la recomendación al resto de compañeros para que no hablen con el demandante; configura una situación de acoso moral (también denominado *mobbing*), que somete al trabajador a un trato degradante, conculcando el derecho a la integridad moral e interdicción de tratos degradantes que protege el artículo 15 de nuestra Constitución, así como el artículo 4.2.e) ET (derecho básico a la consideración debida a su dignidad), constituyendo sin duda causa

justa para que el trabajador pueda ejercitar, entre otras, la oportuna acción rescisoria, solicitando la extinción de su contrato de trabajo [art. 50.1.a) y c) ET].”

Otro supuesto paradigmático es el resuelto por la STSJ de Asturias de 9 de mayo de 2003 (recurso 2428/2002) en un caso especialmente llamativo de acoso sexual y moral efectuado por el Presidente y Gerente de una empresa de Viveros a sus empleadas<sup>22</sup>.

En términos semejantes se ha pronunciado también el Observatorio Vasco sobre el acoso moral.

Pues bien, la normativa que analizamos ha completado (y complicado, por el silencio que guarda en lo que se refiere al “otro” acoso) la redacción del artículo 4.2.e) añadiendo un párrafo para incluir las referencias al acoso discriminatorio: “(...) al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza **sexual y frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual**”, lo que sin duda deja la situación que analizamos más consolidada en lo tocante a dicha clase de acoso discriminatorio, completándose con la reforma del artículo 17.1 del ET en lo relativo a la ampliación de los parámetros de discriminación directa e indirecta, pero **arrojando la duda** de si el derecho al respeto a la intimidad y a la dignidad no está protegido frente a ataques de acoso no discriminatorio. Debemos dar aquí por reiterados los argumentos en contra de tan estrecha lectura que ya hemos ofrecido más arriba.

Otro tema de relevancia es si es viable la extinción ex artículo 50 ET cuando el que acosa no es el empresario sino un compañero de trabajo. La cuestión podría depender de si el **empresario conocía o no la situación**. Desde luego en el primer caso (ya sea porque el propio acosado lo comunica pidiendo ayuda, ya sea por otra vía) es indudable que el empresario habría incumplido la obligación que le incumbe de velar por el respeto de la dignidad de su empleado así como habría fracasado su obligación de garantizar la salud y la integridad de su empleado. Si el empresario desconocía la situación, es cosa entonces de determinar el alcance del artículo 14.2 de la LPRL, esto es, si tal obligación de cuidar de la salud puede verse incumplida por la vía de la culpa *in vigilando* o *in eligendo*. En todo caso cuando del acoso sexual se trató por los diversos TTSSJ dicha culpa fue suficiente en ocasiones para justificar la extinción.

Convendría detenernos un poco más en este tema relativo al conocimiento del empresario de la situación de acoso.

(22) En el caso el gerente instaló unas minicámaras escondidas debajo de las mesas de trabajo de éstas, así como en el marco de la puerta de los servicios, de tal forma que cuando veía que entraba una de las mujeres al baño conectaba una grabadora. El asunto, una vez descubierto y con intervención policial provocó un enorme descontento entre los trabajadores que incluso convocaron unos paros y se llegó a un acuerdo para poner fin al conflicto por el que la empresa se comprometía a cesar al gerente. Las empleadas –algunas habían caído de baja por estrés y depresión– cuando se incorporaron al trabajo comprobaron que el gerente continuaba en su puesto aunque formalmente destituido y se permitía constantes comentarios vejatorios sobre ellas.

Recuérdese que el artículo 1903 del Código Civil contempla, en sede de responsabilidad extracontractual o aquiliana, **la responsabilidad del empresario por los actos de sus empleados**, y lo hace en los términos siguientes:

“(…) (son responsables) los dueños y directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones. (…) La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un **buen padre de familia** para prevenir el daño”.

Éste sería el marco adecuado para la exigencia de responsabilidad al empresario por un trabajador ajeno que ha sufrido trato calificable de acoso moral, por parte de otro empleado, compañero (o jefe) de empresa distinta (contrata y subcontrata), y sus previsiones se han extendido también respecto de la empresa propia cuando el acosador no es el empresario propio sino un compañero de trabajo. Desde esa perspectiva, es patente que cuando la empresa no haya tenido forma de conocer la situación, y pruebe además que había hecho todo lo razonablemente exigible para impedir ese tipo de situaciones, queda activado el mecanismo de exención de su responsabilidad<sup>23</sup>.

Aunque parte de la doctrina se pronuncia a favor de la extensión de la responsabilidad al empresario, aunque desconociese la situación de acoso, con base en la garantía de la salud del empleado y las obligaciones al respecto asumidas por el empresario en materia de prevención de riesgos, en una suerte de responsabilidad **objetiva**, es lo cierto que la mayor parte de los pronunciamientos judiciales han utilizado el parámetro del conocimiento empresarial y la prueba de su diligencia preventiva como límite de la responsabilidad. Podría en este sentido resaltarse como paradigmática la **STC 107/2003, de 7 de abril**, en la que literalmente el Constitucional afirma –para excluir el juego de la prueba de indicios e inversión del *onus probandi* en un caso de acoso sexual por parte de un compañero de trabajo–:

**CUANDO LA EMPRESA NO HAYA TENIDO FORMA DE CONOCER LA SITUACIÓN Y PRUEBE, ADEMÁS, QUE HABÍA HECHO TODO LO RAZONABLEMENTE EXIGIBLE PARA IMPEDIR LAS SITUACIONES DE ACOSO, QUEDA ACTIVADO EL MECANISMO DE EXENCIÓN DE SU RESPONSABILIDAD**

(23) La falta de conocimiento por el empresario de la situación de acoso es también causa de exención de responsabilidad administrativa, según reza el nuevo artículo 13.bis de la LISOS [“(…) siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo”].

“es de observar, ante todo que, como señala el Ministerio Público en sus alegaciones, la doctrina sentada en la STC 224/1999, de 13 de diciembre (RTC 1999\224) y en la 207/2001, de 22 de octubre (RTC 2001\207) se aplicó a un supuesto de hecho referido a un empresario individual, en el que la conducta atentatoria contra el derecho fundamental era personal y directamente atribuible al mismo, situación que no es apreciable en el presente caso en el que la conducta discriminatoria que se denuncia no se predica del empresario, sino de un empleado, de cuya conducta se trata de responsabilizar a la empresa invocando una culpa *in vigilando* o *in eligendo*<sup>24</sup>”.

En este marco, es explicable pues que se proceda a desestimar la demanda de tutela de derechos fundamentales planteada por un empleado —que se decía víctima del acoso sexual— porque el acosador era de otra empresa distinta y ni la propia ni la otra empresa sabían nada del asunto (STSJ del País Vasco de 18 de septiembre de 2001), o que se condene al acosador (sexual) compañero de trabajo en un pleito de tutela de derechos fundamentales e indemnización adicional pero se absuelva a la empresa por no conocer nada del caso (STSJ de Galicia de 17 de febrero de 1995), si bien se ha matizado —oportunamente a mi juicio— que si el acosador (también sexual) era un representante de la empresa o un directivo de la misma con capacidad para contratar no cabe que la empresa demandada invoque el desconocimiento (STSJ de Cataluña de 11 de junio de 2002, AS 2417).

Resta por último analizar la cuestión relativa a si, en los casos de acoso moral y extinción del contrato de trabajo *ex* artículo 50. ET, cabe solicitar también una **indemnización adicional** por la lesión del derecho fundamental que el acoso supone. La cuestión es de gran trascendencia y revestida de cierta polémica, por lo que su análisis se efectuará en el apartado correspondiente a la acumulación de acciones, para proporcionar a este tema el enfoque conjunto con los casos de despido nulo.

### **f) Acoso como fundamento de la nulidad del despido disciplinario y el acoso como causa de despido del “acosado”**

Según hemos venido exponiendo, una de las características esenciales del acoso es el efecto, buscado o no, de lesionar la dignidad del trabajador acosado, muchas de las veces con el ánimo de que abandone la empresa, lo que explica que el acoso moral se invoque

(24) Los argumentos del Fiscal a que se refiere esa sentencia fueron los que siguen: “es evidente que la conducta discriminatoria que se denuncia no se predica del empresario, sino de un empleado, de cuya conducta se trata de responsabilizar a la empresa invocando una culpa *in vigilando* o *in eligendo*. Esta vinculación, extraída forzosamente de un concepto *iusprivatístico*, cual es el de la responsabilidad civil extracontractual, tendría su encaje en el ámbito propio de la regulación de la responsabilidad aquiliana contenida en el artículo 1903 CC, derivando una responsabilidad civil directa, o bien en el ámbito de la regulación penal, derivando una responsabilidad civil subsidiaria [art. 120 CP (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777)]; pero en modo alguno puede servir de base para trasladar al empresario la responsabilidad de la conducta ilícita, cual si se tratara de un copartícipe en el hecho antijurídico, convirtiéndolo en una suerte de coautor, para imponérsele a continuación la carga de la prueba frente a los indicios aportados. De este modo, las SSTC 207/2001 (RTC 2001\207) y 224/1999 (RTC 1999\224) no pueden invocarse en apoyo de la pretensión de la actora, pues se refieren a casos de empresarios individuales, en los que la conducta atentatoria contra el derecho fundamental, es personal y directamente atribuible al propio empresario en cuanto sujeto”.

## La tutela de los derechos fundamentales y el acoso moral

con más frecuencia como causa de extinción ex artículo 50 ET que como fundamento de la nulidad del despido. Sin embargo no es difícil tampoco encontrar supuestos en que el acosado resulta finalmente despedido: bien porque no se pliega a la inconfesada voluntad de su acosador de que abandone la empresa, bien porque habiendo denunciado la situación la empresa decide prescindir de la víctima antes que tutelarla, como tantas veces hemos conocido en materia de acoso sexual.

En tales casos es indudable que la acción de despido deberá solicitar la nulidad del mismo, por cuanto, según previene el artículo 108 LPL en relación con el artículo 55 ET, el despido se habrá producido con vulneración de derechos fundamentales, lo que llevará aparejada la obligación de readmisión ineludible, y ello tanto si se ha sufrido acoso discriminatorio como si se trata de otra modalidad de acoso moral.

La actual normativa ya hemos visto que modifica el artículo 54 ET para incluir un párrafo con expresión de una nueva causa de despido que ha dejado desconcertados a los profesionales del derecho laboral: la letra g) del apartado 2 de dicho precepto contempla ahora como causa de despido “El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual al empresario o a las personas que trabajan en la empresa”.

Asistimos de nuevo a otra versión del problema tantas veces ya comentado en este trabajo como consecuencia de una incorrecta técnica y de haber desaprovechado una oportunidad perfecta para la regulación del despido por acoso moral: Según ha quedado redactado ese precepto ¿sólo cabrá el despido por acoso discriminatorio respecto de los parámetros allí expuestos?

En mi opinión la respuesta ha de ser negativa. Si el trabajador tiene derecho al respeto de su integridad y dignidad, y el acoso moral supone un ataque frontal a esos derechos con lesión de los mismos, no puede afirmarse con fundamento que el acosador no pueda ser despedido más que si el acoso tenía como causa o motivación el origen racial o étnico, la religión o las convicciones y orientación sexual de otro empleado. En esos otros casos el despido podría encauzarse por el apartado d) –quebranto de la buena fe–, o incluso por el propio nuevo apartado g)<sup>25</sup>.

### **g) Acumulación de acciones: indemnización por resolución de contrato o despido y la indemnización adicional**

Es de todos conocida la doctrina jurisprudencial según la cual en los casos de despido nulo por vulneración de derechos fundamentales, el trabajador tendrá derecho a una indemnización legalmente prevista y tasada por su cese injusto, y también si así lo solicita en demanda y si ofrece los parámetros utilizados para su cálculo y prueba el perjuicio sufrido, a una indemnización adicional, por así venir previsto en el artículo 179.2 LPL,

(25) En este sentido, ESCUDERO MORATALLA y POYATOS MATAS, *op. cit.*, pág. 269.

siendo que las garantías del proceso de tutela de derechos fundamentales (media cautelar de suspensión, citación del fiscal, asistencia del sindicato como coadyuvante, etc.) se han venido extendiendo —como no podía ser de otro modo— a esas modalidades procesales que “inexcusablemente” deben utilizarse aun cuando se invoque la lesión del derecho fundamental (así, v.gr. STS de 23 de marzo de 2000).

Así pues, en los casos de despido con previa situación de acoso o como culminación del mismo, el trabajador podría solicitar, amén de la indemnización legal, una adicional en los términos expuestos, acumulación que no supondría problema alguno.

No parece que la situación deba ser distinta cuando la acción ejercitada se trata de la resolutoria del contrato por voluntad del trabajador: en definitiva la lesión se produce en un doble ámbito, el puramente contractual en la forma de un incumplimiento por parte del empresario de las obligaciones que le incumben, bien protagonizando el acoso moral o bien tolerándolo, y al mismo tiempo, acontece una lesión del derecho fundamental ya aludido a la integridad física y moral, de donde puede inferirse que, como en el caso del despido culminador del acoso, el trabajador habría de poder solicitar la indemnización legal y tasada por la extinción de su contrato, y una indemnización adicional por la lesión sufrida en el derecho fundamental.

Ahora bien, este planteamiento parece ponerlo en entredicho la **STS de 11 de marzo de 2004** (recurso 3994/2002). Se trata de un caso que ha sido muy comentado por la doctrina, en el que precisamente se resuelve si el trabajador que ha sufrido una situación de trato vejatorio continuado y que había solicitado y obtenido judicialmente la extinción del contrato por tal causa con la correspondiente indemnización legal, tiene derecho luego a una indemnización en un proceso independiente y posterior, en reclamación de daños y perjuicios, por la lesión sufrida en su salud (en el caso un trastorno depresivo, según el afectado a causa de ese trato vejatorio, que desembocó en una declaración de Incapacidad Permanente Total), articulando su reclamación en base al artículo 1101 del Código Civil, planteamiento que había sido estimado por el TSJ de Castilla-La Mancha.

La Sala Cuarta comienza por remitirse a un pronunciamiento suyo anterior (la Sentencia de 3 de abril de 1997), que es precisamente la sentencia invocada como contradictoria, para recordar que:

“en nuestro Derecho positivo la indemnización por despido improcedente (a la que el art. 50.2 del ET asimila la que devenga la resolución del contrato a instancia del trabajador por incumplimientos relevantes del empresario) es una indemnización legalmente tasada, sin margen para que el Juez estime la cuantía de los daños y perjuicios, que se presumen *ex lege* por el hecho del despido improcedente o de la resolución contractual que nos ocupa, indemnizándose por la ruptura culpable del contrato y no por los perjuicios concretos que ésta pueda causar”.

La propia Sala alude a su Sentencia de 12 de junio de 2001 –en la que se aceptó que en un caso de despido nulo se acumulase la petición de indemnización adicional– para destacar que ese supuesto:

“se trataba en el caso de un despido llevado a cabo con violación de derechos fundamentales y, como tal, declarado nulo, planteándose la cuestión relativa a si era o no procedente acumular a la acción por despido otra en la que se pidiera una ‘indemnización por tal agresión’ (FJ 1º). Dicha Sentencia mantuvo el pronunciamiento de nulidad del despido, y ordenó remitir nuevamente las actuaciones a la Sala a quo para que se pronunciara acerca de la indemnización pretendida. Lógicamente, su doctrina no puede ser aplicable al supuesto que nos ocupa, pues allí la relación laboral permanecía incólume precisamente de romper la relación laboral, a instancia del trabajador, mediante la correspondiente indemnización.”

Consciente también la Sala de que la Sala Civil del TS se había pronunciado en alguna ocasión (Sentencia de 10 de abril de 1999 –recurso 2934/1994–) acerca de la compatibilidad de la indemnización por despido con una indemnización complementaria derivada de conducta culposa de la empleadora –suficientemente probada, así como la relación de causalidad– que había originado una depresión a la empleada, afirmó que tampoco esa doctrina:

“es de aplicación al presente supuesto, pues, aparte de la falta de competencia del orden jurisdiccional civil en materia laboral, en aquel caso no se trataba de la interpretación y aplicación del artículo 50 del ET en relación con el artículo 1101 del Código Civil, sino que únicamente fue objeto de interpretación y aplicación el artículo 1902 de este último Cuerpo legal.

Por otro lado, la Sentencia que comentamos recurre finalmente a desvirtuar la vinculación o nexo causal directo entre la lesión sufrida y el trato recibido en el trabajo<sup>26</sup>. Síntoma de lo controvertido del caso es que contiene un voto particular (Excmo. Sr. Desdentado Bonete, al que se adhieren los magistrados Excmos. Sres. Varela Autrán, Gullón Rodríguez y Ríos Salmerón), que incide en los puntos críticos:

(26) “la realidad es que la prueba general médica ha puesto de relieve que el trastorno depresivo mayor que padece [el trabajador] en modo alguno ha sido causado por ese incumplimiento, pudiendo ser la situación laboral derivada del incumplimiento un factor más de la patología, pero en modo alguno determinante o decisivo para causarla, por tanto no existe esa relación de causa a efecto entre la situación laboral y la enfermedad que padece. (...)”.

**EN LOS CASOS DE  
DESPIDO CON PREVIA  
SITUACIÓN DE ACOSO O  
COMO CULMINACIÓN DEL  
MISMO, EL TRABAJADOR  
PODRÍA SOLICITAR, AMÉN  
DE LA INDEMNIZACIÓN  
LEGAL, UNA ADICIONAL  
SIN QUE TAL  
ACUMULACIÓN SUPUSIERA  
PROBLEMA ALGUNO**

“En mi opinión, no hay tal incompatibilidad y la doctrina de la Sentencia de 3 de abril de 1997 debe ser revisada, porque la indemnización prevista en el artículo 50.2 del Estatuto de los Trabajadores repara exclusivamente el daño producido por la pérdida del empleo, derivada de la extinción del contrato de trabajo provocada por la conducta ilícita del empleador, mientras que la indemnización que aquí se reclama no tiene por objeto reparar la pérdida del empleo, sino los daños psíquicos y morales que la conducta empresarial ha provocado en el actor aquejado de un proceso depresivo que ha determinado el reconocimiento de una incapacidad permanente. Son daños distintos que han de ser objeto de reparación independiente, pues de lo contrario se está exonerando al causante de la obligación de reparar las consecuencias de un acto ilícito que no han sido compensadas por una indemnización que sólo cubre el daño derivado de la extinción del contrato, como se advierte si se tiene en cuenta que aquella reparación hubiera sido posible si el contrato no se hubiera extinguido.”

Y termina el citado voto destacando cómo en el supuesto del artículo 1124 del Código Civil se contempla la resolución contractual y al mismo tiempo la indemnización por el incumplimiento, afirmando que sólo la indemnización derivada de la extinción del contrato es la tasada legalmente, quedando pues al margen la reparación de otros daños adicionales.

Es patente que del contenido de la sentencia —ciertamente discutible— parece desprenderse que, en los casos en que el **despido** se plantee como nulo por la existencia de acoso, **sí cabría solicitar la indemnización adicional** por lesión del derecho fundamental (cosa por otra parte ya pacífica desde hace tiempo), **pero no así en los casos de resolución de contrato**. Lo cierto es que la sentencia que comentamos ofrece esa solución para un caso en que, después de extinguido ya judicialmente el contrato, se pretende la indemnización adicional. Si bien éste es un dato cuya relevancia diferenciadora es dudosa, es preciso reconocer que negar la posibilidad de ejercitar acumuladamente la acción de extinción de contrato ex artículo 50 ET y la indemnizatoria por la lesión del derecho fundamental y afirmar tal posibilidad en caso de despido nulo, es un contrasentido, pues la lesión acontecida es doble, y no olvidemos que el que quiere la extinción de su contrato vía artículo 50 ET por sufrir atentado a un derecho fundamental no puede acudir al proceso de tutela de derechos fundamentales por vedarlo el artículo 182 LPL. Por otra parte, el trabajador que, con el contrato vivo, ejercite una acción bien por proceso ordinario, bien de tutela, pretendiendo el resarcimiento de la lesión al derecho fundamental, podrá obtenerla y continuar con su contrato. Si el acoso perdura después, nadie le negaría la posibilidad de solicitar la extinción indemnizada de su contrato. ¿Por qué no aceptarlo todo en uno?

La clave de la singularidad de la doctrina de la citada sentencia es, además del ejercicio resarcitorio después de extinguido el contrato, quizá el cauce elegido para fundar la petición: el artículo 1101 del CC, que se refiere a la indemnización por incumplimiento contractual causante de perjuicios con dolo o culpa, y a la Sala se le ha hecho muy difícil romper con la doctrina inveterada de que la indemnización de extinción de contrato es tasada. No se olvide que la sentencia en ningún momento habla de acoso moral, ni el

recurrente argumenta la lesión de un derecho fundamental. Si se hubiese fundamentado en la lesión del derecho fundamental a la integridad física y moral y su necesidad de reparación, ya digo, vía proceso ordinario o de tutela, quizá otra hubiese podido ser la solución<sup>27</sup>.

### h) El importe de la indemnización. Intereses

Hemos visto ya cómo la vulneración de derechos fundamentales a través de la forma de acoso puede conllevar una indemnización para la víctima<sup>28</sup>, bien como reclamación adicional a la inherente al despido o resolución de contrato –con las dudas expuestas– bien como acción principal, ejercitada por la vía de tutela de derechos fundamentales o por el procedimiento ordinario. Pero en cualquier caso, es conocido que según la jurisprudencia del TS, y tras unos pronunciamientos iniciales dubitativos (de los que parecía desprenderse que una vez constatada la vulneración del derecho fundamental se derivaba necesariamente la necesidad de indemnización en todo caso) se consolidó la tesis de que para que la indemnización por vulneración de derechos fundamentales prospere es indispensable que 1) haya sido **reclamada en la demanda**, 2) en ella se expongan, si quiera sea someramente, el **daño sufrido**, así como los **parámetros utilizados** para su cuantificación o evaluación económica y 3) **que se pruebe el perjuicio** sufrido (STS de 23 de marzo de 2000 –recurso 362/1999–).

Por otra parte, es también conocido que la jurisprudencia del TS rechaza que la fijación de sumas indemnizatorias por parte de los juzgados de instancia sea revisada ni en vía de suplicación ni en casación, pues es al juez de instancia a quien le corresponde la facultad de fijación de esas sumas, que deberán ser en todo caso confirmadas en vía de recurso, a salvo de supuestos de absoluta **desproporción** o arbitrariedad manifiesta.

En esas circunstancias los Juzgados de lo Social han venido utilizando diversos mecanismos de cálculo indemnizatorio, acogiendo las peticiones de los litigantes. Unas veces, el parámetro utilizado ha sido el de la **sanción prevista en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social** para los actos vulneradores de los derechos fundamentales, por considerar que si ése era el reproche social en sede administrativa respecto de tales conductas, podía ser un parámetro a tomar en consideración a la hora de fijar la suma indemnizatoria que compensase los perjuicios sufridos<sup>29</sup>.

(27) Sobre la responsabilidad contractual materializada en indemnización de daños y perjuicios a propósito del contrato de trabajo puede consultarse “La indemnización de daños y perjuicios en el contrato de trabajo” de SEMPERE NAVARRO, V. y SAN MARÍN MAZZUCONI, C. en Colección *Monografías*, núm. 290, Aranzadi.

(28) Sobre esta materia, y más en concreto, sobre la responsabilidad contractual en el acoso, un completo estudio en *Perspectiva jurídica del Acoso Moral. La respuesta del Ordenamiento a las situaciones de acoso*, págs. 92 y ss, monografía de Rodríguez López, P.

(29) No se olvide que según establece el artículo 9.11 de la LISOS constituye falta muy grave “Los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores”, así como “Las decisiones unilaterales del empresario que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan

En otras ocasiones, para fijar las indemnizaciones correspondientes al acoso moral sufrido, se ha estado a los criterios orientadores fijados en la **Ley de Ordenación del Seguro Privado**, pues como recuerda la STS de 2 de febrero de 1998 (RJ 3250) dictada para un caso de fijación de indemnización de daños y perjuicios derivada de accidente de trabajo, no es inadecuado acudir a dichos criterios de la Ley 39/1995 que pueden ser útiles a modo de referencia.

Sea como fuere, en la reparación, y siempre sujetos a los parámetros ofrecidos por el reclamante, parecía claro que podían tenerse en cuenta los días de baja, las lesiones físicas y psíquicas sufridas, y el daño moral causado. La doctrina judicial había recordado cómo en estos casos ha de estarse a la **debida ponderación de las circunstancias concurrentes** en el caso, la naturaleza de la lesión, las circunstancias en que tuvo lugar, y el período de tiempo que duró el comportamiento contrario al derecho fundamental. A este respecto podemos recordar la STS (Sala 3ª, Contencioso-administrativo) de **23 de julio de 2001** (RJ 8027), que se pronunció sobre el acoso moral sufrido por un funcionario por parte del Ayuntamiento en que prestaba sus servicios como funcionario, ratificando una indemnización de diez millones de pesetas en un caso de comportamiento constitutivo de un ataque y hostigamiento desahogado contra aquél.

Confirmando los criterios expuestos, pero como ya hemos puesto de manifiesto en otros lugares de este trabajo, creando alguna confusión, la Ley 51/2003 ha señalado en materia de tutela judicial y protección contra las represalias por sufrir trato consistente en acoso discriminatorio por razón de discapacidad, que “la indemnización o reparación a que pueda dar lugar la reclamación correspondiente, **no estará limitada por un tope máximo fijado a priori**. La indemnización por **daño moral** procederá aun cuando no existan perjuicios de carácter económico y se valorará atendiendo a las circunstancias de la infracción y a la gravedad de la lesión” (art. 18.2).

Este precepto, extensible a la jurisdicción social ante la amplitud de sus términos, como ya se expuso respecto del artículo 20 (carga de la prueba), no se ha visto reproducido en la Ley 62/2003, lo que podría llevar a pensar, a nuestro juicio **erróneamente**, que dicha previsión indemnizatoria sólo vale para el acoso discriminatorio por razón de discapacidad, no en las demás modalidades de acoso, lo que supondría una diferenciación carente de sentido.

un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación” (núm. 12, **Redacción vigente introducida por la Ley 62/2003, artículo 41.uno, BOE de 31 de diciembre de 2003**) y también, según el número 13 bis de ese artículo, es sanción grave “El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo”.

Las sanciones graves acarrearán una multa de **3.005,07 euros** (grado mínimo) hasta **90.151 euros** (grado máximo). No parece que se trate de una fórmula adecuada de reparación: primero porque toda indemnización responde a la necesidad de un reequilibrio de la situación, esto es, a la reparación del daño causado, y pudiera ser que el daño realmente causado fuera insignificante aunque el reproche administrativo sea cuantioso, y en segundo lugar, porque toda sanción económica tiene un componente punitivo, que no puede predicarse en nuestro ordenamiento de la obligación de reparar los daños y perjuicios.

Por supuesto, la condena al abono de la indemnización por acoso moral no podrá, en ningún caso, incluir la **condena a intereses** del artículo 29.3 ET, pues esta previsión, como recuerda la STSJ de Madrid de 19 de abril de 2003 (recurso 791/2003, Ponente: Sr.Torres Andrés) dictada precisamente en un caso de acoso moral producido desde el Ayuntamiento de Daganzo a un empleado, está establecida sólo para las deudas salariales.

### i) El acoso moral en la unificación de doctrina

Siendo tan diversas y controvertidas las cuestiones que se plantean en torno a la figura que analizamos, es preciso no obstante reconocer las escasas posibilidades existentes de que el TS sienta doctrina unificada respecto del acoso moral.

Es patente que los casos planteados se caracterizan por un extraordinario casuismo, por otra parte lógico en una conducta que, por su propia naturaleza, se despliega durante bastante tiempo, de modo que el análisis de la contradicción de hechos, fundamentos y pretensiones que ordena el artículo 217 LPL arrojará en la mayor parte de los casos, como ocurre con los despidos, la inexistencia de contradicción.

Se han dictado ya por la Sala Cuarta algunos Autos de inadmisión en esta materia. Así, por ejemplo, podemos destacar:

– Auto de 4 de noviembre de 2003 (recurso 1881/2003), en el que se inadmite el recurso por falta de contradicción, recordando que en la cuantía de la indemnización no puede entrarse por tratarse en definitiva de una cuestión de valoración de la prueba, que no puede ser revisada en casación para unificación de doctrina.

– Auto de 16 de diciembre de 2003 (recurso 944/2003), inadmitiendo un recurso de unificación de doctrina al respecto de la determinación de si la IT padecida era o no originada por una situación de acoso.

– Auto de 15 de diciembre de 2003 (recurso 1050/2003), que inadmite el recurso que pretendía la determinación de si existía una situación de acoso moral así como la procedencia de indemnización por daños morales.

– Auto de 30 de abril de 2004 (recurso 1173/2003), que inadmite el recurso planteado en un pleito de resolución de

**LA CONDENA AL ABONO DE LA INDEMNIZACIÓN POR ACOSO MORAL NO PODRÁ, EN NINGÚN CASO, INCLUIR LA CONDENA A INTERESES DEL ARTÍCULO 29.3 ET, PUES ESTA PREVISIÓN ESTÁ ESTABLECIDA SÓLO PARA LAS DEUDAS SALARIALES**

contrato y despido en los que se pretendía la existencia de una conducta de acoso moral, por falta de contradicción.

–Auto de 26 de enero de 2004 (recurso 2809/2003), dictado en un caso de despido que se pretende nulo por ser la culminación de una conducta de acoso moral.

Las argumentaciones vertidas en estos casos para fundamentar la falta de contradicción suelen estructurarse en un razonamiento genérico sobre la exigencia de contradicción<sup>30</sup>, seguido de un estudio pormenorizado de las particularidades fácticas de cada caso, para finalmente establecer las concretas diferencias en los hechos que hacen inviable la contradicción y justificaron las respuestas diversas. No obstante y como pasa con los pleitos de despido –en los que ocasionalmente recae alguna sentencia respecto de temas genéricos y no vinculados con los hechos dispares de cada resolución comparada, siempre y cuando tales hechos no hayan sido tomados en cuenta para adoptar las respectivas decisiones– no es posible descartar de forma absoluta la existencia futura de un pronunciamiento de la Sala sobre el acoso moral, siempre y cuando la controversia planteada sea lo suficientemente genérica y apartada de las concretas circunstancias fácticas como para permitir el acceso por la excepcional vía del recurso de unificación de doctrina.

## 2. ANEXO. LAS 45 PREGUNTAS DE HEINZ LEYMANN

A) Actividades de acoso para reducir las posibilidades de la víctima de comunicarse adecuadamente con otros, incluido el propio acosador:

- 1. El jefe o acosador no permite a la víctima la posibilidad de comunicarse.
- 2. Se interrumpe continuamente a la víctima cuando habla.
- 3. Los compañeros le impiden expresarse.
- 4. Los compañeros le gritan, le chillan e injurian en voz alta.
- 5. Se producen ataques verbales criticando trabajos realizados.
- 6. Se producen críticas hacia su vida privada.
- 7. Se aterroriza a la víctima con llamadas telefónicas.
- 8. Se le amenaza verbalmente.

(30) El artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista una contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra resolución judicial que ha de ser una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. La contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de “hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales”. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (Sentencias de 27 de enero, 18 de julio, 14 de octubre, 17 de diciembre de 1997 y 23 de septiembre de 1998).

## La tutela de los derechos fundamentales y el acoso moral

- 9. Se le amenaza por escrito.
- 10. Se rechaza el contacto con la víctima (evitando el contacto visual, mediante gestos de rechazo, desdén o menosprecio, etc.)
- 11. Se ignora su presencia, por ejemplo, dirigiéndose exclusivamente a terceros (como si no le vieran o no existiera).

### B) Actividades de acoso para evitar que la víctima tenga la posibilidad de mantener contactos sociales:

- 12. No se habla nunca con la víctima.
- 13. No se le deja que se dirija a uno.
- 14. Se le asigna a un puesto de trabajo que le aísla de sus compañeros.
- 15. Se prohíbe a sus compañeros hablar con él.
- 16. Se niega la presencia física de la víctima.

### C) Actividades de acoso dirigidas a desacreditar o impedir a la víctima mantener su reputación personal o laboral:

- 17. Se maldice o se calumnia a la víctima.
- 18. Se hacen correr cotilleos y rumores orquestados por el acosador o el gang de acoso sobre la víctima.
- 19. Se ridiculiza a la víctima.
- 20. Se atribuye a la víctima ser una enferma mental.
- 21. Se intenta forzar un examen o diagnóstico psiquiátrico.
- 22. Se fabula o inventa una supuesta enfermedad de la víctima.
- 23. Se imitan sus gestos, su postura, su voz y su talante con vistas a poder ridiculizarlos.
- 24. Se atacan sus creencias políticas o religiosas.
- 25. Se hace burla de su vida privada.
- 26. Se hace burla de sus orígenes o de su nacionalidad.
- 27. Se le obliga a realizar un trabajo humillante.
- 28. Se monitoriza, anota, registra y consigna inequitativamente el trabajo de la víctima en términos malintencionados.
- 29. Se cuestionan o contestan las decisiones tomadas por la víctima.
- 30. Se le injuria en términos obscenos o degradantes.
- 31. Se acosa sexualmente a la víctima con gestos o proposiciones.

### D) Actividades de acoso dirigidas a reducir la ocupación de la víctima y su empleabilidad mediante la desacreditación profesional.

- 32. No se asigna a la víctima trabajo ninguno.
- 33. Se le priva de cualquier ocupación, y se vela para que no pueda encontrar ninguna tarea por sí misma.

- 34. Se le asignan tareas totalmente inútiles o absurdas.
- 35. Se le asignan tareas muy inferiores a su capacidad o competencias profesionales.
- 36. Se le asignan sin cesar tareas nuevas.
- 37. Se le hace ejecutar trabajos humillantes.
- 38. Se le asignan tareas que exigen una experiencia superior a sus competencias profesionales.

**E) Actividades de acoso que afectan a la salud física o psíquica de la víctima.**

- 39. Se le obliga a realizar trabajos peligrosos o especialmente nocivos para la salud.
- 40. Se le amenaza físicamente.
- 41. Se agrede físicamente a la víctima, pero sin gravedad, a título de advertencia.
- 42. Se le agrede físicamente, pero sin contenerse.
- 43. Se le ocasionan voluntariamente gastos con intención de perjudicarla.
- 44. Se ocasionan desperfectos en su puesto de trabajo o en su domicilio.
- 45. Se agrede sexualmente a la víctima.

**I. FUENTES DEL DERECHO****Sumario:**

**Consideración preliminar. 1. Constitución y ley. 2. Ley y reglamento.** A) Desarrollo ajustado a Ley. B) Inderogabilidad singular de los Reglamentos **3. Legislación estatal y Comunidades Autónomas. 4. Ley y convenio colectivo. 5. Convenio colectivo.** A) Ámbito de aplicación: altos directivos. B) Diferencias de trato. C) Convenios extraestatutarios. D) Sucesión de convenios y principio de irregresividad. E) Concurrencia entre convenio estatal y convenio autonómico. F) Vigencia y ultraactividad. G) Interpretación. H) Aplicabilidad de convenios provinciales. I) Acuerdo Marco de Correos y Telégrafos. J) Convenios colectivos y acuerdos de empresa. **6. Condición más beneficiosa. 7. Reglamentos corporativos o de régimen interno.** A) Reglamento de personal de Cámara de Comercio. B) Estatutos sindicales.

**CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

La presente crónica abarca las sentencias del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 1 a 4 del año 2004 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1 a J 672).

**1. CONSTITUCIÓN Y LEY**

Recientemente, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de enjuiciar dos preceptos del ordenamiento social desde la perspectiva constitucional, a través de sendas cuestiones de inconstitucionalidad.

La primera de ellas gravitó en torno al art. 143.2 LGSS –que regula la revisión de las resoluciones por las que se conceden prestaciones de incapacidad permanente– y ponía de relieve que tal precepto podía ser contrario al art. 14 CE en la medida en que impide declarar gran inválido a quien encontrándose en la situación del art. 137.6 LGSS y habiendo cumplido 65 años solicitara la revisión de su incapacidad. La **STC 78/2004, de 29 de abril**, I.L. J 212, declaró que “las situaciones de vejez y las de invalidez son distintas por lo que en principio pueden recibir diverso tratamiento legal, particularmente si se

tiene en cuenta el amplio margen de decisión que tiene el legislador en la configuración del sistema de Seguridad Social”. De ahí que el Tribunal dedujera la no contradicción del cuestionado art. 143.2 LGSS con el art. 14 CE, siguiendo la línea de la STC 197/2003.

La segunda de las cuestiones de inconstitucionalidad prestó atención a una materia especialmente interesante cual es la exclusión de los trabajadores fijos discontinuos de la condición de beneficiarios del subsidio por desempleo para mayores de 52 años por el art. 216.5.2 LGSS. Tal situación fue declarada constitucionalmente correcta por la **STC 53/2004, de 15 de abril, I.L. J 218**. El argumento del Tribunal para desestimar la posible incompatibilidad con el art. 14 CE fue la no existencia “de un adecuado y válido término de comparación pues (...) pretende equiparar la situación de los que pierden definitivamente su empleo con la de aquellos otros que mantienen vigente (...) su relación laboral”. La sentencia recordó así mismo que el Tribunal “no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable”.

## 2. LEY Y REGLAMENTO

Es de sobra conocida la sujeción del contenido de la norma reglamentaria a la ley y la imposibilidad de ir contra ella. Sus condiciones de elaboración están también sometidas a severos controles, que pueden llevar a la invalidación del reglamento.

### A) Desarrollo ajustado a Ley

La autorización concedida al Gobierno por la Disposición Adicional Décima de la Ley 13/1996 para desarrollar el cómputo de las cotizaciones de los sacerdotes secularizados durante el tiempo en que ejercieron su ministerio fue objeto de estudio de la **STS de 26 de marzo de 2004, I.L. J 277, Sala Cuarta**. Se imputaba a los reglamentos cuestionados, los RRDD 487/1998 y 2665/1998, la infracción de una copiosa lista de normas, entre las que sobresalían los arts. 9.3 y 133 CE y varios preceptos de la Ley 30/1992.

El establecimiento por las normas reglamentarias de una contraprestación económica que sustituyera a la obligación de cotizar –tal era el caso de los RRDD atacados–, declaró la Sala, no choca en modo alguno con la legalidad ordinaria ni constitucional, pues “en ningún caso (...) puede considerarse exacción obligatoria” cuyo establecimiento estaría prohibido por las normas invocadas incorrectamente. De otro lado la elaboración de estos reglamentos fue respetuosa con el procedimiento establecido. Todos los trámites exigidos fueron cumplidos en la elaboración, respetando los principios inspiradores del ordenamiento y sin que ninguno de sus preceptos se extralimitara de la habilitación, sin incurrir en ningún caso en excesos *ultra vires*.

## I. Fuentes del Derecho

Una cuestión de gran transcendencia práctica se planteó en las SSTS de 14 de enero de 2004, I.L. J 1, y 23 de enero de 2004, I.L. J 85, ambas de la Sala Tercera: la validez de la Orden del Ministerio de Trabajo y de Asuntos Sociales de 26 de enero de 1998, que imponía la obligación para determinados Graduados Sociales de incorporarse al sistema RED de transmisión de datos.

Dos motivos de casación, que atendían a problemas de elaboración de la Orden, se basaban en la infracción de la Ley 50/1997, del Gobierno. Al declarar la Sala que el precepto concreto impugnado (Disposición Adicional Décima.2) tenía naturaleza de reglamento autónomo y no de desarrollo legislativo, quedaba excluida la preceptiva consulta al Consejo de Estado, cuya ausencia invocaba el recurrente. Y de la misma forma la omisión de la audiencia al Consejo General de Graduados Sociales no fue considerado un motivo válido de casación, por cuanto la obligación recogida en la Orden no afecta específica y cualificadamente a los Graduados Sociales, sino a un colectivo más amplio. El motivo de casación que consideraba la imposición de esta obligación como una sanción, una carga o una prestación personal, contraviniendo también la Ley 50/1997, fue rechazado por la Sala, ya que no es tal la naturaleza de una obligación de incorporación a un sistema de transmisión de datos.

La invocación del art.14 de la Constitución conoció el mismo destino, puesto que la Sala consideró que la imposición de la citada obligación no suponía un agravio comparativo, puesto que no discriminaba a los Graduados frente a otras profesiones sometidas a la misma obligación.

### B) Inderogabilidad singular de los reglamentos

Como se sabe, un importante instrumento utilizado en el marco de la política de inmigración es el contingente de autorizaciones de trabajo para extranjeros, que se aprueba cada año. Concretamente, las SSTS de 6 de abril de 2004, I.L. J 464 y de 12 de abril de 2004, I.L. J 456 y 457, Sala Tercera, se pronunciaron, entre otras muchas, sobre el apartado 9, punto 3, del Acuerdo del Consejo de Ministros que aprobó el contingente para 2002. Según éste, se inadmitiría toda solicitud que no siguiera los trámites del contingente, con lo que quedaba excluida la aplicación de la modalidad general de procedimiento previsto, y con ello modificaba las normas comunes de procedimiento del Reglamento de la Ley Orgánica de Extranjería, siendo atacada tal decisión por diversas ONGs, Sindicatos y el Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

La primera cuestión que debió dilucidar la Sala fue la propia naturaleza del Acuerdo, un acto del Gobierno que afectaba a una pluralidad indeterminada de personas. Concluyó que es “un acto de naturaleza peculiar” al que, a pesar de contener determinadas normas sobre procedimiento, “no puede reconocérsele la naturaleza de reglamento, pues esos aspectos normativos no son suficientes para que sea una disposición de carácter general”.

Delimitada de esta manera su confusa naturaleza, la cuestión de su incompatibilidad con la Ley y el Reglamento de Extranjería, objeto principal del recurso, fue resuelta sin

lugar a dudas. El Acuerdo, declaró la Sala, al alterar el régimen general de procedimiento para la obtención de permisos de trabajo, incurría en nulidad al infringir el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos.

### 3. LEGISLACIÓN ESTATAL Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS

El proceso de transferencia de competencias y medios materiales y personales del Estado a las Comunidades Autónomas ha originado una cantidad muy considerable de contiendas jurídicas, particularmente en cuestiones de especial incidencia económica. En concreto, los gastos de colegiación del personal sanitario transferido han dado lugar a una larga serie de sentencias que se pronuncia sobre quién ha de responder de las deudas económicas contraídas en períodos anteriores al proceso de transferencia sanitaria.

En línea con la STS de 24 de diciembre de 2003, I.L. J 2264, Sala Cuarta, y muchas otras, la **STS de 27 de enero de 2004**, I.L. J 4, Sala Cuarta, declara la obligación del INSALUD de satisfacer las cuotas adeudadas, tanto de médicos como de ATS-DUE. En este mismo sentido se pronuncian, entre otras, las **SSTS de 20 de enero de 2004**, I.L. J 5, de **15 de enero de 2004**, I.L. J 6, y de **20 de enero de 2004**, I.L. J 7. La solución, como ya se ha apuntado en crónicas anteriores, viene dada por la Disposición Adicional Primera de la Ley 12/1983, del Proceso Autonómico. Dicho precepto dispone que “la Administración estatal será responsable de los atrasos o cualesquiera indemnizaciones a los que tuviera derecho el personal por razón de su situación con anterioridad al traslado”. Dicha norma establece, como criterio de imputación de la responsabilidad del pago, el momento en que nació la obligación pendiente de satisfacer, por lo que corresponde al INSALUD el abono de las cuantías devengadas con anterioridad a las transferencias.

### 4. LEY Y CONVENIO COLECTIVO

La derogación de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores ha dado lugar al planteamiento de numerosos litigios en los que se discutía acerca de la vigencia de las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos. La doctrina del Tribunal Constitucional había admitido la jubilación forzosa impuesta por ley en el marco de una política de empleo, y dicha Disposición Adicional Décima. El Decreto-Ley 5/2001 derogó esta disposición, abriendo con ello un considerable debate en la doctrina y en los Tribunales que esta serie de sentencias ha venido a zanjar, siendo la Sala perfectamente consciente del dilema al que se enfrentaba. Las **SSTS de 9 de marzo de 2004**, I.L. J 160, Sala Cuarta, de **9 de marzo de 2004**, I.L. J 173, Sala Cuarta, de **6 de abril de 2004**, I.L. J 355, Sala Cuarta, y de **28 de mayo de 2004**, I.L. J 548, Sala Cuarta, han estudiado la situación tras dicha derogación.

La conclusión igual en todas ellas es que “no es factible ya que mediante la negociación colectiva se puedan establecer determinadas edades de jubilación forzosa” en los convenios

## I. Fuentes del Derecho

suscritos después de la derogación, puesto que desaparece la norma legal habilitante para expulsar forzosamente a trabajadores del mercado. En cambio, sí está justificada la pervivencia de cláusulas de ese tenor en los convenios pactados durante la vigencia de la Disposición Adicional Décima, puesto que “fueron establecidas de acuerdo con una política de empleo temporalmente coincidente, al menos, con la duración de los Convenios en cuestión”.

Por su parte, y entrando en otro aspecto de la compleja relación entre la norma legal y la norma convencional, la **STS de 30 de abril de 2004**, I.L. J 409, Sala Cuarta, valoró si la modificación en convenio colectivo del régimen legal de descansos mínimos y permisos retribuidos está permitida o debe ser considerada una regla de derecho necesario. Manteniendo la doctrina jurisprudencial anterior, que consideraba el art. 34.4 ET de “derecho necesario, aunque relativo”, la Sala autorizó la sustitución del descanso en la jornada continuada por indemnizaciones en metálico. De la misma manera, la renuncia convencional al descanso diario durante la temporada de verano, que era compensada con una reducción global de jornada, fue considerada admisible, puesto que la compensación ofrecida era manifiestamente favorable para los trabajadores.

### 5. CONVENIO COLECTIVO

La fuente característica del ordenamiento laboral es la que da lugar a mayor número de litigios, que abarcan aspectos variadísimos de su régimen.

#### A) **Ámbito de aplicación: altos directivos**

La particular situación de los altos directivos ocasiona el planteamiento de numerosas cuestiones interpretativas. La **STSJ de Andalucía (Granada) de 20 de enero de 2004**, I.L. J 572, desechó la petición de un alto directivo para ser beneficiario del plan de pensiones de la Caja de Ahorros de la que había sido Director General. En el momento de su dimisión el fondo de pensiones de la entidad no se hallaba constituido aún, ni quedó probado que existiera uno particular para el directivo. La sentencia señaló que, en cualquier caso, aunque hubiera existido dicho fondo, el alto directivo no habría estado sometido al convenio colectivo ni a la legislación laboral común, por tener una relación laboral especial, salvo inclusión expresa.

#### B) **Diferencias de trato**

Las diferencias salariales, por razones muy diversas, han dado lugar a una consolidada doctrina judicial. En este caso, la **STS de 21 de enero de 2004**, I.L. J 23, Sala Cuarta, estudió la contradicción entre el art. 20 del convenio colectivo para las empresas de trabajo de tracción mecánica de la provincia de Girona y el art. 14 CE, por regular la retribución en función del tiempo de servicios a la empresa. El precepto atacado establecía diferencias salariales atendiendo a si los trabajadores eran fijos con anterioridad al 31 de mayo de 1995, lo cual fue recurrido por un delegado de personal –afiliado a UGT– de una de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del convenio.

La Sala consideró que “está desprovista de toda fundamentación razonable la inclusión en el convenio colectivo de diferencias salariales en atención únicamente a la fecha de la contratación”, con lo que ratificó la nulidad declarada en instancia, respetando el principio de igual retribución a trabajo de igual valor. La objeción de la condición de afiliado a uno de los sindicatos firmantes del demandante original fue rechazada por la Sala, considerando que no quebrantaba en modo alguno el principio de buena fe.

En la misma línea, la **STC 27/2004, de 4 de marzo**, I.L. J 106, que planteaba una cuestión similar, se pronunció también, siguiendo la STC 119/2002, contra la inclusión de diferencias salariales en los convenios fundadas en la fecha de ingreso en la empresa. La sentencia recordó que para que una desigualdad sea lícita no sólo debe serlo el fin que con ella se persigue sino que las consecuencias que produzca han de ser adecuadas y proporcionadas a tal fin. Siguiendo un razonamiento similar, la **STS de 26 de abril de 2004**, I.L. J 393, Sala Cuarta, consideró incompatible con el art. 14 CE las previsiones del convenio colectivo de “Robert Bosch España Fábrica El Castellet, SA” que establecían un “plus de vinculación” relacionado directamente con la condición de trabajador fijo en una determinada fecha.

La **STS de 17 de mayo de 2004**, I.L. J 540, Sala Cuarta, analizó si era conforme a Derecho el establecimiento en el convenio colectivo para el personal laboral al servicio de la Generalitat Valenciana de complementos de antigüedad únicamente aplicables al personal fijo y no al temporal. Siguiendo la doctrina de la STS de 7 de octubre de 2002, que había empleado la Directiva 1999/70 como criterio de interpretación principal, la Sala se pronunció contra el establecimiento de tales diferencias, esgrimiendo como argumento principal el art. 15.6 ET, fruto de la Directiva mencionada, que, con todo, permite una serie de excepciones tasadas, no aplicables al caso enjuiciado. Con esta sentencia se buscó consolidar una jurisprudencia acorde con las finalidades del Acuerdo Marco que recoge el contenido material de la Directiva 1999/70, cual es “garantizar el principio de no discriminación del trabajador temporal respecto del trabajador con contrato de duración indeterminada”.

La **STS de 27 de enero de 2004**, I.L. J 191, Sala Cuarta, analizó tres cuestiones principales del Convenio colectivo de Grandes Almacenes, dos de ellas relacionados con el principio de igualdad. En primer lugar, admitió el establecimiento de diferencias retributivas entre los trabajadores contratados para cubrir los fines de semana y los que trabajan en jornada normal, puesto que la distinción retributiva “no residía en la naturaleza del vínculo, en la intensidad del tiempo de prestación de servicios, sino en la propia naturaleza y condiciones básicas de la contratación, hecha para llevar a cabo la actividad en domingos y festivos”. Así mismo, consideró lícita la distinción, en lo referente al sistema de turnos de trabajo y descansos, entre el personal en los centros comerciales y el que desempeña sus tareas con independencia de la apertura o no de éstos.

En cambio mereció la censura de la Sala la previsión convencional que alteraba determinadas cláusulas de los contratos individuales, concretamente la obligación de trabajar en

## I. Fuentes del Derecho

domingo para los trabajadores cuyo contrato especificaba lo contrario. La Sala declaró que “el Convenio no es el cauce idóneo para dejar sin efecto determinados aspectos del contenido individual de uno o varios contratos de trabajo”. Precisó la sentencia que “para que fuera lícita su previsión, tendría que haber previsto la posibilidad de tal modificación de las referidas condiciones más beneficiosas, se llevase a cabo a través de la norma de derecho necesario que contempla esa posibilidad: el art. 41 ET”.

### C) Convenios extraestatutarios

Parece aceptarse en términos generales que las cualidades del convenio colectivo como fuente del Derecho no son aplicables a los convenios extraestatutarios. La **STS de 19 de enero de 2004**, I.L. J 115, Sala Cuarta, dentro de una línea consolidada de jurisprudencia, resolvió un litigio planteado a propósito de la remisión en el convenio de empresa a un convenio colectivo extraestatutario que fijaba la duración de los contratos eventuales por circunstancias de la producción. Al plantearse el cese de una trabajadora no afiliada a los sindicatos que habían tomado parte en su celebración, la empresa alegó que el contrato era eventual, conforme a las prórrogas establecidas por dicho convenio, mientras que la trabajadora reivindicó su carácter de indefinida. La aplicación de un convenio extraestatutario, señaló la Sala, requiere que el trabajador o el sindicato al que está afiliado lo haya negociado o se haya adherido a él posteriormente, por lo cual la prórroga que la empresa creía estar llevando a cabo fue declarada una contratación indefinida.

Sin embargo, en una cuestión diferente del tratamiento de esta clase de acuerdos, en la **STS de 29 de enero de 2004**, I.L. J 24, Sala Cuarta, se ratificó una línea jurisprudencial abundante que afirma que el procedimiento de impugnación de convenios de los arts. 161 y siguientes LPL es apropiado para el examen de los convenios de carácter extraestatutario. No es admisible reservar este procedimiento para los convenios regulados en el Título III ET, aunque la dicción literal del precepto establezca tal cosa. La lectura del artículo en consonancia con el art. 163.1 ET, que habla de la legitimación activa para impugnar “un convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia” por los trámites de este proceso lleva a una interpretación amplia e incluyente de los convenios extraestatutarios.

### D) Sucesión de convenios y principio de irregresividad

Si bien durante un tiempo se consideró que todos los derechos conseguidos en la negociación colectiva eran posiciones que ya no podían ser abandonadas, la práctica convencional actual demuestra que en ocasiones es necesario ceder en tales posiciones para conseguir mejoras en otros aspectos. Así se puso de manifiesto en la **STS de 27 de enero de 2004**, I.L. J 47, Sala Cuarta, que declaró, con la base del art. 3 CC sobre la interpretación de las normas en el sentido propio de sus palabras, que una obligación contenida en un convenio que no aparece en el que la sucede se considera extinguida. En la misma línea se halla el art. 86.4 ET, que establece la derogación del convenio anterior por el posterior, salvo en lo expresamente declarado vigente.

De ahí que descartara la Sala que las obligaciones que exigían un porcentaje de contratos estables para el fomento de la contratación indefinida y que desaparecían de un convenio

a otro no fueran exigibles. El mantenimiento de artículos colaterales a la cuestión en el convenio sucesor no altera esta regla. La **STS de 3 de mayo de 2004**, I.L. J 479, Sala Cuarta, recogió también esta doctrina, a propósito de medidas de incentivo de la contratación indefinida en el convenio colectivo de Cajas de ahorros.

### **E) Concurrencia entre convenio estatal y convenio autonómico**

El carácter territorial compuesto de España y el modelo descentralizado de Estado que trae implícito también originan polémicas en el ordenamiento laboral. Éstas se centran especialmente en la colisión entre convenios estatales y convenios de ámbito autonómico, cuya concurrencia está sometida a reglas especiales.

La **STS de 26 de enero de 2004**, I.L. J 48, Sala Cuarta, estudió en concreto la concurrencia entre convenios de ámbito estatal y aquellos de ámbito inferior, pero superior al de empresa, que cumplan los requisitos del art. 84.2 ET. El convenio estatal de la Madera vetaba determinadas materias contenidas en dicho artículo, lo cual fue atacado por la Federación de Construcción y Madera de la CIGA, deseosa de negociar a nivel autonómico cuestiones como la movilidad funcional.

Siguiendo la orientación de la ley, calificada en la sentencia como “de marcado signo autonomista”, la Sala ha señalado que la extensión aplicativa del art. 83.2 ET ha quedado sensiblemente reducida por lo establecido en el artículo citado, ya que esa clase de convenios, siempre que no traten de las materias excluidas por el art. 84.3, pueden desplazar la regulación establecida en el convenio de ámbito nacional. Únicamente en las condiciones fijadas por el ET puede producirse esta invasión, sin que pueda “reconocerse virtualidad ni eficacia a aquellos pactos o contratos que lo contradigan”.

### **F) Vigencia y ultraactividad**

En ocasiones, la prohibición de concurrencia da lugar a problemas posteriores incluso a la resolución de la situación inicial. En la **STS de 28 de enero de 2004**, I.L. J 19, Sala Cuarta, se estudió la petición de volver a considerar válidos determinados artículos del Convenio colectivo de Galicia para Actividades de Ayuda a Domicilio declarados nulos de pleno derecho por concurrir con el Convenio colectivo estatal de Residencias Privadas de Personas Mayores y del Servicio de Ayuda a Domicilio, una vez que terminó la vigencia de éste y cesó la concurrencia. La Sala consideró que si dichos artículos habían perdido anteriormente su validez por ser contrarios a una norma imperativa en modo alguno podrían recuperarla del modo invocado. Sí cabría, lógicamente, la elaboración de un nuevo convenio que contuviera tales previsiones.

La duración extendida en el tiempo de determinadas cláusulas de los convenios colectivos provoca problemas de interpretación a la hora de valorar la prohibición de concurrencia establecida en nuestro ordenamiento. La **STS de 2 de febrero de 2004**, I.L. J 72, Sala Cuarta, se pronunció sobre la concurrencia entre el Convenio estatal de Enseñanza no

## I. Fuentes del Derecho

Reglada, en situación de ultraactividad, y el Convenio colectivo de Enseñanza Privada de Euskadi, aprobado posteriormente. La Sala consideró que la ultraactividad no es asimilable a la vigencia efectiva que requiere el art. 84.1 ET para que se produzca la prohibición de concurrencia, y admitió por tanto la regulación establecida en el convenio autonómico posterior. En el mismo sentido se pronunció la **STS de 17 de mayo de 2004**, I.L. J 567, Sala Cuarta, si bien en el marco de una supuesta concurrencia entre un ultraactivo Convenio de sector del Transporte Aéreo y un posterior convenio de franja entre Air Europa y los técnicos de mantenimiento de aeronaves.

### G) Interpretación

Es de sobra conocida la consolidada línea jurisprudencial sobre la interpretación de los convenios colectivos que aparta tal función de las partes. En la **STS de 15 de mayo de 2004**, I.L. J 430, Sala Cuarta (y en la **STS de 19 de mayo de 2004**, I.L. J 496, Sala Cuarta) se reafirmó claramente la doctrina anterior sobre la interpretación del convenio colectivo. A pesar del valor que debe atribuirse, siguiendo el art. 1282 CC, a la conducta de las partes, encarnada en los informes de la comisión paritaria, para la Sala es claro que “la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica o ponga de manifiesto la notoria infracción de algunas de las normas que regulan la exégesis contractual”.

### H) Aplicabilidad de convenios provinciales

La extensión del principio *iura novit curia* en el ordenamiento laboral conoce especialidades a la hora de la aplicación de los convenios colectivos, en especial de los de ámbito inferior al estatal, cuya alegación y prueba puede implicar dificultades en ocasiones. Se pronunció la **STS de 27 de abril de 2004**, I.L. J 333, Sala Cuarta, en el marco de una Demanda de Error Judicial, sobre la obligación de Jueces y Tribunales de conocer los convenios colectivos provinciales de su ámbito de competencia. Recogiendo doctrina anterior de la propia Sala y del TC, dijo la sentencia que estas normas han de ser aplicadas de oficio, siguiendo el principio *iura novit curia*, cuando “la publicación del Convenio haya tenido lugar en un diario oficial autonómico; (...) la parte haya proporcionado datos suficientes para identificar la misma [sic]; y (...) la competencia del órgano judicial no exceda del ámbito territorial del correspondiente diario oficial”.

### I) Acuerdo Marco de Correos y Telégrafos

Algunos acuerdos colectivos tienen en ocasiones una naturaleza dudosa, siendo ésta una cuestión decisiva a la hora de resolver los litigios que puedan plantearse. Tal fue el caso de la **STS de 10 de mayo de 2004**, I.L. J 487, Sala Cuarta, que se pronunció sobre la naturaleza del Acuerdo Marco sobre mejora de las condiciones profesionales del personal de la Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos. La Sala negó la condición de convenio colectivo estatutario, por regular condiciones de trabajo de funcionarios y por carecer de la tramitación y publicación oportuna. Tal Acuerdo no es una norma jurídica

invocable en casación, puesto que carece de publicación oficial; no procede de ninguna autoridad con competencia normativa en nuestro Derecho, y recogiendo la doctrina de la Sala Tercera, es nulo de pleno derecho por regular unitariamente las condiciones de trabajo de los funcionarios y del personal laboral.

### J) Convenios colectivos y acuerdos de empresa

Las tendencias favorables a la flexibilización del Derecho del trabajo provocaron la inclusión en nuestro ordenamiento de reglas sobre acuerdos de empresa, cuya puesta en práctica origina numerosas disputas judiciales. En la **STS de 11 de mayo de 2004**, I.L. J 614, Sala Cuarta, se estudió la posibilidad de que un Acuerdo de empresa fuera contra el convenio colectivo sectorial estatutario, aun cuando estableciera condiciones peyorativas para los trabajadores. Atendiendo a la redacción del art. 41.2 ET, entendido como cláusula de flexibilidad para “una más adecuada organización de los recursos de la empresa”, la Sala reconoció la validez de dichos Acuerdos, siempre en el marco de las materias delimitadas por la norma legal. En este caso las cuestiones tratadas, como plus de penosidad, incentivos o plus de nocturnidad, sí se ajustaban a dicho campo de referencia.

## 6. CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

Inició en la relación entre convenio y contrato individual la **STS de 26 de marzo de 2004**, I.L. J 298, Sala Cuarta. La absorción de los incrementos retributivos de los trabajadores de una empresa como consecuencia del cumplimiento de trienios, que llevaba implícita en la práctica empresarial la minoración en la misma cuantía de complementos previstos en el contrato de trabajo, fue declarada contraria a Derecho.

En el marco de esta sentencia, la Sala recordó que “el principio *iura novit curia* permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque no hayan sido invocados por los litigantes; el órgano judicial sólo está vinculado por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito”. Sobre el fondo del asunto, la Sala afirmó claramente que la heterogeneidad de los conceptos retributivos excluye las prácticas de absorción y compensación que la empresa pretendía llevar a cabo.

La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 24 de marzo de 2004**, I.L. J 619, estudió el caso de un trabajador a quien su empresa alteró su régimen de descanso semanal, que era una condición más beneficiosa adquirida a título personal por el trabajador. La sentencia recogió la doctrina del Tribunal Supremo sobre la materia recordando que la condición más beneficiosa es “una mejora de las condiciones laborales nacida o generada por la voluntad de los interesados, mejora que se incorpora al conjunto de los derechos del trabajador o trabajadores afectados, integrando una ventaja para éstos emanada del propio

## I. Fuentes del Derecho

querer de las partes”. Basándose en ello, la Sala se pronunció a favor del mantenimiento de los derechos del trabajador que la práctica empresarial conculcaba.

### 7. REGLAMENTOS CORPORATIVOS O DE RÉGIMEN INTERNO

En determinadas ocasiones se suscitan cuestiones sobre normas que no tienen carácter de fuente del Derecho, pero que sí son fuentes de obligaciones para los que están afectados por ellas. Por su naturaleza dudosa se han recogido aquí estos casos, lindantes con las fuentes.

#### A) Reglamento de Personal de Cámara de Comercio

La STS de 11 de mayo de 2004, I.L. J 537, Sala Cuarta, rechazó estudiar el Reglamento de Personal de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, atendiendo a que regula aspectos que van más allá de la relación laboral. Su carácter de acto o disposición de una Corporación de Derecho público lo sitúa fuera de la jurisdicción social y dentro del ámbito de la contencioso-administrativa. No queda clara en la sentencia la naturaleza normativa de este tipo de Reglamentos, pero su afectación a la jurisdicción contencioso-administrativa podría ser un indicio de su carácter de fuente.

#### B) Estatutos sindicales

La STS de 8 de marzo de 2004, I.L. J 254, Sala Cuarta, declaró incontestablemente que “las reglas contenidas en los estatutos de los sindicatos no son normas del ordenamiento jurídico a efectos de fundar un motivo amparado en el apartado e) del art. 205 LPL”. El verdadero carácter de los estatutos, para la Sala, es el de una regulación privada dedicada a cuestiones y circunstancias de las organizaciones sindicales implicadas, “sin ninguna relevancia general desde la perspectiva del ordenamiento jurídico del Estado”. Por lo tanto, carecen del rango de fuente de Derecho y no pueden ser invocadas como fundamento de un recurso de casación.

JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO



**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. i) Otros. **3. Supuestos excluidos.** A) Relaciones funcionariales y estatutarias. B) Prestaciones personales obligatorias. C) Administradores sociales. D) Trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad. E) Trabajos familiares. F) Mediadores mercantiles con asunción de riesgo. g) Trabajos de colaboración social. **4. Zonas Grises.** A) Transportistas. B) Personal contratado en Administraciones Públicas. C) Autónomos. D) Profesiones liberales. E) Socios empleados. F) Arrendatarios y aparceros. G) Toreros. H) Religiosos. I) Trabajadores extranjeros. J) Otros. **5. Noción de trabajador en el sistema de seguridad social.** A) Trabajador por cuenta ajena. a) Familiares. b) Extranjeros. B) Inclusiones por asimilación. a) Socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas. b) Conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares. c) Personal civil no funcionario al servicio del Estado. d) Personal civil no funcionario al servicio de la Administración Local. e) Laicos y seglares que prestan servicios en instituciones 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, benévolo o de buena vecindad. b) Servicios que dan lugar a la inclusión en un Régimen Especial. c) Actividades excluidas del sistema de Seguridad Social. **6. Trabajadores sometidos a la jurisdicción española.**

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

## CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica analiza las sentencias recogidas en los números 1 a 4 (2004) de *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1 a J 672) en torno al concepto de trabajador.

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

– STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de marzo de 2004, I.L. J 672 (recurso de suplicación 745/2002).

1. En los hechos probados consta que el actor actuaba como redactor de la Agencia EFE tras la celebración de un denominado contrato de arrendamiento de servicios. En algunas ocasiones, la empresa encomendaba al actor trabajos concretos, aunque en otras eran éstos propuestos a la empresa por el redactor. No prestaba horario fijo, ni jornada, puesto que la actividad se prestaba en el domicilio del propio actor, pero éste quedaba a la disposición de la empresa incluso los fines de semana, utiilizando los medios informáticos y tecnológicos facilitados por la empresa, facturando mensualmente, con IVA, la cantidad fija de 150.000 pesetas, y disfrutando de un mes de vacaciones cada año. El actor no estaba incluido en el régimen general de la Seguridad Social sino en el RETA. Sobre estos hechos, el juzgado de instancia declaró la existencia de relación laboral, desestimando la excepción de incompetencia opuesta por la empresa. Interpuesto recurso de suplicación por parte de la misma, la Sala lo desestima y confirma la sentencia originaria.

2. Recuerda la Sala que asuntos análogos han sido abordados anteriormente en otras sentencias (por ejemplo en Sentencias de 22 de octubre de 1990, 19 de abril de 1991, 24 de noviembre de 2000 y 11 de julio de 2003), no siendo el asunto ajeno tampoco a la jurisprudencia social (por ejemplo, en sentencias de 31 de marzo de 1997 y 19 de julio de 2002). Afirma que en la Sentencia de 22 de octubre de 1990 se dijo que si el reportero prestaba servicios como corresponsal de la provincia de Albacete sin sujeción de horarios, sirviéndose de material de Televisión Española y percibiendo emolumentos en cantidad variable, en función de que los reportajes realizados fueran elegidos para su emisión, su actividad no podía encuadrarse en el ámbito de la relación laboral debido a que no concurrían ni la dependencia, entendida como encuadramiento o inserción dentro del esquema jerárquico de la empresa, con acatamiento de las órdenes y directrices de ésta, sujeción a una jornada laboral y horario mínimamente determinados; ni la ajeneidad ya que el material rodado era propiedad del reportero y la entidad televisiva se limitaba a escoger de aquel material que se le ofrecía el que más convenía a sus intereses, abonándole al reportero el importe acordado por las partes; por lo que la relación jurídica debía calificarse de arrendamiento de servicios de derecho civil. Por el contrario en la Sentencia de 19 de abril de 1991, se estableció que si el reportero, que prestaba servicios como corresponsal de la provincia de Guadalajara, realizaba la cobertura de aquellas noticias

## II. Trabajador

seleccionadas por el Coordinador del Centro Regional de la entidad televisiva, utilizando al efecto elementos técnicos suministrados por dicha entidad, y entregando todo el material informativo a la demandada, que se apropiaba del mismo y determinaba lo pertinente en relación con su emisión, fijándose la remuneración por unidad de tareas realizadas en función de una valoración establecida en función de la mayor o menor importancia de la información cubierta; entonces, tal actividad debía calificarse de relación laboral, al concurrir las notas de dependencia, al someterse el reportero a las directrices de la entidad televisiva en orden a la cobertura de los acontecimientos noticiables que el reportero debía cubrir, de suerte que éste no era libre de determinar la labor a realizar, sino que estaba vinculado por los particulares instrucciones de la entidad; así como la nota de ajeneidad, ya que la entidad televisiva se apropiaba de la totalidad del material informativo, decidiendo posteriormente sobre la conveniencia o no de su emisión. A su vez, en la Sentencia de 24 de noviembre de 2000, se estableció que si la determinación de los eventos que debía ser objeto de cobertura informativa se llevaba a cabo cada día bien por la jefatura de informativos de Castilla-La Mancha, bien, esporádicamente, por los servicios centrales; realizando el demandante su labor con exclusividad para la entidad demandada, con plena disponibilidad horaria; pasando a propiedad de la demandada todo el material informativo elaborado por el actor, que percibía unos emolumentos en función del número de noticias o eventos cubiertos en cada caso; utilizando para el desarrollo de su trabajo material gráfico propiedad de la demandada, todo lo cual demuestra la concurrencia de las notas de dependencia y ajeneidad, características del contrato de trabajo, tal como viene perfilado en el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores. Tras otras varias expresivas de la dualidad interpretativa, en la Sentencia de 11 de julio de 2003 se resolvió que el actor, reportero gráfico, que venía prestando servicios, bajo la cobertura de un contrato verbal de arrendamiento de servicios, de modo ininterrumpido para la entidad demandada, y que ésta le facilitaba todo el material de grabación, cámaras, grabadoras ópticas, alimentadores, focos, micrófonos y demás utensilios necesarios, disponiendo de acceso a los locales de Radio Nacional de España en Cuenca, y recibía las instrucciones del redactor literario aunque en otras ocasiones proponía sus propias noticias que unas veces eran aceptadas o no por el Centro Territorial de TVE de Toledo, servicios que le eran retribuidos mediante la modalidad conocida por retribución a la pieza, abonándose una cantidad por cada reportaje realizado (misma sentencia antes citada). Y se decía que no constituía obstáculo para la calificación jurídica de la relación el hecho de que en aquellos momentos en que el actor disfrutaba de vacaciones, se hiciese cargo de la información su padre, que con anterioridad prestaba igual servicio para la misma entidad, pues ello se revela como una imposición de la empresa, desde su posición dominante y desconocedora de todo derecho laboral del demandante. Ni tampoco era decisivo que, al propio tiempo que realizaba su cometido de reportero gráfico para TVE, prestase servicios, desde 1999 al 15 de mayo de 2001, para la Diputación Provincial de Cuenca en horario de mañana, si el demandante realizaba su cometido.

Este rigor expositivo se proyecta, de inmediato, al supuesto de hecho, considerando que están presentes en el mismo las notas caracterizadoras de la relación laboral, a saber:

A) En cuanto a la nota de voluntariedad en la prestación de servicios, su presencia, no puesta en duda en ningún momento por las partes procesales, resulta incuestionable.

B) Igualmente la exigencia referida a retribución por el trabajo prestado. Es relevante en el caso el sistema de retribución. Obsérvese que la realidad es distinta a lo nominalmente pactado. Y aunque, como regla general, es indiferente a estos efectos la modalidad retributiva, no puede pasarse por alto que una retribución uniforme y regular es común a una prestación en régimen de laboralidad, frente a la retribución por noticia o unidad de obra. Ya tenemos una nota que aproxima el examen de la cuestión al campo de lo laboral.

C) En cuanto a la nota de ajeneidad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo indica que por tal hay que entender la situación en que “los beneficios o ingresos que genera el trabajo pasan directamente a la pertenencia del demandado”, así como que dicho término equivale a “consiguiente asunción de riesgo por la empresa”. Dicha nota aparece en el caso. Las noticias redactadas que remitía el actor pasaban a ser de titularidad del empresario.

D) En cuanto a la nota de dependencia, indica la jurisprudencia enseña que “(...) es preciso tener en cuenta que no es necesaria una subordinación absoluta, sino únicamente la inclusión en el ámbito organizativo y rector” del empresario, así como que la línea divisoria entre el contrato de trabajo y el arrendamiento de servicios “está en lo que la jurisprudencia llamó integración en el círculo rector y disciplinario del empresario”, concepto que en la legislación vigente se formula como prestación del “servicio (...) dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica”, precisando que “dicha dependencia no exige ya la presencia física del trabajador en las instalaciones empresariales con sujeción a un horario determinado ni siquiera, tampoco, la exclusividad en la prestación del trabajo contratado”. Añadiendo la jurisprudencia que el hecho de que un trabajo se haya realizado utilizando medios materiales de una empresa no es dato suficiente para establecer la existencia de una forma limitada de dependencia. Porque es claro que la nota de la dependencia no puede contemplarse de manera rígida o unidireccional, como quiere hacer ver la empresa indicando que la no existencia de centro de trabajo físico en Cuenca, que el actor redacte las noticias en su domicilio y que no tenga obligación de acudir al centro de trabajo de la empresa en Toledo, demuestran que no estaba dentro del ámbito organizativo ni de su círculo rector. En el caso de autos, la nota de dependencia se da con intensidad pero desde otras perspectivas no estrictamente locativas (de presencia en el lugar de trabajo) o de sujeción a horarios. Desde este punto de vista, por las propias características de la prestación de servicios, la nota de dependencia debe ser examinada de manera atenuada. Pero la dependencia se muestra intensa cuando vemos que la empresa es la que asume e imparte órdenes sobre actividades informativas a cubrir. Y lo hace diariamente. Y el actor está sujeto a cubrir informaciones, incluso fines de semana. Existe, por tanto, un control de la programación que equivale una preordenación temática de los eventos a cubrir, y siendo esporádico la actividad temática sugerida a instancia del actor. El tiempo de dedicación y la exigencia de disponibilidad revelan dependencia. Pero no todo queda ahí, la empresa concede vacaciones al demandante, y lo sustituye durante ese mes por otra persona.

## II. Trabajador

3. Estamos aquí en presencia de una sentencia excepcional tanto por el rigor jurídico que manifiesta cuanto por el valor pedagógico de la misma. No se limita a resolver el caso sometido a enjuiciamiento —que, naturalmente, queda bien resuelto desde el punto de vista técnico— sino de orientar a quienes se encuentren en situaciones análogas sobre la distinción entre relaciones laborales incluidas y excluidas del ordenamiento laboral. La sujeción de la cuestionada a este especial ordenamiento ha de merecer, en todo caso, la crítica positiva.

### 2. SUPUESTOS INCLUIDOS

#### C) Relaciones de carácter especial

##### a) Alta dirección

– STSJ de Andalucía (Málaga) de 23 de enero de 2004, I.L. J 587 (recurso de suplicación 1395/2003).

1. Un trabajador había sido socio fundador de una sociedad anónima y trabajaba para la misma. En un determinado momento, una segunda sociedad presenta una oferta de compra del cincuenta por ciento del capital social de la sociedad para la que el actor trabajaba, incluyendo en dicha oferta una promesa de contratación del actor y otros socios como altos directivos (caso del actor) o, en su caso, como trabajadores comunes, fijando a este efecto cláusulas de blindaje para el supuesto de extinción sin causa justificada de la relación laboral. La sociedad en cuestión adquirió finalmente el cincuenta por ciento de la sociedad, si bien ninguna de las promesas contractuales realizadas se plasmaron en contratos escritos. Un tiempo después, el actor presenta su dimisión como consejero delegado, siendo ésta aceptada, pasando así a desempeñar tareas de delegado provincial y de director de operaciones. Finalmente, la empresa extinguió la relación tres meses después de la dimisión.

2. El trabajador demandó por despido y solicitó la aplicación de las cláusulas de blindaje contenidas en la promesa de compra. El Tribunal considera que se trata de una promesa de contrato o precontrato que no llegó nunca a plasmarse en un contrato de trabajo, pero que no resulta vinculante para las partes, puesto que “no es posible apreciar en la empresa demandada mala fe o engaño por cuanto que la promesa de contrato no llegó a materializarse y ni siquiera fue reclamada dicha materialización por el actor”.

3. Se trata de un complejo supuesto de promesa de contrato, en el que no se entra a valorar si la relación del trabajador con la sociedad era laboral o mercantil, pese a haber desempeñado el cargo de consejero delegado, asumiendo en este sentido que se trataba de una relación laboral común, y no de alta dirección. El Tribunal considera que la citada promesa no es suficiente para entender que las condiciones fijadas en la misma se aplican sin más a la relación laboral preexistente, y exige al trabajador una conducta activa requiriendo la materialización de la promesa en un documento escrito. De admitirse la existencia de una promesa de contrato, cosa discutible, el trabajador podría haber reclamado daños y perjuicios una vez producido el incumplimiento contractual, pero nunca podría atenderse

su pretensión de que las cláusulas de blindaje que en dicha promesa se recogían, resultaran de aplicación en el ámbito de la relación laboral preexistente.

#### **f) Mediadores mercantiles sin asunción de riesgos**

– STS de 23 de marzo de 2004, I.L. J 245 (recurso de casación para unificación de doctrina 3896/2002).

1. Los hechos dan cuenta de las complejas relaciones entre un Director Provincial y una Compañía de Seguros, quien amén del vínculo laboral indiscutido concertaba anualmente otras condiciones para el desempeño de actividades de carácter mercantil. Por la relación laboral percibía una retribución salarial fija, dándose todas las restantes condiciones propias de un supuesto contractual laboral, mientras que por la relación mercantil recibía una compensación complementaria no superior al doscientos cincuenta por ciento de la retribución laboral fija, ni inferior al cuarenta por ciento del sueldo base en el cómputo anual correspondiente a su categoría laboral. Realizada una reclamación por cantidad –tras otra de despido que queda fuera de contemplación en la sentencia que se comenta– la estiman tanto el Juzgado de instancia como la correspondiente Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia competente para conocerla, condenando a la compañía de seguros al pago de la cantidad objeto de la demanda. Contra dicha sentencia, se interpone recurso de casación para unificación de doctrina, alegando la empresa recurrente que la sentencia localizada como de contraste apreció, en un caso análogo, concurrir incompetencia jurisdiccional del orden social, dado que la relación mercantil había de predominar sobre la laboral, que quedaría difuminada en la primera, existiendo en realidad una única relación contractual.

2. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo acepta la contradicción, aunque no entra a resolver el recurso por dificultades de orden técnico procesal, procediendo no obstante a realizar una argumentación aplicable al caso supuesto que pudiera ser objeto de resolución por sentencia en cuanto al fondo. Se trata, pues, de una argumentación desconectada del fallo, pero no por ello carente de interés. Interés sin duda doble, primero, por aportar criterios para la delimitación de los supuestos de hecho incluidos en las Leyes 9/1992 (de 30 de abril, reguladora de la actividad de mediación en los seguros privados) y 12/1992 (de 27 de mayo, sobre régimen jurídico del contrato de agencia), respecto de la actividad desplegada por el demandante; segundo, por aceptar plenamente que entre dos personas puedan coexistir, en la mediación de seguros, una doble relación, laboral por un lado y mercantil por otro, cada una de las cuales quedará sujeta a un régimen jurídico propio. En el supuesto sometido a consideración, la relación mercantil se establecía en torno al contrato de agencia y la relación laboral, a su vez, se establecía en torno a la actividad directiva y gerencial del actor en la compañía de seguros. Es, incidentalmente relevante, la delimitación que la Sala lleva a cabo entre el caso sometido a enjuiciamiento y los que soportaron en su día las Sentencias de 18 de abril de 1985 y 23 de marzo de 1995.

## II. Trabajador

3. La mayor importancia de la sentencia estriba, sin embargo, en su posible extrapolación a los muy diversos supuestos que la realidad social puede presentar, combinando casi ilimitadamente relaciones laborales con relaciones civiles, mercantiles, administrativas e incluso canónicas o eclesiásticas. En tales casos, no hay por qué entender que una de ellas desidentifica necesariamente a la otra, sino que en principio el nacimiento, desenvolvimiento y extinción de ambas es perfectamente posible al margen de las tendencias propias del ordenamiento laboral, entre ellas la denominada *vis atractiva*.

### 4. ZONAS GRISES

#### B) Personal contratado en Administraciones Públicas

– SSTS de 30 de enero y 3 de febrero de 2004, I.L. J 114 y J 74 (recursos de casación para la unificación de doctrina 4165/2001 y 387/2003).

1. Los supuestos de hecho de estas dos sentencias plantean el mismo problema ante la jurisdicción social, que es el de la determinación de la existencia o inexistencia del derecho de los trabajadores demandantes a que se les incluya en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo Único para el personal laboral al servicio de la Administración General del Estado. En el caso de la sentencia de enero, el demandante presta servicios para el Ministerio de Asuntos Exteriores en la Embajada de España en Moscú en virtud de nombramiento del Subdirector General de Personal del Ministerio y en su hoja de servicios figura como personal laboral sin convenio. Por su parte, en el supuesto que plantea la Sentencia de 3 de febrero, la parte actora presta servicios para el Ministerio de Trabajo. Primero lo hizo como contratada administrativa de colaboración y posteriormente, una vez superadas las pruebas selectivas pertinentes, adquirió la condición de personal laboral contratado para prestar servicios como auxiliar administrativo en la Agregaduría Laboral en Alemania. Se trata, pues, de dos trabajadores que prestan servicios para la Administración Pública española en el extranjero y que demandan la aplicación del Convenio Colectivo Único a la relación laboral que mantienen con la empleadora pública.

2. El elemento relevante en estos dos casos no es el lugar de contratación, ni la inclusión o no en el nombramiento o contrato laboral del trabajador contratado para prestar servicios en el extranjero de la previsión de estar o no sometido a convenio, lo relevante es si el Convenio Colectivo Único es aplicable o no a este personal. En este sentido, el pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2003 dictó ya sentencia en la que abordó la cuestión y a su doctrina se ciñe en estas dos sentencias actuales el propio Tribunal. Precisamente, dicha sentencia de mayo de 2003, junto con otras dos que la siguieron en ese mismo año (I.L. J 809, 1251 y 1252) han sido comentadas desde estas páginas (*Justicia Laboral*, núm. 17/2004). Como ya se observó entonces, el punto litigioso de todos estos supuestos similares no es la determinación de la ley aplicable a un contrato de trabajo con prestación de servicios en el extranjero, sino saber si, ya dentro de la legislación española, una de sus normas, concretamente un convenio colectivo, integra dentro de su ámbito de aplicación contratos de trabajo como los de los demandantes. A este respecto, el Tribunal se ha interrogado acerca de cuál es el significado de la expresión contenida

en el art. 1.4.1 del Convenio Colectivo Único que excluye al personal laboral contratado en el exterior y concluye “que hay razones poderosas para entender que lo que se ha querido decir es: personal contratado para trabajar en el exterior”. Así pues, en virtud de lo dispuesto en el Convenio Colectivo Único respecto de su propio ámbito de aplicación, el Tribunal Supremo, coherente con la doctrina anteriormente establecida por él, resuelve en estas dos sentencias que comentamos estimar los recursos de la Administración y casar y anular las sentencias recurridas y resolver el debate planteado en suplicación revocando la sentencia de instancia que había declarado el derecho de los demandantes, trabajadores en el extranjero al servicio de la Administración Pública, a la aplicación del Convenio Colectivo Único a su relación laboral.

3. Parece claro que la voluntad de los sujetos negociadores del Convenio Colectivo Único iba en la línea de no extender la aplicación de sus cláusulas a los trabajadores contratados para prestar servicios en el extranjero o destinados en el extranjero. En este sentido, es revelador que se haya incluido tradicionalmente una expresa previsión de exclusión de este personal en convenios colectivos anteriores para el personal laboral del Ministerio de Economía y Hacienda, del Ministerio de Asuntos Exteriores, etc. El art. 83.1 ET dispone que los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden, pero esta libertad de las partes a la hora de conformar el ámbito de negociación no es absoluta sino que encuentra como límite principal la no vulneración del principio de igualdad y no discriminación, y así, por ejemplo, se ha declarado discriminatoria la exclusión del ámbito del convenio a los trabajadores temporales. Pero ello no debe interpretarse en el sentido de que no puedan coexistir varios convenios colectivos en una empresa, lo reprochable será que se impusieran a través de esta diversidad peores condiciones laborales a un grupo de trabajadores sin que ello se pudiera justificar objetiva y razonablemente. Pues bien, en el supuesto de los trabajadores contratados por la Administración para prestar sus servicios en el extranjero, llama la atención la profusión de demandas en reclamación de la aplicación de lo dispuesto en el Convenio Colectivo Único cuyo art. 1.4.1 los excluye de su ámbito de aplicación. Este número importante de reclamaciones presentadas por los trabajadores es indicativo de que consideran más beneficioso para sus intereses como trabajadores lo dispuesto en el citado convenio colectivo, la cuestión es saber si existe un fundamento razonable y objetivo que justifique su exclusión del ámbito de aplicación de aquél y puede considerarse que sí es un supuesto razonable de exclusión la prestación de servicios en delegaciones o en sedes situadas en el extranjero que suelen reunir ciertas características propias que aconsejan una negociación separada y específica de sus condiciones laborales. Así ha venido sucediendo con el personal laboral contratado para prestar servicios en el exterior dado que ya en 1998 se suscribió un Acuerdo entre la Administración y los sindicatos más representativos para la negociación de las condiciones laborales del personal del servicio exterior. Ello evidencia que las partes negociadoras asumían como elemento diferenciador relevante el lugar de la prestación de servicios. Ahora bien, ello no debería, a mi juicio, impedir que en el futuro este colectivo de personal integrara dentro del ámbito de aplicación del Convenio Único sus condiciones de trabajo, para ello no habría obstáculo en incorporar algunas previsiones específicas para este personal lo que, por otra parte, no es infrecuente en otros convenios y mucho menos

## II. Trabajador

ha de serlo en el ámbito de la Administración General del Estado dada la heterogeneidad de los trabajadores que en ella prestan servicios. Por último, se debe recordar que si el trabajador ha estado prestando servicios para la Administración española en el extranjero con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio Colectivo Único y en la actualidad presta servicios en España, está incluido dentro del ámbito de aplicación del Convenio y por ello puede pedir el reconocimiento de los servicios prestados con anterioridad según lo dispuesto en el art. 75.1 del propio Convenio Colectivo Único.

### I) Trabajadores extranjeros

– STS de 8 de enero de 2004, Sala Tercera, I.L. J 3 (recurso de casación 2581/2001).

1. En esta ocasión el orden jurisdiccional competente para la resolución del conflicto es el contencioso-administrativo. Los hechos a los que responde la determinación de la competencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo son los siguientes: Ante el Alto Tribunal se presenta por parte del Abogado del Estado recurso de casación frente a una Sentencia de un Tribunal Superior de Justicia en materia de denegación de permiso de trabajo a un ciudadano de nacionalidad no española. Tal denegación se inserta en el procedimiento de renovación del permiso de trabajo por cuenta ajena tipo B iniciado por un trabajador marroquí. Su solicitud fue denegada por la Dirección Provincial del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y contra esta decisión se interpuso recurso de alzada ante la Dirección general de Migraciones del mismo Ministerio. Este recurso fue desestimado, con lo que se inició el proceso en vía contenciosa. El Tribunal Superior de Justicia correspondiente sí estimó el nuevo recurso interpuesto, destacando en su resolución el hecho de que el único motivo en el que los órganos competentes se basaron para denegar la renovación del permiso fue la existencia de un informe de la policía relativo al trabajador solicitante, en el que se señala que el mismo fue detenido por un presunto delito de estafa y contra los derechos de los trabajadores. Consta además que tal causa penal fue sobreseída provisionalmente. Ante la ausencia de motivación suficiente el órgano judicial estima el recurso, estimación que dio pie al recurso de casación que ahora resuelve el Tribunal Supremo.

2. En los fundamentos de derecho la Sala Tercera del Tribunal Supremo suscribe las bases en que se apoya la resolución recurrida y cuestiona los argumentos jurídicos del Abogado del Estado. Efectivamente, ambas sentencias mantienen la jurisprudencia mantenida por el propio Tribunal Supremo de que la mera detención no puede constituirse en motivo suficiente para la denegación de la renovación de un permiso de trabajo. Los ciudadanos no españoles se encuentran amparados, al igual que los de nacionalidad española, por la garantía que ofrece la presunción de inocencia. Así pues, una decisión administrativa fundada exclusivamente en un motivo que no respeta esta presunción de inocencia es inadmisibles, más aun cuando en el supuesto concreto se produjo un sobreseimiento provisional de la causa. Por su parte, el Abogado del Estado trata de defender la postura de la Administración alegando que la causa de la denegación no es tanto el hecho de la detención como la alteración del orden público que tal detención supone. Sin embargo, la sentencia razona que en el expediente administrativo no consta en modo alguno que tal

fuera el motivo de la denegación, no siendo oportuna la introducción de nuevas causas en esta parte del proceso. De este modo se justifica la desestimación del recurso de casación planteado.

3. La principal aportación de esta sentencia, desde la perspectiva laboral, es la que se refiere al grado de complejidad que la materia de extranjería reviste, dada su pluridimensionalidad que, en este supuesto, queda referida al ámbito penal, al laboral y al administrativo. Además, es destacable la aplicación a la cuestión planteada de la normativa vigente antes de la introducción de la nueva regulación en materia de extranjería del año 2000 (art. 38 LO 4/2000, redactada por la LO 8/2000), que pretende introducir cierta racionalidad en la materia, delimitando los supuestos de renovación, que queda condicionada, de forma fundamental, a la situación general del empleo del país. Otro dato relevante es la aplicación del principio de igualdad efectiva vigente en nuestro ordenamiento entre ciudadanos, independientemente de su nacionalidad de origen, entendiéndose aplicable a todos ellos idéntica presunción de inocencia, aun cuando la propia necesidad de una autorización específica para trabajar ya marque la situación de desigualdad de partida entre unos y otros.

## J) Otros

– STS de 1 de febrero de 2004, Sala Tercera, I.L. J 95 (recurso de casación 5163/2001).

1. Un extranjero de nacionalidad senegalesa solicita renovación del permiso de trabajo por cuenta propia tipo E para la actividad de venta ambulante que había ejercido durante los años anteriores en los que obtuvo dicho permiso. Esta renovación se denegó por resolución de la DP del MTAS contra la que se interpone recurso de alzada y, posteriormente, recurso contencioso-administrativo. Este último es estimado pero contra el mismo el Abogado del Estado plantea el recurso de casación resuelto en esta sentencia.

2. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia entiende que el interesado no incumple el requisito de ocupación regular y estable a que se refiere el art. 78.2 del Reglamento de Extranjería (RD 155/1996) pues al efecto correspondiente deben tenerse en cuenta tanto las circunstancias subjetivas del trabajador como las condiciones objetivas del sector de la actividad. No procede, por tanto, exigir un pleno empleo durante todo el año anterior sin tener en cuenta aquellas circunstancias. Valora además este Tribunal que el período durante el cual trabajó el solicitante en el año anterior fue el mismo e incluso mayor que en años precedentes, en alguno de los cuales sólo consta que realizara el trabajo en un tiempo inferior. Y, sin embargo, este último dato no fue obstáculo para renovar permisos anteriores. Además se constata que, en la fecha de la solicitud, el interesado había reiniciado su actividad, que siguió ejerciendo durante los meses siguientes. Por lo demás, siempre se llevó a cabo la actividad de venta ambulante durante la época estival lo que conduce a la conclusión de que el período de trabajo acreditado al formular la solicitud fue congruente con las características de la actividad realizada. El Tribunal Supremo confirma esta sentencia y desestima el recurso de casación. Entiende este Tribunal que la

## II. Trabajador

cuestión planteada ha sido ya resuelta por sentencias anteriores considerando que la venta ambulante, cuando se acredite en forma que permite la subsistencia del interesado, es una actividad lucrativa continuada. Y, en el caso enjuiciado, el solicitante de la renovación del permiso, ejerciendo su actividad, subsistió durante los años anteriores en los cuales se le había autorizado para trabajar en España.

3. El art. 15 de la LO 7/1985 en el que se fundamenta esta sentencia exigía, además del permiso de residencia, un permiso de trabajo para todos los trabajadores extranjeros mayores de 16 años que desearan fijar residencia en España para ejercer en ella cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena. En este mismo precepto se establecía que, para los trabajos de menos de 90 días de duración, ya sean o no calificables como de temporada, la concesión del permiso de trabajo no requería el de residencia pero su validez estaría condicionada, en todo caso, a la estancia legal del titular en España. A su vez, el art. 18.3.1) de dicha ley establecía una prioridad para la obtención y, en su caso, renovación del permiso de trabajo a los extranjeros que acreditasen hallarse en alguno de los supuestos establecidos en este precepto pero, en concreto, cuando “se trate del titular del permiso de trabajo que pretenda su renovación, excepto en los trabajos de temporada o de corta duración”. Como es sabido, la normativa sobre derechos y libertades de los extranjeros en nuestro país ha sido sustancialmente modificada y, si bien la vigente LO 4/2000 mantiene en su art. 33 la exigencia de que los extranjeros mayores de 16 años que deseen ejercer cualquier actividad lucrativa laboral o profesional en España obtengan una autorización administrativa para trabajar o el permiso de trabajo, ya no efectúa referencia alguna a los trabajos de menos de 90 días de duración. Mantiene, asimismo, la prioridad para quienes sean titulares de una autorización previa de trabajo que pretendan su renovación [art. 38.2.c)] pero ya no establece excepción alguna sobre los trabajos de temporada o de corta duración. Y, eso sí, incluye un régimen especial de los trabajadores de temporada (art. 41) en virtud del cual el Gobierno deberá regular el permiso de trabajo para los trabajadores extranjeros en actividades de temporada o campaña que les permita la entrada y salida del territorio nacional de acuerdo con las características de las citadas campañas. Con todos estos datos, y subrayando el énfasis que el Tribunal Supremo realiza en las condiciones subjetivas y objetivas del trabajo desempeñado y en la reincidencia de la renovación, incluso con períodos de trabajo inferiores en años anteriores, podría admitirse que con la nueva normativa la solución del Tribunal sería bien parecida. Tan sólo la indicación sobre los regímenes de temporada como regulación especial en el art. 41 de la nueva LO 4/2000 obligaría a introducir el elemento diferenciador entre lo que se considera “actividad de temporada o campaña” y lo que no lo es, para determinar si la actividad ambulante ejercida principalmente durante los meses estivales debiera seguir este régimen jurídico especial o el régimen general sobre permiso de trabajo.

– STS de 19 de mayo de 2004, Sala Tercera, I.L. J 471 (recurso de casación 60/2002).

1. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña anula la denegación de un permiso de trabajo solicitado por el demandante, reconociendo su derecho a obtenerlo al amparo del Reglamento de Extranjería (RD 155/1996), por entender que el hallarse incurso en una causa de expulsión del territorio nacional supone la previa necesidad de haber sido sujeto pasivo de un procedimiento administrativo sancionador, sin que sea suficiente el haber

sido condenado a una pena privativa de libertad de cuatro años, dos meses y un día por delito de tráfico de drogas, que precisamente se hallaba cumpliendo el solicitante en la época en que se tramitó la solicitud.

2. El Tribunal Supremo considera en esta sentencia que la Disposición Transitoria Tercera del RD 155/1996 está guiada por un propósito que no es otro que el de facilitar la estancia y trabajo documentados de aquellos extranjeros que se encuentren irregularmente en España siempre que reuniesen determinados requisitos. Pero también es indudable que “como con harta reiteración ha venido acordando esta Sala, para ello es preciso que se cumplan dichos requisitos, cuya especificidad difícilmente puede permitir flexibilidad lo que constituyen exigencias concretas y claramente precisadas”. Entiende el Tribunal que, en este caso, asiste la razón a la Administración cuando sostiene que la interpretación que se hace en la sentencia recurrida de la Disposición Transitoria Tercera del RD 155/1996 no es acertada; porque no se trata tanto de discernir cuál es el exacto significado semántico de la expresión “no estar incurso en alguna de las causas de expulsión de los párrafos c) y d) del art. 26.1” de la LO 7/1985, cuando de averiguar el recto sentido atribuido a esa condición por el legislador, partiendo de la teleología de la norma y de la interpretación auténtica que este Tribunal le ha venido dando”. El hallarse incurso en causa de expulsión “se produce desde el momento en que concurren las circunstancias del apartado d) –condena firme a una pena privativa de libertad por delito superior a un año–. Y esa incursión es la que impide la regularización de la situación del ciudadano extranjero a tenor de la Disposición Transitoria Tercera en cuanto implica el incumplimiento de uno de los requisitos a que se subordina su concesión, con absoluta independencia de la mayor o menor prontitud con que la Administración pudiese haber procedido a la instrucción de un expediente que concluya con la sanción de expulsión, cuya efectividad siempre estaría condicionada a la decisión judicial (art. 21.2 LO 7/1985) en tanto el demandante se encontrase cumpliendo la pena privativa de libertad impuesta.

3. Ciertamente, el antiguo art. 26.1.d) LO 7/1985 establecía la posibilidad de expulsar a los extranjeros que hubieran sido condenados, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituyera en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que sus antecedentes penales hubieran sido cancelados. En la actualidad, la nueva LO 4/2000 establece como infracción grave, entre otras, la participación “en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la LO sobre Protección de la Seguridad Ciudadana” [art. 50.b)] pero reserva la expulsión del territorio español tan sólo para tres tipos de conductas entre las que no se encuentra ni la anteriormente citada ni ninguna similar a la que es objeto de consideración en esta sentencia. Y, así, el art. 53 LO 4/2000 dispone que podrá ser sustituida la multa por la expulsión del territorio español, previa tramitación del correspondiente expediente administrativo en tres supuestos: a) la realización de conductas de discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos; b) la contratación o utilización habitual de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización para contratarlos, y c) la comisión de una tercera infracción grave, siempre que en un plazo de dos años anteriores hubiera sido sancionado por dos faltas graves

## II. Trabajador

de la misma naturaleza (todos ellos recogidos en los arts. 50.d), e) y f) LO 4/2000, respectivamente). Ninguna de estos motivos coincide, pues, con el supuesto que ha promovido esta decisión judicial que, de tener que resolverse con la nueva normativa ya vigente, debería haber provocado la discusión sobre la aplicación, en su caso, del art. 50.b) LO 4/2000 pero sin admitir que el trabajador se hallara inserto en un proceso de expulsión pues, en este caso, procedería únicamente la sanción tipificada el en art. 51.1.c) LO 4/2000 para las infracciones muy graves (multa desde uno hasta diez millones de pesetas, esto es, desde 6.000 a 60.000 euros).

– STSJ de Canarias (Las Palmas) de 18 de marzo de 2004, I.L. J 640 (recurso de suplicación 1729/2003).

1. La relación del actor con la Fundación Orquesta Filarmónica de Gran Canaria consistió en el disfrute de una beca, realizando las tareas de Cantante tenor, desde el día 1 de julio de 2000. En concepto de beca percibió, tras descuentos, cantidades anuales de 90.000 pesetas (540,91 euros). El actor recibía formación de técnica vocal, solfeo, material musical y una entrada a los conciertos de la temporada, así como en los conciertos extraordinarios en los que participase el Coro, gestionando con otras organizaciones musicales la asistencia de los miembros del Coro a todo tipo de conciertos (ópera, zarzuela, etc.) A ello se añadía la promoción y participación gratuita en todo tipo de actividades musicales formativas (charlas, coloquios, conferencias, etc.) y el apoyo en actividades de carácter lúdico, un viaje anual de especialización musical, en las Islas, Península o extranjero, con todos los gastos pagados. El actor –que, por cierto, era a la vez abogado ejerciente– actuó con el Coro en el Concierto de Navidad del año 2000, los días 22 y 23 de diciembre de 2000, en el Concierto de Semana Santa los días 6, 7, 9 y 10 de abril de 2001, en la Gala lírica del 29 de junio de 2001, en el Concierto de Navidad del período 2001-2002, el 22 de diciembre de 2001, en el Concierto de Semana Santa el 26 de marzo de 2002. En el mes de noviembre de 2002 la Fundación comunicó al actor por carta su baja definitiva por su comportamiento creador de dificultades y tensiones en el desarrollo de su actividad. Añade el relato fáctico de la sentencia que todos los cantores de los distintos Coros de la Fundación demandada tienen el carácter de becario, no existiendo ninguno que tenga contrato laboral siendo así que el objeto de la Fundación es, en sentido amplio y preferente, facilitar el acceso de la juventud y la tercera edad a las actividades culturales y, más específicamente, a las musicales, líricas, operísticas y coreográficas que constituyan su programación y gestión promover y ejecutar todas aquellas iniciativas que incidan en el fomento y potenciación de la cultura.

2. La parte dispositiva de la Sentencia de instancia estima la excepción de incompetencia jurisdiccional, remitiendo al orden civil. Recurrída en suplicación, la Sala desestima asimismo el recurso, confirmando aquélla en todos sus términos. Se razona en los fundamentos de derecho que el elemento axial para diferenciar beca y contrato de trabajo es el control del beneficio mayor; si el mismo aprovecha fundamentalmente al perceptor estamos en presencia de una beca, con independencia de algún tipo de beneficio para el donante; si el beneficio principal es para el donante, estamos ante un contrato de trabajo, dando por supuesto el beneficio del perceptor que, como mínimo, estará constituido por la percepción económica. Aplicadas estas consideraciones a los hechos probados se

confirma que no existe relación laboral, sino una prestación de actividad encajable en el marco de las becas, donde lo determinante es la formación teórica y práctica del cantor; lo que se pone de relieve no sólo con la existencia de la actividad formativa, sino con el hecho de que en una temporada hayan realizado nueve actuaciones. Se trata, por tanto, de un abogado en ejercicio que tiene una bella afición, el canto, y que la fomenta y desarrolla a través de su participación en un coro que pertenece a una fundación sin fin de lucro cuyo objeto es difundir la cultura musical en las Islas. No puede, pues, afirmarse que se trata de una relación laboral, y en tal sentido la Sala comparte el símil que se hace con los deportistas profesionales, en el sentido de distinguir el amateur o aficionado que practica una actividad que no es su medio de vida y que es en realidad un hobby y el profesional que hace de esa actividad un medio de vida.

3. Con argumentos no exentos de originalidad –como el de establecer quién obtiene mayor ventaja con la beca, el “becante” o el “becario”– la Sala viene a corroborar, una vez más, que la teoría jurídica sobre la laboralidad o extralaboralidad de las concretas relaciones por las que una persona actúa a las órdenes de otra depende siempre de los matices que recogen los hechos probados de las resoluciones judiciales mismas. Una leve modificación en el *factum* determina inevitablemente la modificación del *dictum*, por lo cual es imposible compartir las generalizaciones que se utilizan frecuentemente con escaso rigor. Tan inexacto sería, pues, afirmar que los becarios de un coro filarmónico no son trabajadores, como afirmar que sí lo son. Con referencia al caso de autos, las circunstancias concurrentes impiden criticar de modo adverso las dos sentencias coincidentes en su fallo desestimatorio.

– STS de 1 de junio de 2004, I.L.J 552 (recurso de casación 12/2003).

1. La presente sentencia resuelve un conflicto colectivo que tiene su origen en una demanda formulada por la Entidad Caixa de Ahorros de Vigo, Ourense e Pontevedra en solicitud de que se declare que los empleados de dicha entidad que han sido prejubilados no tienen derecho a formar parte del cuerpo electoral, como electores o elegibles, a los fines de constitución de los órganos de representación colectiva en la empresa. En concreto, la empresa y los sindicatos firmaron un “Pacto Laboral” que establecía que las condiciones para las prejubilaciones, producidas como consecuencia de un proceso de fusión, se llevarían a cabo bajo la fórmula de suspensión de la relación laboral y con la suscripción de un convenio especial con la Seguridad Social a cargo de la Caja o mediante licencia retribuida permaneciendo en alta en el sistema, garantizándose al prejubilado una percepción de entre el ochenta y nueve por ciento y el noventa y cuatro por ciento en función de la edad y el colectivo sobre el salario bruto del empleado. Los prejubilados asumían el compromiso de solicitar y pasar a la situación de jubilación reglamentaria en el mismo momento en que cumplieran los requisitos exigidos por la legislación vigente para la misma. El problema se plantea cuando, iniciado un nuevo procedimiento electoral, se suscita si los prejubilados deberían estar incluidos o no en el censo. La sentencia de instancia, dictada por la Sala de lo Social con fecha de 2 de junio de 2003, rechazó las excepciones de inadecuación

## II. Trabajador

de procedimiento y falta de litis consorcio pasivo necesario, y estimó la demanda. Contra ella se interpuso recurso de casación.

2. El Tribunal Supremo desestima los seis motivos que fundamentan la interposición del recurso, tres de ellos referidos a errores en la apreciación de la prueba, y otros tres atinentes a sendas infracciones de determinados preceptos jurídicos. De ellas aquí interesa detenerse en la alegación de vulneración de los arts. 62.1 y 63.1 ET por considerar los demandantes que los prejubilados de una empresa mantienen la condición de trabajadores y que, en consecuencia, pueden formar parte del censo electoral, tanto para ser electores como para ser elegidos. El Tribunal parte de una concepción extendida de la prejubilación como el cese prematuro y definitivo en la vida laboral del trabajador de edad avanzada antes del cumplimiento de la edad normal de jubilación y mediante las correspondientes contrapartidas económicas a cargo de la empresa. Considera que se trata, por tanto, de una extinción contractual. Ello no quiere decir que el trabajador quede apartado definitivamente del mercado laboral sino que, se encuentra abierto a cualquier otra oferta de trabajo que pueda provenir de otra empresa o, incluso, de la misma en la que se prejubiló, en el bien entendido que ese nuevo contrato laboral tiene ya su propia autonomía y que con relación a la anterior no cabe admitir el despido del trabajador prejubilado. En este caso concreto, el Tribunal salva la dificultad que se deriva de los términos del acuerdo que hablan de suspensión, y no extinción, de la relación laboral, y concluye que lo que realmente pretendieron las partes fue establecer una verdadera extinción del contrato laboral que unía a los 113 trabajadores (ahora prejubilados) con la empresa. E insiste en la idea de que la prejubilación constituye un instrumento en manos de las empresas para remodelar las plantillas de sus trabajadores, desprendiéndose de aquellos que por su edad avanzada y por su largo período de cotización a la Seguridad Social pueden alcanzar a través del convenio especial con la Seguridad Social y con el subsidio de desempleo para mayores de 52 años, una jubilación anticipada u ordinaria para la que sirve de pórtico la prejubilación. Así las cosas, resulta indiscutible que, pese a los términos en que se configuró la prejubilación de los trabajadores de Caixanova, esta situación determinó la extinción de los contratos de trabajo de quienes resultaron prejubilados, haciendo decaer el derecho de los mismos a formar parte del censo electoral a los fines de elegir o ser elegidos para los cargos de representación colectiva en la empresa.

3. La sentencia aborda un aspecto problemático de la prejubilación que se encuentra íntimamente relacionado con el concepto de trabajador: si los trabajadores pasivos de una empresa deben formar parte del censo electoral con ocasión de la celebración de elecciones en la empresa, es decir, si los prejubilados por una empresa siguen siendo o no trabajadores. La cuestión es relevante porque el sentido negativo o positivo podría condicionar la respuesta al interrogante que se plantea en relación con la representatividad de los representantes legales de los trabajadores sobre los pensionistas (beneficiarios de una prestación de jubilación, por ejemplo) de una empresa. Pues bien, la doctrina jurisprudencial es poco coherente en este punto, pues considera que los trabajadores pasivos se encuentran representados por los representantes legales de los trabajadores (STS de 20 de diciembre de 1996), pero, sorprendentemente, no deben ser incluidos en el censo electoral de la empresa con ocasión de la celebración de elecciones.

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

### A) Trabajador por cuenta ajena

– STS de 30 de enero de 2004, I.L. J 55 (recurso de casación).

1. La demandante tiene el carácter de eventual para el desempeño de trabajo de refuerzo del equipo de profesionales dedicados a la asistencia sanitaria, a fin de que se pueda prestar de forma continuada a los asegurados y beneficiarios. El trabajo se presta los fines de semana y los días festivos, en jornadas de 24 horas. La entidad gestora solamente mantiene en alta y cotiza por la demandante los días realmente trabajados. La actora interesa que entidad gestora mantenga de manera continuada la situación de alta durante todo el tiempo de vigencia de la relación de servicio, en lugar de limitar dicha situación a los períodos de tiempo intermitentes de la prestación de trabajo. El segundo tema que se presenta es el de si debe cotizarse a cargo del INSSALUD en la misma forma ininterrumpida, con la consiguiente retroacción del reconocimiento del mismo y pago de las correspondientes cotizaciones a la fecha del inicio de la relación de servicios.

2. En la sentencia de duplicación se declara la incompetencia del orden social para conocer de ambas cuestiones.

La decisión que se adopta discierne entre las dos cuestiones que se presentan y se estima el derecho a obtener una declaración sobre si la demandante tiene derecho o no a permanecer en alta en seguridad social durante todo el tiempo de la rotación de servicios ya que la Ley (arts. 13.3 y 100.2 LGSS) reconoce expresamente el derecho de los asegurados en el RGSS a instar su afiliación, alta o baja, directamente al organismo competente, cuando entienda que el empresario, obligado principal, ha incumplido el deber de solicitarla. Se estima el derecho porque el alta del trabajador condiciona de manera inmediata la aplicación de un conjunto muy amplio de normas de aseguramiento (arts. 100.4 y 124.1 LGSS), y especialmente para la acción protectora, afectando interés actual del trabajador.

En cambio, respecto de la obligación de cotizar, se estima que el anterior reconocimiento no se refiere al cómputo de cotizaciones pasadas, y que el conocimiento de esa materia no corresponde al orden social, sino al contencioso-administrativo, pues el concepto de gestión recaudatoria [art. 3.1.b) LPL] no se limita a las operaciones materiales de cobro, sino que incluye la declaración de existencia de la obligación de cotizar y a la propia determinación de su importe. Esta acepción amplia de recaudación es la acogida en el art. 18 LGSS y permite comprender en la exclusión competencial tanto la impugnación de las actas de liquidación, como toda la gestión que se conecta con la recaudación en período voluntario. No es conveniente separar la actividad de cobranza de la determinación de si la cobranza fue indebida, porque llevaría asignar a órdenes jurisdiccionales distintos lo que tiene una única naturaleza.

## II. Trabajador

3. La doctrina de que se trata ha sido ya afirmada en las SSTs de 1 de diciembre de 2003, con cita de la de 29 de abril de 2002, y 22 de diciembre de 2003.

Tan sólo restan dos observaciones por subrayar: una es que se admite, sin discusión, la existencia de acción actual para ejercitar la pretensión meramente declarativa al derecho de afiliación permanente, lo que es una respuesta coherente con el interés que alega la parte y que va a evitar futuros problemas a la misma, pero que no puede olvidarse que se ha de desentender de lo que en la demanda conllevaba de pretensión de condena al pago de cuotas. Se trata de un paso adelante en la interpretación amplia del principio *pro actione*, en la interpretación del art. 80.1.d) ET.

La otra observación es que se afirma que no es conveniente separar actividades que van a órdenes distintos. Se trata de un petición de principio, porque si es conveniente por el efecto, habrá que plantearse por qué el efecto es bueno o “conveniente”, a quién conviene y por qué en otras ocasiones, tales como sanciones, autorizaciones de despidos colectivos, suspensiones de decisiones de traslados y otras, la competencia es administrativa. Y si es conveniente por otro motivo, queda inédito.

– **STS de 26 de abril de 2004**, I.L. J 414 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1717/2003).

1. La demandante está afiliada a la Seguridad Social en su condición de ATS/DUE para la organización sanitaria de la seguridad social, con ocasión de prestar el trabajo de refuerzo para que la prestación sanitaria pueda llevarse a cabo de forma continuada a favor de los asegurados y beneficiarios, prestando su trabajo en fines de semana y en festivos, con jornadas de 24 horas. La entidad gestora (INSALUD) mantiene en alta y cotiza por la demandante sólo por los días realmente trabajados.

La sentencia dictada en suplicación ha declarado incompetencia del orden social para conocer de las cuestiones relativas a si la filiación de la demandante debe de practicarse de forma continuada o si, por el contrario, debe limitarse a los períodos de tiempo intermitentes de la prestación del trabajo, así como a si el deber de cotización a cargo de la entidad empleadora se ha generado de la misma forma ininterrumpida, con la consiguiente retroacción del reconocimiento del mismo y pago de las correspondientes cotizaciones a la fecha del inicio de la relación de servicios.

2. Para decidir la cuestión se toma en consideración que la Ley reconoce expresamente el derecho de los asegurados en el RGSS (arts. 3.3 y 100.2 LGSS) a instar su afiliación, alta o baja, directamente al organismo competente, cuando entiendan que el empresario ha incumplido el deber de solicitarla, pese a ser el obligado principal.

La demandante tiene interés actual en obtener la declaración sobre su afiliación permanente en la Seguridad Social, porque de ella deriva de manera inmediata un conjunto muy amplio de normas de aseguramiento y, específicamente para la acción protectora (arts. 100.4 y 124.1 LGSS).

En cambio, si el tema de la gestión recaudatoria corresponde al orden contencioso-administrativo, debe entenderse incluido en dicho concepto, no sólo lo relativo al cobro, sino también la declaración de existencia de la obligación de cotizar y la concreción de su importe, según el concepto amplio de “recaudación” que se recoge en el art. 18 LGSS, y, todo lo cual se incluye en la denominada recaudación en período voluntario. No es conveniente, según dice la STS de 20 de julio de 1990, separar la actividad de cobranza y la actividad de determinación de si esa cobranza fue indebida, con el efecto de asignar a órdenes judiciales diversos lo que participa de una única naturaleza.

3. La doctrina de que se trata ha sido ya afirmada en la STS de 1 de diciembre de 2003, con cita de la de 29 de abril de 2002.

Tan sólo restan dos observaciones por subrayar: una es que se admite, sin discusión, la existencia de acción actual para ejercitar la pretensión meramente declarativa al derecho de afiliación permanente, lo que es una respuesta coherente con el interés que alega la parte y que va a evitar futuros problemas a la misma, pero que no puede olvidarse que se ha de desentender de lo que en la demanda conllevaba de pretensión de condena al pago de cuotas. Se trata de un paso adelante en la interpretación amplia del principio *pro actione*, en la interpretación del art. 80.1.d) ET.

La otra observación es que se afirma que no es conveniente separar actividades que van a órdenes distintos. Se trata de un petición de principio, porque si es conveniente por el efecto, habrá que plantearse por qué el efecto es bueno o “conveniente”, a quién conviene y por qué en otras ocasiones, tales como sanciones, autorizaciones de despidos colectivos, suspensiones de decisiones de traslados y otras, la competencia es administrativa. Y si es conveniente por otro motivo, queda inédito.

## **B) Inclusiones por asimilación**

### **e) Laicos y seculares que prestan servicios en instituciones eclesióásticas**

– STS de 5 de febrero de 2004, I.L. J 77 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3620/2002).

1. El origen del proceso, que culmina en la necesaria resolución del recurso de casación para unificación de doctrina presentado ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, se encuentra en la demanda interpuesta por el actor don Darío ante el Juzgado de lo Social frente al INSS y la TGSS. El objeto de la demanda era la condena a las entidades demandadas a liberar a don Darío de la obligación de completar el capital coste de renta a su disposición, por el tiempo durante el cual ejerció su actividad como religioso sin realizar aportaciones al sistema, a través de las correspondientes deducciones mensuales de su pensión de jubilación; o bien a que se le suprimiera tal descuento mensual si se producía en concepto de gastos de gestión. El Juzgado de instancia desestima la demanda al apreciar la excepción de incompetencia planteada por una de las partes, remitiéndose al orden contencioso-administrativo. Ante

## II. Trabajador

tal resolución tanto el INSS como la TGSS presentan recurso de suplicación ante el TSJ de La Rioja cuya Sala de lo Social declara la competencia de esta jurisdicción para entrar a conocer de las dos pretensiones manifestadas en la demanda, considerando nula la sentencia de instancia y reponiendo las actuaciones al momento anterior a dictarla. Devueltos los autos al Juzgado, éste dicta una nueva sentencia por la que eximía a ambas entidades de cualquier obligación, decisión que fue recurrida por don Darío nuevamente ante el TSJ de La Rioja. En la resolución de este nuevo recurso la Sala de lo Social se declara de oficio incompetente para conocer de la segunda de las pretensiones de don Darío: la exoneración de las deducciones mensuales en concepto de gastos de gestión, y desestima la primera de ellas: las deducciones aplicadas a complementar el capital coste de renta que le ha sido asignado. En esta ocasión, la resolución es atacada por las dos partes en conflicto a través del recurso de casación en unificación de doctrina.

2. Llama la atención que la sentencia de contraste propuesta para la valoración de contradicción por el TS, proceda del mismo TSJ de La Rioja, y en concreto, que sea la anterior declaración judicial emitida para resolver una fase del mismo proceso que ahora continúa. Este dato no parece ser relevante y el Alto Tribunal entiende que la contradicción entre la sentencia recurrida y la presentada para su contraste existe, entrando a valorar la materia competencial en cuestión. A tal objeto se realiza un repaso de dos de los pronunciamientos del TS en esta materia: la Sentencia de 18 de marzo de 2003 (recurso 2068/2002), y la de 11 de noviembre de 2003 (recurso 4048/2002), que, sin embargo, no se ajustan a las cuestiones específicas planteadas por este caso. De este modo, la Sala se ve obligada a devolver las actuaciones al momento anterior en que se dictó la sentencia recurrida, que queda invalidada “en lo necesario”.

3. El iter procesal de la demanda originalmente planteada se dibuja de forma sumamente compleja, hasta el punto de que, tras la resolución del propio Tribunal Supremo, las cuestiones planteadas tampoco encuentran respuesta. Esta falta de transparencia hace difícilmente comprensible la sentencia analizada, conduciendo a la conclusión de que el tema va pasando de tribunal a tribunal ante la ausencia de una adecuada intervención del legislador para delimitar dos elementos fundamentales: en primer lugar, qué partidas se encuentran dentro del concepto de recaudación o gestión recaudatoria, y en segundo término, cuál es el orden jurisdiccional competente para conocer las situaciones litigiosas en esta materia cuando tal gestión es realizada por el INSS, ya que en el ámbito de la Seguridad Social lo que sí parece claro es que esta labor, para el caso de los sacerdotes secularizados, debe ser desempeñada por tal entidad.

### C) Exclusiones

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

– STS de 7 de mayo de 2004, I.L. J 4 (2004)/LN-34-35 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1683/2003).

1. La sentencia analiza una resolución de la TGSS por la que se declaró de oficio el alta en el RETA de un administrador único de una sociedad, siendo titular de más del noventa por

ciento de las participaciones sociales. El alta de oficio fue revocada en la instancia y, en suplicación, la STSJ de Madrid de 28 de enero de 2003, recurso 5398/2002, estimó el recurso de la TGSS declarando la validez del alta de oficio. El TS entra a conocer en casación para unificación de doctrina del fondo del asunto, entendiendo que existe contradicción, y desestima el recurso, confirmando así la validez del alta de oficio efectuada por la TGSS.

2. En este sentido, entiende el Tribunal que en el caso de un administrador ejecutivo que sea titular de al menos un cincuenta por ciento de las participaciones sociales y, por tanto, con control efectivo de la sociedad, aunque se establezca estatutariamente la gratuidad del cargo, debe entenderse que la actividad se realiza a título lucrativo y que, por tanto, el administrador debe encuadrarse en el RETA a todos los efectos. Desde esta perspectiva, entiende el Tribunal que el ánimo de lucro es consustancial a la actividad mercantil societaria, por lo que no se necesita pacto expreso retributivo. Se unifica así una cuestión que el TS no pudo abordar en la STS de 12 de febrero de 2003, recurso de casación para unificación de doctrina 2669/2002, por apreciar falta de contradicción.

3. La sentencia entra a unificar por vez primera la interpretación de la Disposición Adicional Vigésimo Séptima respecto de la necesidad de que el cargo de administrador ejecutivo sea retribuido de forma expresa para apreciar la existencia de ánimo de lucro, llegando a una conclusión negativa. En consecuencia, basta con que se tenga el control efectivo de la sociedad y se realicen funciones de dirección y gerencia para la sociedad como consecuencia del desempeño del cargo de administrador de la sociedad. Se ampara así el criterio administrativo contenido en la Circular 5-019, de 10 de junio de 1999, de la TGSS. Esta doctrina, a mi juicio acertada, deja aún una duda interpretativa en el sentido de si cabe entender que todo administrador realiza funciones de dirección y gerencia para la sociedad. De responderse positivamente a esta cuestión, el mero administrador pasivo con control efectivo de la sociedad quedaría incluido obligatoriamente en el RETA, llegándose así a una consecuencia harto discutible, como sería la inclusión de quienes, en la práctica, no realizan más actividad que ostentar (él o su familia más cercana) una parte relevante del capital social.

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL

MARAVILLAS ESPÍN SÁEZ

JESÚS GONZÁLEZ VELASCO

MIGUEL ÁNGEL LIMÓN LUQUE

LOURDES LÓPEZ CUMBRE

MARÍA DE SANDE PÉREZ-BÉDMAR

BORJA SUÁREZ CORUJO

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA DE LA SERNA

**III. EMPRESARIO****Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. Empresario.** A) Responsabilidad solidaria en empresas vinculadas por un contrato de colaboración. B) Responsable del abono de la paga extraordinaria de antigüedad en colegio concertado. **3. Grupo de empresas.**

A) Responsabilidad solidaria de las empresas del grupo. **4. Contratas.** A) Alcance de la responsabilidad de naturaleza salarial. B) Responsabilidad solidaria del empresario principal por falta de medidas de seguridad. C) Responsabilidad solidaria de la empresa contratista respecto del recargo de prestaciones. **5. Empresas de Trabajo Temporal.**

A) Determinación del salario de los trabajadores puestos a disposición. **6. Cesión ilegal.**

A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho. **7. Sucesión de empresas.** A) Concepto de transmisión. B) Reversión de industria. C) Sucesión de contrata prevista en Convenio colectivo. D) Responsabilidad solidaria respecto de contratos extinguidos antes de la cesión. E) Alcance temporal de la responsabilidad solidaria en materia de Seguridad Social. F) Mantenimiento de las condiciones fijadas en el Convenio colectivo de la empresa cedente.

**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 2004 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1 a J 672) 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

pertenebiese 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 en empresas vinculadas por un contrato de colaboración

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 concurren las clásicas notas definitorias que, para la delimitación del ámbito de aplicación del ET, exige el artículo 1.1. Por otra parte, el artículo 42.2 ET hace responsable solidario al empresario principal, es decir, al que contrata o subcontrata con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad, durante el año siguiente a la terminación de su encargo, de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores.

Pues bien, en ocasiones, la complejidad del tráfico mercantil pone frente al intérprete, supuestos de hecho en los que se entrelazan realidades difícilmente encuadrables en las previsiones legales, momentos en que la interpretación analógica e integradora cobra especial relevancia. La **STSJ de Castilla-La Mancha de 5 de enero de 2004**, I.L. J 660, resuelve sobre el recurso presentado por una pluralidad de empresas vinculadas por lazos de diversa naturaleza; en concreto, según se desprende de los hechos probados, una empresa matriz de nacionalidad alemana, cuyo objeto social es “la comercialización y la construcción de instalaciones para el aprovechamiento de energías renovables, el análisis, proyecto, construcción y explotación de sistemas de energía y el asesoramiento a la industria y las autoridades públicas, procedió, a fin de desarrollar en Albacete la puesta en marcha de un proyecto sobre explotación de parques eólicos, a constituir mediante escritura pública” una sociedad limitada en España, con el mismo objeto social, entidad para la que prestaron sus servicios los trabajadores demandantes. Por su parte, una segunda empresa matriz, también de nacionalidad alemana, “cuyo objeto social era la planificación, el desarrollo, la construcción, la enajenación y la explotación de plantas y proyectos en el sector energético, procedió, con la misma finalidad anteriormente indicada, a constituir mediante escritura pública”, la correspondiente sociedad limitada en nuestro país, cuyo objeto social era “la promoción, desarrollo, financiación y explotación de parques eólicos”. Por otra parte, las empresas matrices suscribieron un contrato de colaboración o cooperación para la puesta en marcha y explotación de parques eólicos en Albacete, por el que acuerdan que la primera empresa llevaría a cabo “las tareas de planeamiento”, mientras que a la segunda le competaría la “construcción, financiación y explotación”; durante la fase de planificación ambas empresas actuarían frente a terceros como Unión Temporal de Empresas; la sentencia deja constancia de cómo el acuerdo de colaboración establece que “cada una de las partes contractuales responderá personalmente frente a eventuales reclamaciones razonadas de terceros presentadas contra él, a no ser que las dos partes contractuales tengan la responsabilidad común por los derechos reclamados”; por

### III. Empresario

último, se considera probado que uno de los demandantes actuaba como director general en nombre de ambas empresas filiales “o del Consorcio”.

Visto lo anterior, el Tribunal debe pronunciarse sobre si las empresas matriz y filial citadas en segundo lugar deben responder de las consecuencias económicas derivadas de la declaración extintiva de las relaciones laborales, instada por los demandantes por la vía del artículo 50 ET, que los trabajadores mantenían con la otra empresa filial; dicho de otra manera, si las cuatro empresas implicadas responden solidariamente frente a las reclamaciones laborales de los trabajadores de una de ellas. Según razona la Sentencia, “a raíz del contrato de colaboración suscrito entre las dos empresas matrices alemanas, se conforma o configura entre todas las entidades codemandadas una relación societaria muy especial, de la que caben derivar similitudes con figuras jurídicas como las uniones temporales de empresas, concepto este expresamente contemplado en el contrato de colaboración, así como con la subcontratación regulada en el artículo 42 del ET, de tal forma que, aun no siendo subsumible de forma directa y completa en cada una de ellas, sí revela una situación presidida por una colaboración tan intensa entre las diversas empresas”, hasta el punto de que eran los ingresos llevados a cabo por la segunda filial a la primera, “la única fuente de financiación de la que ésta disponía para hacer frente a sus gastos y costes generales, dentro de los que se incluían los de personal; que justificaría la responsabilidad solidaria en base a la misma causa que la legitima en los supuestos de las UTE o en los de subcontratación”.

Más allá de los efectos extensivos de la responsabilidad al conjunto de las empresas implicadas a los que conduce el fallo judicial, conviene reflexionar en torno a la argumentación que sustenta dicho pronunciamiento y, en concreto, sobre la dudosa aplicación por analogía del supuesto previsto en el artículo 42 ET para exigir responsabilidad a las empresas matrices. De un lado, aunque pueda resultar atinado imponer el régimen jurídico expresamente previsto para los supuestos de contratas y subcontratas de obras y servicios a otros negocios jurídicos diversos, incluido las Uniones Temporales de Empresas; en el supuesto estudiado, la intensa colaboración que resulta elemento fundamental en la decisión del Tribunal únicamente parece quedar acreditada respecto de las empresas filiales, entre las que incluso se producen situaciones de confusión de patrimonios e unidad de dirección que, eventualmente, hubieran permitido aplicar el principio de unidad de empresa. Distinto es el caso de las empresas matrices, quienes no comparten ingresos y respecto de quienes difícilmente puede justificarse un tratamiento similar al previsto en supuestos de subcontratas con el único dato de que entre ambas una relación societaria “muy especial”. Otra cosa es que la responsabilidad de las empresas matrices derive directamente de lo dispuesto en el contrato de colaboración firmada entre las propias empresas, circunstancia que aunque expresamente es citada en la Sentencia no resulta suficientemente clara.

#### **B) Responsable del abono de la paga extraordinaria de antigüedad en colegio concertado**

Haciéndose unánimemente eco de lo declarado por la STS de 17 de diciembre de 2002, que hace recaer sobre la Administración Pública la responsabilidad del abono de la paga extraordinaria por la antigüedad en la empresa, las SSTSJ de Canarias (Santa Cruz de

Tenerife) de 16 y 23 de enero y de 5 de febrero de 2004, I.L. J 625, 623 y 644, condenan a la Administración Autónoma Canaria al pago de las cantidades reclamadas, absolviendo a los colegios afectados a quienes niega la condición de responsables del incumplimiento de dicha obligación. Las percepciones objeto de litigio habían sido establecidas por el artículo 61 del IV Convenio Colectivo de Enseñanza Privada de Empresas sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (BOE de 17 de octubre de 2000), en sustitución del llamado “Premio de Jubilación” vigente hasta el anterior convenio, que según consta en los hechos probados, venía siendo abonado regularmente por la Consejería de Educación del Gobierno canario.

### 3. GRUPO DE EMPRESAS

#### A) Responsabilidad solidaria de las empresas del grupo

La STS de 29 de marzo de 2004, u.d., I.L. J 299, rechaza el recurso presentado por los representantes de las empresas por falta de contradicción entre la sentencia objeto de litigio y la presentada como de contraste; en concreto, aunque la ausencia de contradicción impide al Tribunal pronunciarse sobre el fondo del asunto, en la argumentación sobre la inexistencia de identidad entre los supuestos sometidos a su juicio se vierten los argumentos que determinaron la condena solidaria de las empresas recurrentes por la sentencia combatida; en concreto, se deja constancia de cómo la empresa matriz “actuando como una sociedad de cartera, siendo su actividad fundamental la de ordenar y gestionar el patrimonio del grupo y, en concreto es titular del cien por ciento de las acciones de Bergé Bilbao Consignaciones, SA y del 99,90 por ciento de Nor Shipping, SA quien suscribió contrato de compraventa el 24 de marzo de 2000, de la totalidad de acciones y cesión de créditos de la empleadora Grupo Napesa, única condenada por la sentencia de instancia y, en cuyo contrato intervino la primera de las citadas entidades afianzando los compromisos asumidos por la compradora. Además la sentencia estima que concurre el requisito de la dirección unitaria de las empresas del grupo Napesa y de las empresas integradas en el Grupo Bergé, 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 Bergé, siendo este último ordenador y director de la actividad del Grupo Napesa”.

### 4. CONTRATAS

#### A) Alcance de las responsabilidades de naturaleza salarial

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

### III. Empresario

contratistas y subcontratistas con sus trabajadores durante el período de vigencia de la contrata. La **STS de 3 de mayo de 2004**, u.d., I.L. J 566, se pronuncia sobre el alcance cuantitativo de dicha responsabilidad y, en concreto, sobre si, en ausencia de trabajador comparable, la responsabilidad solidaria de la empresa principal se establece respecto de las cantidades fijadas en el convenio colectivo aplicable o, por el contrario, sobre la superior remuneración efectivamente percibida por el trabajador subcontratado. Al respecto, debe tenerse en cuenta la modificación operada por Ley 12/2001, de 9 de julio, por la que fue eliminada toda referencia a limitaciones de la responsabilidad salarial del empresario principal que la anterior redacción del precepto legal situaba en las percepciones salariales correspondientes a un trabajador de dicha empresa contratado para prestar servicios en la misma categoría o puesto de trabajo que el trabajador afectado. Siendo así, en la medida en que la deuda salarial reclamada corresponde a períodos previos y posteriores a la reforma normativa, la resolución del caso impone la división de la deuda en dos períodos, uno previo a la reforma y otro posterior, con la aplicación del régimen jurídico vigente en cada caso. En opinión del órgano jurisdiccional, la ejecución de dicha operación permite concluir “que existe contradicción en lo concerniente a los salarios anteriores a la entrada en vigor de la citada Ley y, que no existe en la reclamación de los posteriores”.

Con respecto a las cantidades adeudadas durante este primer período, para el Tribunal Supremo, ante la claridad de los términos con que se expresaba el legislador, “no puede aceptarse la doctrina de la sentencia combatida, que rechaza todo límite cuando se trata de deuda salarial, derivado de un ficticio personal fijo de la misma categoría y puesto de trabajo, pues si en la empresa principal no existe personal fijo de la misma categoría y puesto de trabajo, necesariamente entra en juego como límite el salario establecido en el correspondiente Convenio”, sin que sea dable especular sobre el hecho de que si los trabajadores afectados “cobraban algo más que el mínimo del sector era porque su actividad era más provechosa”. Por último, sobre las reclamaciones salariales devengadas con posterioridad a la vigencia de la Ley 12/2001 los anteriores límites resultan inaplicables.

#### **B) Responsabilidad solidaria del empresario principal por falta de medidas de seguridad**

El artículo 42.3 LISOS establece la responsabilidad solidaria del empresario principal por incumplimiento de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, durante el tiempo de ejecución de la contrata, con relación a los trabajadores empleados por empresarios contratistas y subcontratistas ocupados en los centros de trabajo de la empresa principal. Dicha posibilidad queda condicionada por dos requisitos: que la infracción se haya cometido en el centro de trabajo de la empresa principal, y que la contrata se refiera a la propia actividad del empresario principal. Por su parte, el artículo 24.2 LPRL responsabiliza al empresario titular del centro de trabajo de la transmisión de las instrucciones e informaciones adecuadas relativas a los riesgos propios del centro de trabajo y a las medidas de prevención correspondientes. Cuando la actividad de la empresa contratista es de naturaleza diversa a la del empresario principal, cerrada la vía del artículo 42.3 LISOS, la exigencia de responsabilidades por incumplimiento de las obligaciones impuestas por las normas de prevención de riesgos laborales puede tomar cuerpo por

aplicación del artículo 1101 CC, que sujeta a la indemnización de daños y perjuicios a quienes en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad. Es el caso que resuelve la STSJ de Andalucía (Granada) de 10 de febrero de 2004, I.L. J 596, en un supuesto en que se ven implicadas una empresa dedicada a la fabricación de automóviles que tenía subcontratados los servicios de mantenimiento de los aparatos de refrigeración de las naves con una empresa subcontratista. Según el relato fáctico de los hechos, “se evidencia que en la cubierta donde tuvo lugar el accidente, no había ninguna medida de protección, no se dotó al trabajador de cinturón de seguridad, al ser un trabajo efectuado a 7 metros, y el paso por donde cayó el obrero era de poliéster, por lo que no estaba preparado para soportar el peso de una persona adulta, careciendo de información el accidentado sobre este extremo antes de iniciar su labor, al igual que tampoco se dio un curso de formación al respecto, pudiendo haberse evitado el evento de existir letreros que advirtieran del peligro, o tener instaladas barandillas, omisiones todas ellas imputables tanto a la empresa principal como a la contratista, pues esta última debió cerciorarse, antes de comenzar el trabajo, que se podía llevar a cabo sin riesgo para la persona que lo iba a efectuar en aplicación para ambas empleadoras del artículo 14 de la Ley 31/1995”. Todo ello sirve al Tribunal para concluir que “esta conducta culposa de la empresa principal, no descarga de culpa a la contratista, que también debió adoptar las medidas necesarias de precaución, y, en caso de duda, preguntar a los técnicos de la principal sobre los elementos estructurales por los que debían o podían pasar sus obreros para reparar la avería que les estaba encomendada, actitud que no adoptó y que la hace responsable del accidente con una responsabilidad solidaria, al existir igualmente culpa, de una parte, en aplicación para ambas empleadoras de los artículos 1101 y siguientes del Código Civil y Sentencia del TS de 23 de junio de 1998, y, en este sentido, esta Sala, en sus Sentencias de 23 de junio de 1998 y de 19 de septiembre de 1995, señaló que el empresario contratante o subcontratante está solidariamente obligado a velar por el cumplimiento de las medidas de seguridad en el centro de trabajo, también en relación con los trabajadores del contratista o subcontratista. No pudiendo quedar eximida de responsabilidad la empresa principal por el hecho de que la actividad de la subcontratista no forma parte de su propia actividad”.

### **C) Responsabilidad solidaria de la empresa contratista respecto del recargo de prestaciones**

Sin perjuicio del complejo sistema de responsabilidades que, entre empresario principal y subcontratista, establece el artículo 42 ET, las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, en atención a la gravedad de la falta, entre un treinta y un cincuenta por ciento, cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo. En tales supuestos, poco importa que la actividad subcontratada se corresponda con la actividad propia del empresario principal, pues el artículo 123.2 LGSS impone la responsabilidad del pago de las mismas directamente al empresario infractor, sea éste el empresario principal o el subcontratista. La claridad del precepto legal no consigue evitar las siempre complejas discusiones en torno a la determinación de la responsabilidad del incumplimiento de

### III. Empresario

las normas en materia de prevención de riesgos laborales, entre otras razones porque, especialmente en los supuestos en que la realización de la contrata tiene lugar en el centro de trabajo del empresario principal, la normativa de prevención establece obligaciones de coordinación y de cooperación que afectan a la totalidad de los empresarios participantes (artículo 24 LPRL), de manera que bien puede decirse que la consecución de un accidente de trabajo con graves consecuencias para la salud o la integridad física de los trabajadores difícilmente puede producirse sin que los empresarios implicados tengan algún tipo de responsabilidad en el incidente acontecido, por acción o por omisión. Todo ello contribuye a elevar el número de pronunciamientos jurisdiccionales que, tras la imposición vía administrativa del porcentaje de recargo correspondiente, deben dilucidar si la responsabilidad de su pago corresponde a uno o a varios empresarios en común, para lo cual previamente debe determinarse si la infracción puede serles formalmente imputada.

En este sentido, la **STS de 29 de abril de 2004**, u.d., I.L. J 382, se pronuncia sobre la posibilidad de aplicar dicho recargo en un supuesto en el que el objeto de la empresa principal es la construcción de un puente sobre una línea férrea, obra para la que se subcontratan los trabajos de encofrado y vertido de hormigón de un panel a utilizar en dicho puente. Según consta en los hechos probados, la causa directa del accidente fue el mal estado de la escalera utilizada en la realización de dichos trabajos, circunstancia que sirve para conectar los incumplimientos del empresario principal con el accidente de trabajo, “en suma no se trataba de una actividad la llevada a cabo por el subcontratista desvinculada de la realizada por la principal, siendo infractor igualmente el empresario principal”. De esta manera, el Tribunal Supremo reitera su doctrina con relación a la responsabilidad solidaria de la empresa principal en el caso de contratas, “cuando lo cuestionado es si esa responsabilidad comprende o no el recargo de prestaciones, y que estableció de acuerdo con la Sentencia de 18 de abril de 1992, que cuando se desarrolla el trabajo en el centro de trabajo de la empresa principal, con sus instrumentos de producción y bajo su control es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños al empleado de la contrata, e incluso que su actuación sea la causa determinante del accidente laboral sufrido por éste, y por ello, en estos casos, el empresario principal puede ser empresario infractor a efectos del artículo 93.2 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974 (hoy 123.2 de la LGSS de 1994), añadiendo que aunque dicha conclusión se establece en un caso claro de contrato para una obra o servicio correspondiente a la propia actividad lo decisivo no es tanto esta calificación como que el accidente se haya producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad”.

En la misma línea, la **STS de 20 de enero de 2004**, u.d., I.L. J 45, versa sobre la atribución del dicho recargo en un supuesto en que el empresario principal contrata la realización de determinadas obras o tareas de pintura de edificios correspondientes a su propia actividad con una empresa subcontratista. La controversia jurídica reside en determinar si es posible extender la responsabilidad del subcontratista por recargo de prestaciones de Seguridad Social por infracción de normas de prevención de riesgos laborales respecto de los accidentes de trabajo producidos en la ejecución de dichas obras o tareas al empresario principal; teniendo en cuenta que, en este supuesto, dicho empresario no ha participado

en la ejecución de la contrata e, incluso, ni siquiera ha tenido presencia en el lugar de trabajo. La sentencia no considera crucial tal circunstancia, por el contrario, a juicio del Tribunal, la ausencia del lugar de trabajo demostraría la falta de diligencia del empresario principal. En concreto, “las numerosas infracciones denunciadas, y en particular la falta total de plan de prevención y de instrucciones de seguridad, determinan (...) una clara relación de causalidad con el accidente, relación de causalidad ausente en la sentencia de contraste, donde se sostiene que no existe ningún incumplimiento de la empresa en el origen del siniestro, iniciado fuera del centro de trabajo y sin que constara infracción por su parte de las medidas reglamentarias específicas”.

## 5. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

### A) Determinación del salario de los trabajadores puestos a disposición

La STS de 18 de marzo de 2004, I.L. J 250, resuelve el debate sobre la licitud de la decisión de la empresa usuaria de considerar a los trabajadores puestos a disposición por una empresa de trabajo temporal como de nuevo ingreso, a los efectos de fijación de las correspondientes retribuciones y, en concreto, si la aplicación de esta doble escala salarial constituye un supuesto de discriminación prohibido por los artículos 14 CE y 17 ET. Por aplicación del artículo 11.1 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, los trabajadores cedidos tendrán derecho a percibir, como mínimo, la retribución total establecida en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria. Siendo así que el acuerdo aplicable a la empresa usuaria objeto de litigio establece retribuciones diferenciadas para los trabajadores de nuevo ingreso que, hasta que no cumplen su tercer año de antigüedad, no perciben cantidades similares a las percibidas por sus compañeros con superior experiencia profesional. En palabras de la Sentencia, la diferencia salarial antes vista no entra en contradicción con las previsiones legales “y en nada viola la garantía salarial prevista en el referido artículo 11, pues la retribución que perciben siempre será la del puesto de trabajo a desarrollar en la empresa usuaria y ello es independiente de su antigüedad en la misma; se trata de un sueldo general, no excepcional, pactado en Convenio Colectivo, sin que dicha limitación, fundada en razones objetivas, y en la necesidad de adquirir una adecuada formación profesional contravenga norma alguna, ni suponga trato desigual para los afectados”.

Por otra parte, el mismo pronunciamiento judicial hace referencia también a la extensión del contenido de la garantía prevista en el artículo 11.1 de la Ley de empresas de trabajo temporal, en concreto, sobre si dicha garantía incluye el complemento de incapacidad temporal por enfermedad común y accidente laboral, que el convenio colectivo aplicable eleva hasta el cien por ciento del salario base, más complemento de asistencia y puntualidad. El Tribunal rechaza dicha posibilidad haciendo uso de similares argumentos que los utilizados en el párrafo anterior; a los que añade que los trabajadores de la ETT se encuentran fuera del ámbito de aplicación del convenio “y ello porque quien los contrató fue la ETT, (...), sin tener más obligación respecto a ellos, la usuaria, que la derivada

### III. Empresario

del artículo 11 de la Ley 14/1994, en materia retributiva, no pudiendo aplicarles lo previsto en un Convenio Colectivo distinto; aparte de ello, la situación de incapacidad temporal implica suspensión del contrato de trabajo, cesando la obligación de trabajar y de percibir retribución; siendo ello así, si el contrato de puesta a disposición estaba suspendido durante dicha situación, no puede pretenderse se aplique un complemento no salarial ni vinculado al puesto de trabajo”.

#### 6. CESIÓN ILEGAL

##### A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho

El artículo 43.1 ET prohíbe la contratación de trabajadores para 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. La **STS de 29 de enero de 2004**, u.d., I.L. J 21, insiste en dicha argumentación, rechazando toda contradicción entre los pronunciamientos judiciales aportados por la recurrente, para considerar como muestra de que en el caso objeto de análisis la empresa contratista no desplegó su actividad directiva y organizativa, el que en los hechos probados se dé “noticia de que las demandantes han venido prestando sus servicios en las oficinas de la demandada Electra, a las órdenes de su personal de dirección del departamento comercial y de atención al cliente, con material de dicha empresa, con horario prácticamente coincidente con el de su categoría profesional en la misma oficina, limitándose la empresa Servicios Auxiliares a confeccionar y liquidar las nóminas y conceder vacaciones anuales, previa autorización de Electra; realizaban las accionantes tareas consistentes en cumplimentar altas y bajas en los contratos de suministro eléctrico con dicha empresa, haciendo labores de transmisión entre el departamento de contratación y el personal laboral de Electra, etc.; para la realización de esta actividad tienen a su disposición un ordenador, teléfono, archivos, sillas, mesas y material de oficina, todo ello propiedad de Electra; los programas de ordenador también eran propiedad de ésta”. Supuesto de hecho similar, afectando a idénticas personas jurídicas en el papel de empresario principal y empresario contratista, resuelve la **STS de 19 de mayo de 2004**, u.d., I.L. J 434, que sustenta idéntica resolución basándose en que durante la ejecución de la contrata la empresa principal “imparte las órdenes, suministra material e instrumentos a los trabajadores, sin que en el lugar de trabajo exista personal” de la empresa contratista que imparta las órdenes precisas. Con el mismo resultado, la **STS de 26 de abril de 2004**, u.d., I.L. J 446, analiza un supuesto de contrato de arrendamiento de servicios consistente en la lectura de contadores propiedad de la empresa principal, en el que durante la ejecución de dicho contrato de arrendamiento la empresa principal “planificaba y organizaba la actividad de los trabajadores” de la empresa auxiliar, que realizaban el trabajo encomendado junto con los trabajadores de la primera que también colaboraban en la lectura, siendo además la empresa principal propietaria del software y el hardware utilizado. Similares argumentos son

utilizados en la STS de 25 de mayo de 2004, u.d., I.L. J 544 y, con idénticos protagonistas en el lugar de empresarios principal y contratista, en la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 27 de febrero de 2004, I.L. J 628 y STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 29 de marzo de 2004, I.L. J 651.

En sentido contrario se pronuncia la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 13 de febrero de 2004, I.L. J 646, en un supuesto en el que se niega la existencia de cesión ilegal de los trabajadores contratados por una hermandad de donantes de sangre a los servicios sanitarios de la administración autonómica, negativa que se sustenta en que la primera posee “una organización propia y específica y además cuenta con los medios necesarios para el cumplimiento de sus fines por lo que sería absurdo llegar a la conclusión de que se limita a suministrar trabajadores”. Según el texto de la Sentencia, el hecho definitorio es la existencia de una organización propia que permite el cumplimiento de los fines de la empresa contratista, pero debe recordarse que la existencia de dichos medios no es motivo suficiente para la desestimación de las pretensiones de los trabajadores, pues según hemos visto más arriba, la jurisprudencia exige que dichos elementos organizativos sean efectivamente desplegados en la ejecución del contrato objeto de revisión.

## 7. SUCESIÓN DE EMPRESAS

### A) Concepto de transmisión

El artículo 44.2 ET considera que existe sucesión de empresas cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida ésta como un conjunto de medios organizados para llevar a cabo una determinada actividad económica, sea ésta accesoria o esencial. Dicho concepto excluye de la aplicación de los efectos previstos en el precepto estatutario los supuestos en los que no hay transmisión de elementos materiales. Por su parte, como señala la STSJ de Andalucía (Granada) de 3 de febrero de 2004, I.L. J 589, la “doctrina del Tribunal Supremo en materia de unión y de sucesión de empresas, (...)”, puede sintetizarse en la exigencia, para poder afirmar que existe tal situación, de la transmisión de la titularidad, entendiéndose por ello no sólo el cambio nominativo de la empresa sino también la transmisión o fusión de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación, sin que incluso la subrogación de los contratos de trabajo signifique una sucesión o unión empresarial, sin más, sino la finalización de una contrata que se extingue por el plazo de una concesión o adjudicación y la entrada de un nuevo empleador –sea un nuevo contratista o el empresario principal a quien revierte el servicio o actividad– no ligado con el anterior por ningún tipo traslativo respecto de los elementos materiales y organizativos de la empresa”. Ello sirve al Tribunal para negar la existencia de transmisión en un supuesto en el que, a juicio de éste, “no constan datos que acrediten claramente la existencia de una transmisión, no sólo de centro de trabajo, sino ni siquiera de la unidad productiva, medios, plantilla de trabajadores, activos, clientela o proveedores, ya que, por el contrario, lo único que ha quedado probado es que se trata de dos empresas

### III. Empresario

diferentes con domicilio social, objeto, actividades, plantilla y patrimonios distintos, basándose el recurrente en meras conjeturas y en datos que no son significativos —como la coincidencia de parte del accionariado en una misma familia—, para afirmar la existencia de una sucesión empresarial, tratándose de entidades separadas aunque puedan formar parte del mismo grupo”.

En similares términos, la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 20 de febrero de 2004**, I.L. J 601, tras recordar que la doctrina jurisprudencial ha concretado dicha posibilidad en la presencia de “dos requisitos esenciales y constitutivos, como son un elemento subjetivo (el cambio de titularidad) y un elemento objetivo que supone la transmisión total y absoluta de todos los elementos patrimoniales, técnicos y organizativos necesarios para el funcionamiento de la empresa, esto es la transmisión de una unidad socio-económica de producción que permita la explotación del objeto empresarial”, niega la existencia de transmisión en un supuesto de alquiler de local de negocio en el que se incluía algún mobiliario, pero no los elementos necesarios para la explotación de una “industria de café-bar, como prueba el hecho de que los nuevos arrendatarios tuviesen que adquirir todos los enseres que se enumeran, ..., pues sin los mismos no era factible la realización de la actividad”.

Por último, la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 20 de febrero de 2004**, I.L. J 603, niega también la existencia de transmisión, en este caso en un supuesto de sucesión en el tiempo de contrataciones administrativas para la realización del servicio de tareas administrativas de unas instalaciones deportivas de propiedad municipal, teniendo en cuenta que la trabajadora demandante prestó tales servicios sucesivamente para las diversas empresas contratistas. El texto de la Sentencia recuerda que “la sucesión de contrataciones o concesiones administrativas para la prestación de servicios públicos sólo produce subrogación empresarial si se transmite la unidad productiva, o si lo determina la normativa sectorial, o lo prescribe el pliego de condiciones de la concesión”, circunstancias que no se verifican en el supuesto analizado, aunque convendría aclarar que en los supuestos en que la realización de la actividad contratada no requiere de elementos materiales, situación que pudiera corresponderse con las circunstancias del caso, la transmisión de los trabajadores que de forma duradera ejercen una actividad común puede constituir una actividad económica, extremo que ha sido confirmado por la jurisprudencia comunitaria y que se ajusta en mayor medida a una interpretación finalista de lo previsto en el artículo 44 ET.

#### **B) Reversión de industria**

Cuando el objeto del contrato de arrendamiento incluye una serie de bienes que constituyen una unidad patrimonial susceptible de explotación empresarial, la extinción del contrato de arrendamiento, aunque ésta haya sido instada por sentencia judicial, da lugar a la reversión del negocio sobre el titular del mismo y, consecuentemente, queda abierta la puerta a la exigencia de responsabilidad de este último por las obligaciones laborales contraídas por el arrendatario del negocio, por aplicación de lo previsto en el artículo 44.3 ET. La **STS de 1 de marzo de 2004**, u.d., I.L. J 264, analiza un supuesto de extinción de contrato de arrendamiento en virtud de sentencia judicial firme en procedimiento de desahucio. El pronunciamiento judicial no estima decisivo que la sentencia que declara extinguido el contrato de arrendamiento considere que el objeto

de éste era el arrendamiento de local de negocio, extremo que en palabras del Tribunal “sólo puede afectar a quienes fueron partes en el proceso, perno no a terceros como los trabajadores que ninguna intervención ni posibilidad de defensa tuvieron en el mismo”. Por el contrario, se considera crucial que de las estipulaciones contractuales pueda desprenderse que “el arrendatario recibe, además del local, el negocio o industria en él establecido, pues el objeto del contrato no son solamente los bienes que en el mismo se enumeren, sino una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente de meras formalidades administrativas, por lo que la extinción del contrato de arrendamiento produce el cambio de titularidad de la empresa en los términos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores”.

### **C) Sucesión de contrata prevista en Convenio colectivo**

La STSJ de Andalucía de 23 de enero de 2004, I.L. J 586, aborda un supuesto de sucesión de contratas de limpieza por aplicación del Convenio colectivo sectorial. En esta ocasión, el debate jurídico se centra en un supuesto fraude que afectaría a los contratos de trabajo sujetos al proceso de transmisión. La Sentencia estima que el fraude de las normas vigentes de contratación laboral o la celebración de nuevos contratos entre las partes, “no es óbice ni enerva la subrogación que se produce con arreglo al precepto convencional sin perjuicio de que las relaciones internas ni tampoco la autonomía individual pueden contrariar lo pactado en Convenio colectivo, pues los trabajadores no pueden renunciar válidamente a los derechos reconocidos como indispensables en Convenio colectivo”.

### **D) Responsabilidad solidaria respecto de contratos extinguidos antes de la cesión**

La responsabilidad fijada en el artículo 44.3 ET, en supuestos de transmisión de empresas que tengan lugar mediante actos inter vivos, alcanza a todos los créditos laborales nacidos con anterioridad a la transmisión que no hubieran sido satisfechos, responsabilidad solidaria de empresario cedente y cesionario que se extenderá durante tres años. La STSJ de Andalucía (Granada) de 10 de febrero de 2004, I.L. J 592, resuelve sobre la responsabilidad por deudas laborales de una empresa que adquirió la propiedad de la empresa deudora, teniendo en cuenta que la compraventa se realizó con posterioridad a la extinción del contrato de trabajo del trabajador demandante. La cuestión suscitada exige interpretar si la responsabilidad del empresario cesionario alcanza sólo a los créditos laborales debidos a los trabajadores con contrato en vigor en el momento de la transmisión o, por el contrario, obliga al empresario cesionario a responder también por las deudas pendientes con respecto a las relaciones laborales extinguidas con anterioridad al momento en que se produce la cesión. Aunque el Tribunal se hace eco de las diferentes posiciones mantenidas por la jurisprudencia laboral, justifica su decisión en la STS de 15 de julio de 2003, dictada en unificación de doctrina, que sienta el criterio de que en caso de sucesión empresarial la responsabilidad solidaria de ambas empresas alcanza a todas las deudas pendientes de la cedente, independientemente de dichos trabajadores formen parte de los cedidos o no. Según se desprende de la Sentencia, dicha línea jurisprudencial queda reforzada con la reforma operada en el artículo 44 ET por Ley 12/2001, en concreto, la

### III. Empresario

decisión del Tribunal “se asienta, según se razona, tanto en una interpretación meramente literal de la norma, como en una interpretación lógica, sistemática y finalista, que lleva a considerar, bajo principios mercantilistas, que la transmisión de una empresa comporta la de la totalidad de su activo y su pasivo, decanta con claridad la exégesis que debía presidir la aplicación de dicha norma, siendo claro que esos mismos argumentos encuentran un mayor sustentación, si cabe, en la nueva redacción del precepto, puesto que ahora la subsistencia de la relación laboral aparece en el apartado primero, mientras que la responsabilidad por deudas figura, con entidad independiente, en el apartado tercero, con lo cual, tal como se manifiesta en la Sentencia antes citada del Tribunal Supremo de 15 de julio del año en curso, se han despejado las posibles dudas que pudieran existir sobre la existencia separada de dos responsabilidades en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en los casos de sucesión de empresas, una concerniente al mantenimiento de las relaciones laborales vigentes en el momento de la transmisión y subsistencia de todos los derechos y obligaciones recíprocos inherentes a ellas, y otra la relativa a la asunción por el cesionario, en responsabilidad solidaria con el cedente durante tres años, de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad y no satisfechas, tanto de trabajadores cedidos como de aquellos cuyo contrato se hubiese extinguido con anterioridad”.

#### **E) Alcance temporal de la responsabilidad solidaria en materia de Seguridad Social**

El alcance temporal de la responsabilidad del empresario cedente en materia de Seguridad Social y, en concreto la posibilidad de aplicar el límite temporal de tres años previsto por el artículo 44.3 ET es discutido en la **STS de 28 de enero de 2004**, u.d., I.L. J 63. En el supuesto de hecho de referencia se debate la extensión de la responsabilidad patrimonial de los empresarios cedente y cesionario en un supuesto de sucesión de empresas, en esta ocasión respecto del incremento del porcentaje de la pensión de jubilación de una trabajadora por falta de cotización. La Sentencia rechaza las pretensiones de la actora por aplicación de la normativa específica de Seguridad Social, es decir, porque dicha responsabilidad se limita a las prestaciones causadas antes de la transmisión de empresa, excluyendo por tanto las causadas con posterioridad a dicho evento. Con ello, el Tribunal niega la posibilidad de aplicar el plazo de tres años previsto en el precepto estatutario que entiende únicamente aplicable a las deudas laborales y no a las de Seguridad Social.

En beneficio de la seguridad jurídica, que “la responsabilidad por obligaciones en materia de prestaciones no puede ser ilimitada parece evidente, no puede mantenerse indefinidamente la posibilidad de una responsabilidad empresarial por ese concepto en casos de sucesión de empresas, por causas que tienen su origen en un incumplimiento de obligaciones de cotización por empresa cedente, debe establecerse un límite. La solución a dicho problema interpretativo se encuentra en la Ley General de la Seguridad Social en el artículo 97.2 del Decreto 2965/1975, que es el aplicable atendiendo a que el período de cotización es anterior a 1984 pero de contenido idéntico al artículo 127.2 de la vigente Ley de la Seguridad Social (RDL 1/1994) normativa aplicable con preferencia a ninguna otra al tratarse de una cuestión de Seguridad Social, que claramente dice que en los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industrial o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior a sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión”. Sin embargo, según se desprende del relato fáctico,

el hecho causante de la pensión de jubilación es claramente posterior a la cesión, por más que como reconoce la Sentencia la causa del incremento, la falta de cotización, se produjese antes de la transmisión de la empresa.

#### **F) Mantenimiento de las condiciones fijadas en el Convenio colectivo de la empresa cedente**

La STS de 11 de mayo de 2004, u.d., I.L. J 505, resuelve sobre la reclamación de los trabajadores cedidos sobre determinadas percepciones salariales previstas en el Convenio colectivo de la empresa cedente, teniendo en cuenta que en el supuesto de dicha subrogación no resultan aplicables las previsiones contenidas en el artículo 44 ET, “por tratarse de una subrogación contractual para cuya validez se exige el consentimiento del trabajador cedido, sin cuyo consentimiento sería aquélla nula que pese a que, en el caso de autos, existió consentimiento tácito al no haber el trabajador impugnado la subrogación”. Entre los hechos probados consta la existencia de un acuerdo que contiene una cláusula que compromete a la empresa cesionaria a respetar el Convenio colectivo vigente en la empresa cedente.

En primer lugar, los trabajadores solicitan la inaplicación de las reducciones salariales impuestas por un Plan de Viabilidad vigente en la empresa cedente en el momento de la transmisión. En opinión del Tribunal, “la referencia al Convenio colectivo vigente comprende no sólo su texto original, sino también las modificaciones introducidas en el mismo en febrero de 1995, antes referidas que introdujeron la reducción salarial mencionada”. “Por otra parte, cuando los actores se incorporaron realmente a la demandada, llevaban más de dos años percibiendo los salarios reducidos en su empresa de procedencia, que fueron mantenidos en la nueva empresa; resultando anómalo que pretendan una mayor retribución que la recibida en el momento de la subrogación”.

En segundo lugar, los trabajadores reclaman el abono del plus de consecución de los objetivos previsto también en el Convenio colectivo aplicable en la empresa cedente. El texto de la Sentencia argumenta que “el derecho a percibir una cantidad por el plan de objetivos de puntualidad, son condiciones pactadas en el Convenio colectivo de Iberia, todas ellas relacionadas expresamente con la prestación de trabajo para dicha empresa, puesto que están atendiendo a situaciones específicas derivadas de la especial relación de la empresa con sus trabajadores, y que por lo tanto, no se pueden afirmar que constituyan derechos consolidados por éstos por estar condicionados a un determinado régimen laboral con la empresa concreta (...), contemplando situaciones específicas que en la nueva empresa no se dan”. Razones que sirven para negar la posibilidad de mantener dichas condiciones en la empresa de origen, a pesar de que en esta materia resultan aplicables por analogía las normas previstas en el artículo 44 ET.

JESÚS CRUZ VILLALÓN

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO

**IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN****Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. Contratación temporal.** A) Supuestos. a) Contrato para obra o servicio determinado. b) Contrato eventual por circunstancias de la producción. c) Contrato de interinidad. B) Reglas generales. a) Conversión en indefinida. b) Tratamiento de la extinción contractual **3. Contratación a tiempo parcial y fijos discontinuos.** A) Contrato fijo discontinuo. **4. Contratación en la Administración Pública.** A) Condiciones de trabajo de los trabajadores temporales. B) Trabajadores indefinidos no fijos al servicio de la Administración.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

En la presente crónica se comentan las sentencias incluidas en los tomos de *Información Laboral* 1 a 4 de 2004. Entre éstas caben destacarse dos relativas al contrato fijo discontinuo. De una parte, la **STC de 15 de abril de 2004**, I.L. J 218, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto de la derogada Disposición Adicional Segunda, párrafo segundo, del Real Decreto-Ley 3/1989, de 31 de marzo, de medidas adicionales de carácter social, y el vigente art. 216.5, párrafo segundo, de la actual LGSS, preceptos que excluyen a los trabajadores fijos discontinuos de la condición de beneficiarios del subsidio por desempleo para trabajadores mayores de cincuenta y dos años; y, de otra, la **STS de 4 de mayo de 2004**, I.L. J 520, sobre la naturaleza jurídica de la relación de los asesores del contribuyente durante la campaña del IRPF.

**2. CONTRATACIÓN TEMPORAL****A) Supuestos****a) Contrato para obra o servicio determinado**

Además de la **STS de 2 de junio de 2004**, I.L. J 554, y la **STS de 15 de junio de 2004**, I.L. J 556, de alcance procesal, la **STS de 31 de mayo de 2004**, u.d., I.L. J 444, se pronuncia respecto de una cuestión a la que hemos venido haciendo alusión en las últimas crónicas. Se refiere la resolución concretamente al cambio de la doctrina acerca de la temporalidad

de los contratos celebrados por las Administraciones Públicas desde la aprobación de la Ley 12/2001, en relación con la falta de vinculación directa entre la temporalidad del contrato y la existencia de una subvención o consignación presupuestaria, dada la ampliación de las causas objetivas de extinción del art. 52 del ET.

Pues bien, lo que la sentencia que comentamos viene a puntualizar es que esta doctrina también resulta aplicable a las fundaciones, “en tanto que las mismas tengan como función o constituya su objeto la realización de algunas actividades para cuyo desempeño realicen la contratación temporal, lo que resulta una nota común con las Administraciones Públicas, igual que el hecho de no perseguir lucro ninguna de ellas y el de resultar habitual en las unas y en las otras la recepción de ayudas o subvenciones por parte de los poderes públicos”.

De otro lado, debe destacarse también la **STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de enero de 2004**, I.L. J 661, que en relación con la cuestión de la causa del contrato niega que quepa admitir como obra o servicio determinado la “confección de la campaña de temporada” en una empresa textil dedicada a la fabricación de trajes de invierno y verano, dado que “no tiene el carácter excepcional que debe predicarse respecto del ciclo productivo ordinario de la empresa (...). Es la confección de esas prendas de temporada la actividad habitual y permanente de la empresa (...) y no es posible calificarla de autónoma y diferenciada de la cotidiana, normal y permanente”. En este sentido, rechaza también en parte la sentencia la concreción convencional de la obra o servicio, dado que el convenio venía a admitir la utilización de esta modalidad contractual para cubrir “todas aquellas tareas o trabajos suficientemente diferenciados por el volumen adicional de trabajo que representan, que limitados en el tiempo sean en principio de duración incierta”; y la resolución que comentamos, teniendo presente la doctrina de la STS de 23 de septiembre de 2002, aduce que:

“Por eso la existencia de un mayor volumen no justifica, sin más, la autonomía y sustantividad propia caracterizadora del contrato para obra o servicio determinado. Tomar como eje para la validez del contrato para obra o servicio determinado la coincidencia de que la contratación coincide durante el período de mayor producción no resulta ajustado a la Ley. Nos llevaría a efectuar en el caso una interpretación *ultra vires* del convenio colectivo frente a la Ley, pues consagraría autorizar que en convenio colectivo se pudiera alterar la naturaleza de los contratos temporales que viene establecida por el propio art. 15.”

## b) Contrato eventual por circunstancias de la producción

De nuevo en relación con esta modalidad contractual encontramos un pronunciamiento del TS en materia de regulación convencional de la duración del contrato. Se trata de la **STS de 19 de enero de 2004**, u.d., I.L. J 115, que resuelve el tema de la ampliación de la duración del contrato eventual en convenio colectivo extraestatutario, pronunciándose también sobre la posibilidad de que el contenido del mismo se imponga a la trabajadora

## IV. Modalidades de Contratación

en cuestión y viene a confirmar la doctrina unificada en la materia, negando ambas posibilidades, en base a dos argumentos:

“(…) por un lado, que el Convenio siderometalúrgico de la provincia de Álava tiene carácter extraestatutario, por lo que queda fuera del ámbito de regulación que acerca de la negociación colectiva se contiene en el ET (...); y, por otro, que, dado este carácter extraestatutario, la única posibilidad que existiría para que dicho convenio obligara a la trabajadora, sería que, bien ella misma o bien el Sindicato al que pertenecería, lo hubieran negociado o se hubieran adherido a él posteriormente, y no sucedió ni lo uno ni lo otro”.

### c) El contrato de interinidad

Respecto del contrato de interinidad cabe mencionar la **STS de 3 de febrero de 2004**, u.d., I.L. J 76, que declara ajustada a derecho la resolución del mismo cuando ha sido pactado por sustitución y el plazo de reserva de puesto del trabajador sustituido ha expirado, sin que sea posible admitir que la interinidad por sustitución se ha “convertido” en interinidad por vacante hasta la cobertura del puesto a través del proceso de selección correspondiente:

“(…) no hay norma alguna, ni regla que derive de la interpretación del contrato suscrito, que lleven a pensar, como el recurso sostiene, en la producción de una automática conversión del vínculo inicial de interinidad por sustitución en interinidad por vacante (...); es decir, que cabe la celebración de un contrato de interinidad por vacante, con una u otras características, pero en modo alguno se previene que el primero se convierte en el segundo de manera automática (...).”.

## B) Reglas generales

### a) Conversión en indefinido

Respecto de la conversión en indefinida de una relación laboral concertada por tiempo determinado resulta de especial interés la **STS de 21 de abril de 2004**, u.d., I.L. J 403, que en relación con la duración del contrato eventual entra a precisar si el cómputo del tiempo trabajado a través de esta modalidad contractual debe realizarse en atención únicamente al último contrato o si se han de tomar en consideración todos los contratos celebrados dentro del período de referencia legal o convencionalmente pactado.

Pues bien, la sentencia citada parte de la afirmación de que el contrato eventual sirve para dar cobertura a una necesidad del proceso productivo que provoca “de manera transitoria un desajuste entre los trabajadores vinculados a la empresa y la actividad que deben desarrollar, permitiendo la ley la posibilidad de acudir a la contratación temporal para superar esa necesidad de una mayor actividad, sin incrementar la plantilla más de lo preciso (...). De ahí que si esa actividad normal de la empresa persiste y se transforma en permanente, el tipo de contratación permitido ya no será el temporal, sino el contrato por tiempo indefinido”. De acuerdo con ello, la resolución que comentamos considera que:

“Para marcar la frontera entre la necesidad contingente y la permanente, el legislador acude a un factor objetivo, como es el tiempo en que persisten esas circunstancias. A falta de convenio habilitado al efecto, la duración máxima de esta modalidad de contratación será de seis meses, dentro de un período de doce meses, contados a partir del momento en que se produzcan esas circunstancias, es decir, la ley no toma un solo módulo de cálculo, sino dos; en un período de doce meses no puede un trabajador prestar servicios de naturaleza eventual más de seis meses, así que esto puede ocurrir, bien celebrando un solo contrato, en cuyo caso sobraría la referencia a los doce meses, o en varios contratos cobrando entonces sentido el plazo de referencia, de manera que todas las ocasiones en que se presten servicios de esta clase no pueden superar los seis meses en un año.”

Así pues, se concluye que el plazo señalado actúa como límite total y absoluto, tanto para la duración del contrato como para la celebración de otros contratos en razón de las mismas circunstancias, para preservar la naturaleza de la eventualidad.

De otro lado, la **STS de 5 de mayo de 2004**, u.d., I.L. J 503, reitera la jurisprudencia en materia de sucesión de contratos temporales sin solución de continuidad, declarando el carácter indefinido de la relación laboral desde que el primer contrato se concertase por tiempo determinado irregularmente, sin admitir pues la novación de la misma por el hecho de que posteriormente se celebre otro contrato temporal y recordando que la contratación temporal en nuestro sistema es causal, es decir, si la temporalidad no trae su origen en alguna de las modalidades previstas en el art. 15 ET, la relación es indefinida; y, así, declara que habrá de considerarse por tiempo indefinido la relación laboral existente entre una trabajadora y la Consejería de Sanidad del Gobierno de Cantabria por falta de acreditación de la causa de temporalidad en un supuesto de sucesión de contratos temporales. Concretamente, la trabajadora había sido contratada como limpiadora primero a través de un contrato eventual y posteriormente de un contrato por obra sin solución de continuidad y sin concreción alguna de la causa de la temporalidad del contrato. Ante ello, la sentencia mencionada determina que:

“Para la validez de los contratos temporales no solamente es necesario que concurra la causa que los legitima, sino que ha de explicitarse en el propio contrato y, puesto que la temporalidad no se presume, si no se acredita su concurrencia, opera la presunción a favor de la contratación indefinida.”

## b) Tratamiento de la extinción contractual

Una resolución debe destacarse en materia de extinción. Se trata de la **STS de 20 de enero de 2004**, u.d., I.L. J 32, que en relación con el contrato de interinidad por vacante determina que habrá de considerarse despido el cese por amortización de plaza cuando lo que se hace es crear otra plaza en apariencia distinta pero en la que se desempeñan exactamente las mismas funciones que en la supuestamente amortizada:

## IV. Modalidades de Contratación

“(…) pues la discrepancia entre la apariencia contractual y la realidad ha de resolverse a favor de esta última, al primar las funciones que real y efectivamente se vienen desempeñando”.

### 3. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL Y FIJOS DISCONTINUOS

#### A) Contrato fijo discontinuo

Tres sentencias se refieren a esta modalidad contractual y han de ser destacadas por su especial interés. De un lado, reseñar la **STC de 15 de abril de 2004**, I.L. J 218, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto de la derogada Disposición Adicional Segunda, párrafo segundo, del Real Decreto-Ley 3/1989, de 31 de marzo, de medidas adicionales de carácter social, y el vigente art. 216.5, párrafo segundo, de la actual LGSS, preceptos que excluyen a los trabajadores fijos discontinuos de la condición de beneficiarios del subsidio por desempleo para trabajadores mayores de cincuenta y dos años. La duda, obviamente, se centra en determinar si el tratamiento diferenciado conferido a los trabajadores fijos discontinuos es o no razonable a la luz del principio de igualdad de acuerdo con la doctrina constitucional sobre el mismo, esto es, analizando si cabe entender que existe un fundamento objetivo para la desigualdad.

La sentencia que comentamos aplicando la doctrina referida viene a considerar que se ajusta al principio de igualdad la diferencia de trato de los trabajadores fijos discontinuos en tanto en cuanto:

“(…) mientras mantenga dicha condición, el fijo discontinuo no es un desempleado, sino una persona vinculada por un contrato laboral vigente que se encuentra en situación de seguir causando derecho a nuevos periodos de cobertura en el nivel contributivo hasta la definitiva e integral extinción de su relación laboral (...). En el presente caso no cabe apreciar la existencia de un adecuado y válido término de comparación, pues la cuestión en él planteada pretende equiparar la situación de los que pierden definitivamente su empleo con la de aquellos otros que mantienen vigente (si bien, claro es, en los términos específicos que la caracterizan) su relación laboral”.

De otro lado, debemos detenernos en la **STS de 22 de marzo de 2004**, I.L. J 295, que confirma la doctrina unificada en la STS de 7 de julio de 2003 sobre la verdadera naturaleza de la relación laboral concertada por obra entre el Patronato Deportivo Municipal y el monitor socorrista contratado para los cursos deportivos de temporada de piscina. La sentencia viene a determinar que, dado lo continuado en el tiempo de las convocatorias para la cobertura de estas plazas, “no ha quedado justificada la causa de temporalidad que se invoca en los contratos, sino que lo acreditado es que la actividad contratada era habitual y ordinaria en la Administración contratante y de duración cierta y concreta en el tiempo”; por ello:

“(…) este contenido acredita el carácter permanente de la actividad, como consecuencia de una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, es decir, a intervalos tempo-

rales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad, que permanece en el tiempo al menos desde el año 1996”.

De este modo, se concluye que los contratos referidos deben considerarse celebrados como “contratos de carácter discontinuo e indefinido (y no fijo al ser empleadora una administración pública)”.

Finalmente, en el mismo sentido, la **STS de 4 de mayo de 2004**, I.L. J 520, determina que la reiteración de contratos temporales para la realización todas las primaveras del servicio de asesoramiento al contribuyente en el impuesto sobre la renta de las personas físicas constituye una necesidad de trabajo de carácter intermitente, pero reiterado en el tiempo, que debe ser cubierta por el contrato fijo discontinuo no con contratos eventuales, al margen de que en la regulación de este impuesto hayan podido existir diferencias a lo largo del tiempo.

#### **4. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

##### **A) Condiciones de trabajo de los trabajadores temporales**

Además de la **STS de 26 de enero de 2004**, I.L. J 49, que, aplicando la normativa sectorial correspondiente, determina que los trabajadores temporales transferidos a la Comunidad Autónoma por parte del Ministerio de Educación no tienen derecho a la continuidad en la relación laboral hasta que se complete el proceso de consolidación del empleo temporal, debe destacarse la **STS de 28 de mayo de 2004**, I.L. J 443, en relación con las condiciones de trabajo de los trabajadores temporales de Correos y Telégrafos. Se cuestiona en esta resolución si ha de considerarse aplicable o no al personal temporal el “Plus de Convenio” pactado en los siguientes términos: “se percibirá sólo por el personal laboral fijo acogido al presente Convenio vinculado a la experiencia adquirida a través de la antigüedad, la asistencia al puesto de trabajo, así como la responsabilidad y dedicación en el desempeño”. Y el Tribunal, tras recordar la doctrina constitucional sobre la diferencia entre el principio de igualdad y no discriminación y la jurisprudencia sobre la igualdad de derechos entre los trabajadores fijos y temporales, viene a reseñar que:

“(…) no existe causa objetiva y razonable para excluir del percibo del discutido plus de Convenio previsto en su art. 94 al personal cuyo vínculo con la Entidad sea temporal y por esta única causa, puesto que la referencia a la experiencia adquirida como posible factor de distinción no cabe apreciarla en cuanto que las tareas encomendadas al personal fijo y al temporal son las mismas y ambas se proyectan en el tiempo durante el mismo número de años, sin otras distinciones acreditadas”.

En este mismo sentido, la **STS de 17 de mayo de 2004**, I.L. J 540, viene a reconocer que no cabe sino aplicar la jurisprudencia posterior a la reforma del art. 15 ET en un supuesto en el que se discute si cabe el reconocimiento convencional del complemento

#### IV. Modalidades de Contratación

de antigüedad sólo a los trabajadores fijos y no a los temporales. Teniendo en cuenta la mencionada reforma y la jurisprudencia en relación con la misma, señala el Tribunal que:

“Según los términos del art. 15.6 del Estatuto de los Trabajadores, cuando un determinado derecho o condición de trabajo está atribuido en las disposiciones legales o reglamentarias y en los Convenios Colectivos en función de una previa antigüedad del trabajador, ésta deberá computarse según los mismos criterios para todos los trabajadores, cualquiera que sea su modalidad de contratación. Con este mandato el legislador establece un instrumento interpretativo auténtico apto no sólo para colmar toda laguna normativa en cualquiera de los órdenes a que hace referencia sino también para imponerse como garantía de derecho necesario frente a cualquier disposición que se le oponga.”

##### **B) Trabajadores indefinidos no fijos al servicio de la Administración**

La STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de febrero de 2004, I.L. J 670, determina la validez de la extinción del contrato indefinido no fijo de una trabajadora al servicio de un Ayuntamiento por la cobertura definitiva de la plaza que la misma venía ocupando tras la realización del correspondiente concurso oposición:

“Y siendo pues la actora trabajadora indefinida, no cabe duda que la cobertura en propiedad de la plaza que venía ocupando, legitima su cese, impidiendo su calificación como despido improcedente, en tanto que (...) dicho cese no es preciso que se opere por la vía del despido objetivo, sino que es susceptible de asimilarse a la condición propia del trabajador temporal (...). No puede producir preocupación jurídica equiparar la extinción de estos contratos con la de los interinos por vacante, porque la justificación de la existencia de unos y de otros responde a una misma causa y necesidad. Donde se sitúa la diferenciación de tratamiento legal entre el interino y por vacante y el indefinido temporal es durante la vigencia y desarrollo del contrato (...).”

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) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación. a) A vueltas con las dobles escalas salariales: la necesidad de una justificación objetiva y razonable. b) Vulneración del art. 14 CE: diferencia salarial en un supuesto con idéntica categoría profesional y prestación de servicios. B) Fondo de Garantía Salarial.

a) *Dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción para reclamar contra el FOGASA en los supuestos en que es responsable directo: fecha a partir de la cual el trabajador consintió su despido al no impugnar judicialmente el cese. b) Responsabilidad subsidiaria: no procede. Indemnización pactada por empresa insolvente en conciliación extrajudicial.

c) Responsabilidad subsidiaria: procede. Despido objetivo económico sin poner a disposición del trabajador la correspondiente indemnización: el ejercicio de la acción frente al despido no es requisito necesario para que proceda el abono por el FOGASA. **2. Jornada**

**de trabajo.** A) Descanso. a) Compensatorio. b) En sábados: Técnicos de Laboratorio de Anatomía Patológica. B) Días de libranza. a) Abonables y no recuperables. C) Guardias localizadas. a) Obligatoriedad. D) Vacaciones. Baja maternal. **3. Pacto de no concurrencia.**

A) Nulidad de la cláusula de desistimiento unilateral por parte del empresario. Unificación de doctrina. **4. Clasificación profesional.** A) Consolidación del encuadramiento profesional anterior del trabajador. B) Proceso de clasificación profesional: delimitación. **5. Movilidad**

**funcional.** A) Ámbito de aplicación de la normativa del Estatuto de los Trabajadores: personal laboral de las Administraciones Públicas. B) Realización de funciones de superior categoría. **6. Movilidad geográfica.** A) Traslado de centro de trabajo sin cambio de residencia.

Inexistencia de incumplimiento empresarial y por tal no existencia de precepto alguno que imponga satisfacer como hora de trabajo el mayor tiempo invertido en el desplazamiento. B) Banca privada. Traslados. Plazas vacantes. Convenio Colectivo. Facultad organizativa empresarial. C) Traslados. Nulidad por no seguirse los trámites del art. 40 ET. Para proceder al traslado la empresa debió utilizar una vía autónoma e independiente del expediente de regulación de empleo. D) Reclamación salarial (extinción contractual por opción del trabajador frente a traslado acordado por la empresa). Antigüedad real. Doctrina jurisprudencial.

## CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 1 a 4 de 2004 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1 a J 672).

### 1. SALARIO

#### A) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación

##### a) A vueltas con las dobles escalas salariales: la necesidad de una justificación objetiva y razonable

Se pone en tela de juicio en este recurso de amparo la supuesta vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación (art. 14 CE) como consecuencia de la aplicación al trabajador de lo previsto en materia de complemento personal de “Antigüedad o Vinculación” en el Convenio Colectivo de la empresa “Mohn, SL”. En concreto, el establecimiento de un diferente patrón retributivo para garantizar el tiempo de servicios a la empresa en función de la fecha de ingreso o de la adquisición de fijeza.

La STC 27/2004, de 4 de marzo, I.L. J 106, señala al respecto que fundándose exclusivamente la desigualdad que dispensa la norma colectiva en la fecha de ingreso en la empresa o en la de adquisición de la condición de fijo, la misma resulta contraria al art. 14 CE en cuanto utiliza como criterio de diferenciación elementos que no pueden justificar tal disparidad, al menos si no vienen complementados por otros factores por sí mismos diferenciadores o justificativos de la razonabilidad de la diferencia de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y lo pretendido supere un juicio de proporcionalidad. En efecto, la distinta fecha de ingreso en la empresa, por sí sola, no puede justificar un modo diferente de valoración de la antigüedad en el convenio de un grupo de trabajadores respecto del otro, puesto que su lógica descansa

## V. Dinámica de la Relación Laboral

en un trato peyorativo a quien accede más tarde al empleo, haciendo de peor condición artificiosamente a quienes ya lo son por las dificultades existentes en la incorporación al mercado de trabajo y por la menor capacidad de negociación con la que cuentan en el momento de la contratación, con lo que la diversidad de las condiciones laborales que de ello se deriva enmascara una infradeclaración de su condición y de su trabajo.

En resumen, no se ve en este caso más factor diferencial que el meramente temporal, insuficiente como fundamento del diferente concepto y método del complemento asignado, desfavoreciendo a determinados trabajadores con relación a sus compañeros más antiguos por razón de datos tan inconsistentes como los mencionados. La desigualdad, por tanto, no ofrece otro soporte visible que una minusvaloración de un grupo segregado y peor tratado, lo que no tiene acomodo en la Constitución a la luz del principio de igualdad ni tampoco en la perspectiva social que impone una connotación de nuestro Estado de Derecho en conexión con la igualdad efectiva de los individuos y los grupos en que se integra (art. 9.2 CE). Por lo tanto, la desigualdad de trato retributivo a trabajadores como al actor en materia de antigüedad sin razones objetivas que lo justifiquen resulta contraria al art. 14 CE.

En unificación de doctrina se analiza también la diferencia de retribución recogida en el art. 52.b) del Convenio de la “Empresa Robert Bosch España Fábrica El Castellet”, denominado plus de vinculación y conforme al cual sólo los trabajadores que tienen una antigüedad como fijos en la empresa y una vez completado un período máximo de 10 años, percibirán el mismo importe de la retribución que perciben aquellos trabajadores que eran fijos en la empresa el 1 de enero de 1995.

La STS de 26 de abril de 2004, u.d., I.L. J 393, señala, en primer lugar, que no cabe identificar el principio de igualdad con la proscripción de la discriminación, aunque uno y otro tengan su sede en el art. 14 CE. La discriminación consiste en utilizar un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista. Y es que la condición de fijo en la empresa que es la que utiliza el Convenio impugnado, podrá ser un factor que no justifique un tratamiento diferente en la fijación de determinadas condiciones de trabajo, pero no constituye un factor de discriminación en el sentido precisado, pues no se encuentra enumerado en la relación del art. 14 CE, ni en las ampliaciones de los arts. 4.1.c) y 17.1 LET y, tampoco puede incluirse en la referencia final del último inciso del art. 14 CE –“cualquier otra condición o circunstancia personal o social”– porque, pese a su aparente amplitud, ha de entenderse referida a condiciones que guarden analogía con las específicamente enumeradas en el art. 14 CE y es claro que esta analogía no concurre en este caso. Por tanto, apartada toda idea de discriminación en el supuesto que se examina, procede analizar si se ha infringido o no el principio constitucional de igualdad.

A este respecto, el Supremo establece que una diferencia de retribución por razón de un dato tan inconsistente a tal fin cual es la fecha de contratación rompiendo el equilibrio de la relación entre retribución y trabajo respecto de determinados trabajadores quiebra el principio de igualdad, sino existe una justificación suficiente que dé razón de esta desigualdad. Sobre todo, cuando las alegaciones por parte de la empresa referidas al incremento del empleo fijo— si se han producido— no han sido como compensación o justificación de una política que retribuye de modo desigual idéntico trabajo sino simplemente en cumplimiento de lo dispuesto en el propio Convenio en preceptos que no guardan ninguna relación con el que aquí es objeto de discusión. Idéntico juicio merece las alegaciones de la empresa relativas a inversiones efectuadas en El Castellet, puesto que ni en el III Convenio ni en el Acuerdo suscrito ante el Tribunal Laboral de Cataluña se vinculó el sistema retributivo desigual a la realización de inversiones por parte de la empresa.

#### **b) Vulneración del artículo 14 CE: diferencia salarial en un supuesto con idéntica categoría y prestación de servicios**

El recurrente en amparo, de nacionalidad española, trabaja desde 1996 como auxiliar administrativo en la Oficina comercial de España en Belgrado, percibiendo, por el mismo trabajo que realizan otras dos trabajadoras auxiliares administrativas de nacionalidad yugoslava contratadas en 1984 y que prestan sus servicios en esa misma Oficina comercial, un salario sustancialmente inferior al devengado por estas últimas, trato retributivo diferenciado que la Administración contratante justificó, primeramente, en las condiciones e imposiciones del régimen yugoslavo y en las circunstancias laborales de la época en que aquéllas fueron contratadas, y, posteriormente, en la diversidad de legislaciones aplicables en uno y en otro caso.

La STC 34/2004, de 8 de marzo, I.L. J 109, establece que la diferencia retributiva alegada por el demandante de amparo respecto de otras trabajadoras al servicio de idéntica Administración Pública, de idéntica categoría y con idéntica prestación de servicios, resulta desprovista de una justificación objetiva y razonable, con vulneración por tanto del art. 14 CE.

#### **B) Fondo de Garantía Salarial**

##### **a) Días a quo para el cómputo del plazo de prescripción para reclamar contra el FOGASA en los supuestos en que es responsable directo: fecha a partir de la cual el trabajador consintió su despido al no impugnar judicialmente el cese**

La STS de 3 de mayo de 2004, I.L. J 564, reitera el criterio ya mantenido en anteriores Sentencias de 21 de noviembre de 2001 y de 19 de junio de 2002. Según esta jurisprudencia de unificación de doctrina, en aquellos casos en que el trabajador no impugna judicialmente el cese, el plazo de prescripción de un año para reclamar del

## V. Dinámica de la Relación Laboral

FOGASA el 40 por ciento de la indemnización por despido colectivo o por despido objetivo por necesidades de la empresa establecido a su cargo respecto de las empresas de menos de veinticinco trabajadores, comienza a partir de la fecha en que el trabajador manifestó su conformidad con el despido acordado, es decir, al día siguiente al transcurso de los veinte días hábiles de que dispone el trabajador para impugnar el despido que le afectó.

### **b) Responsabilidad subsidiaria: no procede. Indemnización pactada por empresa insolvente en conciliación extrajudicial**

En el supuesto que resuelve la STS de 23 de abril de 2004, I.L. J 389, se plantea si el FOGASA debe o no responder, en caso de insolvencia empresarial, de la indemnización pactada entre la empresa y el trabajador en conciliación administrativa, tras reconocer la empleadora la improcedencia del despido de dicho trabajador.

Para resolver esta cuestión, el TS reitera el criterio mantenido en anteriores Sentencias de 26 de diciembre de 2002, I.L. J 2716, y de 17 de marzo de 2003, I.L. J 472, en donde se cuestionó si debía o no responder el Fondo de los salarios de tramitación pactados por empresa insolvente en conciliación extrajudicial.

El TS concreta de nuevo que, por razones de temporalidad, el precepto objeto de interpretación y aplicación es el art. 33.1 ET en su redacción anterior a la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, aunque la reforma por ella operada no afecte a la cuestión controvertida, y a continuación reitera que la doctrina en la materia ya ha sido unificada, a partir de la STS de 4 de julio de 1990, recaída en un recurso “en interés de la ley”, votada en Sala General, y cuya doctrina se ha seguido por otras SSTS posteriores, como las de 22 de diciembre de 1998, de 17 de enero de 2000 y de 26 de diciembre de 2002, en donde se ha señalado que lo que el precepto estatutario pone a cargo del FOGASA son las prestaciones que sustituyen obligaciones incumplidas por un empresario insolvente en materia de salarios e indemnizaciones por cese, y que estos conceptos dinerarios no se atienden sin más sino que es preciso disponer de un título habilitante que la norma exige.

Aplicando dicha doctrina a las reclamaciones por indemnizaciones no abonadas por el empresario insolvente, se señala que no es viable imponer o exigir tal responsabilidad al FOGASA en casos diferentes a los que la norma ha previsto y regulado, y que en este caso se precisa sentencia o resolución administrativa.

Por lo que respecta a la doctrina sentada por la reciente Sentencia del TJCE, de 12 de diciembre de 2002, por la que se resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha acerca de si el mencionado art. 33.1 ET respetaba o no el Derecho Comunitario, y, en concreto, la Directiva 80/987/CEE del Consejo, indica el TS que dicha cuestión prejudicial se concretaba en preguntar si los créditos correspondientes a salarios de tramitación están comprendidos en el concepto “créditos a favor de los trabajadores asalariados, derivados de contrato de trabajo o de relaciones laborales”, y que no es lo referente a salarios de tramitación o a su naturaleza salarial lo que se debate en este litigio, y que en cualquier caso la doctrina proclamada por

la mencionada Sentencia del Tribunal comunitario tiene sus propias limitaciones, lo que impide que sea aplicada en todas las situaciones previstas en el art. 33 ET.

Concretamente se señala que, como ya se indicó en la previa STS de 26 de diciembre de 2002, esta doctrina no puede extenderse a este supuesto concreto, básicamente porque el único supuesto que en ella se contempló, y sobre el que específicamente razonó y se decidió, fue el relativo a la conciliación llevada a cabo en presencia judicial, y porque, además, el TJCE, incidió en su argumentación, en que la conciliación, cuando se celebra con arreglo al art. 84 LPL está estrictamente controlada por el órgano jurisdiccional que debe aprobarla, argumentación que no es predicable respecto de la conciliación previa a la vía judicial, tal como aparece disciplinada en los arts. 63 a 68 de la LPL, pues ésta se lleva a cabo ante un funcionario del Servicio administrativo correspondiente, sin facultades de control sobre el contenido de lo acordado por parte de los conciliados, y sin competencias para aprobar o desaprobar lo pactado, y tampoco está legalmente prevista la posibilidad de que un órgano judicial conceda o deniegue su aprobación al pacto.

**c) Responsabilidad subsidiaria: procede. Despido objetivo económico sin poner a disposición del trabajador la correspondiente indemnización: el ejercicio de la acción frente al despido no es requisito necesario para que proceda el abono por el FOGASA**

Relacionada también con los requisitos necesarios para que opere la responsabilidad del FOGASA, la STS de 24 de marzo de 2004, I.L. J 240, resuelve un supuesto en donde se cuestiona concretamente si es preciso que el trabajador reclame contra el despido objetivo económico, cuando el empresario no pone a su disposición la indemnización prevista en el art. 53.1.b) ET.

El TS responde negativamente a la mencionada cuestión señalando, en síntesis, que si bien el art. 33.2 ET exige que las indemnizaciones a favor de los trabajadores se hayan reconocido como consecuencia de sentencia o resolución administrativa, el reconocimiento por sentencia ha de entenderse cumplido por la condena a la empresa al abono de la indemnización por despido prevista en el art. 53.1.b) ET en un proceso ordinario en el que se reclama el pago de aquélla ante su falta de abono por parte de la empresa. Se dice que la calificación judicial del despido será necesaria cuando se trate de una indemnización por despido improcedente, pero no cuando el despido se ha considerado procedente.

Para justificar la diferencia que existe entre este supuesto y el resuelto en SSTs de 14 de diciembre de 1999, I.L. J 1954, y de 24 de abril y de 24 de septiembre de 2002, I.L. J 1003 y 1899 respectivamente, que negaron el abono directo por el Fondo del 40 por ciento de la indemnización por despido, en caso de despidos objetivos que no tenían realmente tal condición, al haberse vulnerado los límites cuantitativos que los diferencian del colectivo, se señala que esta solución no puede generalizarse a los restantes supuestos, ni a las prestaciones de garantía previstas en los otros apartados del art. 33 ET. Se recuerda,

## V. Dinámica de la Relación Laboral

como señaló la STS de 24 de abril de 2002, que la obligación que establece el art. 33.8 ET es distinta de las previstas en los números 1 y 2 del mismo precepto legal, en tanto que aquélla es de carácter principal y directo, mientras que éstas son de carácter subsidiario, subrogándose además el Fondo en este último supuesto en los derechos y obligaciones de los trabajadores, una vez que haya hecho efectivo el pago de las correspondientes indemnizaciones.

A mayor abundamiento, se subrayan dos importantes datos. Por un lado, que en el supuesto a que se refiere el art. 33.2 ET, la falta de ejercicio de la acción de impugnación del despido por parte del trabajador no afecta realmente a la existencia del despido y de la causa de éste, sino a un requisito instrumental consistente en la puesta a disposición de la indemnización. Por otro lado, que esta exigencia no sólo no afecta al despido en sí mismo, sino que tampoco resulta aplicable en todos los supuestos, teniendo en cuenta lo previsto en el art. 53.1.b), párrafo 2º ET. Finalmente, la sentencia concluye señalando que, si bien en este caso concreto se asumió un compromiso no ajustado a los términos de la ley (en tanto que en la comunicación del despido se indicaba al trabajador que la indemnización legal le sería abonada en el momento de practicarle la indemnización), y que quedó, además, incumplido, resulta excesivo que de ello derive la pérdida de la garantía para el trabajador cuando además, del propio art. 53 ET se deduce que éste puede optar entre reclamar la indemnización o accionar solicitando la calificación de nulidad del despido, dado que para el supuesto concreto de falta de puesta a disposición de la indemnización por dificultades económicas se indica la vía de la reclamación de cantidad.

### 2. JORNADA DE TRABAJO

#### A) Descanso

##### a) Compensatorio

Es habitual que en determinados convenios colectivos de empresa, se reconozcan días de descanso adicionales a los legalmente establecidos (vacaciones, festivos, etc.) cuya finalidad es ajustar las horas de trabajo realizadas durante el año con la jornada máxima fijada colectivamente. Así, con estos días de descanso compensatorio, se compensa el exceso de jornada realizados en meses anteriores a fin de no sobrepasar la jornada fijada colectivamente.

El problema surge, cuando de forma sobrevenida, por causas productivas (no imputables al trabajador) ese exceso de jornada no se produce, y los días de libranza continúan siendo recogidos en la norma colectiva aplicable. ¿Cabe al trabajador exigir, en cualquier caso, esos días de libranza recogidos en la norma colectiva?

Es la cuestión que analiza la STSJ de Andalucía (Granada) de 13 de enero de 2004, I.L. J 573, en la que un trabajador reclama los días de descanso compensatorio recogidos en el convenio colectivo aplicable, aun cuando el exceso de jornada no se había producido durante el año en curso, por causas no imputables al mismo.

La Sala de lo Social del TSJ de Andalucía entiende que no ha lugar a la petición del trabajador, atendiendo a la naturaleza del descanso compensatorio pactado. La causa última de citado descanso radica en ajustar las horas de trabajo realmente realizadas a las pactadas colectivamente, por lo cual, si el actor, aun cuando sea por causas no imputables al mismo, no realizó durante un determinado tiempo su actividad laboral, la empresa no estaba obligada a compensar con días de descanso un exceso de jornada que no se había producido.

Aun habiendo realizado exceso de jornada, cabe igualmente perder los días de descanso compensatorio, por causa no imputable al trabajador, como es la situación de Incapacidad Temporal sobrevenida durante los días fijados para el descanso. En estos términos se pronunció la STSJ del País Vasco de 30 de abril de 2002, I.L. J 1044.

### **b) En sábados. Técnicos de Laboratorio de Anatomía Patológica**

La STS de 10 de febrero de 2004, I.L. J 79, analiza si los Técnicos de Laboratorio que prestan servicios como personal estatutario en los laboratorios de Anatomía Patológica, tienen derecho a vacar todos los sábados.

Citado derecho les había sido reconocido por la Sala de lo Social del TSJ de Granada, con apoyo en el art. 115 del Estatuto de Personal Sanitario No Facultativo, argumentando la toxicidad de algunos de los productos que se emplean usualmente en este tipo de laboratorios.

El art. 115 del Estatuto del Personal Sanitario no Facultativo reconoce el derecho a determinados descansos al personal que desarrolla su trabajo en los servicios de Radiología, Radioterapia y Medicina Nuclear. Estos descansos persiguen la protección necesaria de este grupo de trabajadores frente a las radiaciones, de modo que cuando el personal que desempeña su labor en estos servicios alcanza el nivel máximo de radiaciones permitido, se le reconoce el derecho a vacar el resto de la semana, o bien un descanso periódico por el tiempo necesario para regularizar y eliminar el exceso de radiación.

Sobre esta base, la Sala de lo Social del TS, revoca la Sentencia del TSJ de Granada, entendiendo que no cabe aplicación analógica o extensiva del art. 115 a los Técnicos reclamantes por tres razones, fundamentalmente:

1ª) Porque no cabe la aplicación extensiva de este precepto, a quienes como los reclamantes, no se encuentran en el ámbito subjetivo del mismo, toda vez que desarrollan su trabajo en otros servicios, en los que no existe peligro de radiaciones.

2ª) Atendiendo a una interpretación finalista, se alcanza la misma conclusión según el Alto Tribunal. Ello, por cuanto, respecto de los concretos riesgos del puesto de trabajo de los Técnicos Especialistas de Laboratorio deberán adoptarse las medidas preventivas que resulten necesarias a tal fin. Sin embargo, el derecho a vacar todos los sábados no se

## V. Dinámica de la Relación Laboral

considera una medida necesaria ni eficaz en modo alguno para estos Técnicos, toda vez que en nada reduce los riesgos de su puesto de trabajo el reconocimiento del descanso los sábados.

3ª) Finalmente, citado art. 115 no reconoce el derecho a vacar todos los sábados (como les había sido reconocido a los demandantes) sino por el tiempo necesario para eliminar la radiación o el concreto riesgo.

### B) Días de libranza

#### a) Abonables y no recuperables

La STS de 23 de marzo de 2004, I.L. J 296, analiza la articulación y prelación de normas que se produce entre el Convenio Colectivo de Grandes Almacenes (2001) y el Pacto suscrito entre la mercantil Makro Autoservicio y los representantes de sus trabajadores con posterioridad a la entrada en vigor de este convenio colectivo (2002).

La concreta cuestión discutida se centra en el carácter (recuperable o no) de dos días de libranza que se reconocen en el Pacto de Empresa suscrito en el año 2002. Citado pacto, establecía como finalidad mantener idénticas condiciones que regían en el Convenio de Grandes Almacenes (1997), en el que se reconocían estos dos días de libranza con el carácter de no recuperables. Por el contrario, el Convenio de Grandes Almacenes (2001) establece el carácter recuperable de estos días de libranza.

Para el TS la interpretación correcta es la que sostienen los trabajadores, es decir, el carácter no recuperable de los días de libranza fijados en el Pacto de Empresa. Ello, por cuanto se entiende que citado pacto mejora la regulación fijada en el Convenio Colectivo, que tiene el carácter de mínima y por tanto es disponible (vía mejora) tanto contractualmente, como mediante el instrumento aquí analizado, Pacto de Empresa.

Igualmente, como días recuperables y abonables, interpreta la STS de 19 de mayo de 2004, I.L. J 496, los recogidos en el art. 24 del II Convenio Colectivo del Grupo Unide (vigencia 2002-2004).

Conviene señalar que el conflicto colectivo fue inicialmente planteado ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y ésta había interpretado como no recuperables y abonables los días de descanso recogidos en el art. 24.

Aplica el Alto Tribunal la ya consolidada doctrina de que la interpretación de los convenios es facultad privativa de los Tribunales de Instancia, que son los únicos que pueden percibir de manera inmediata en la actividad probatoria, cuál ha sido la voluntad de las partes, con la única excepción de que la interpretación realizada no sea lógica o ponga de manifiesto una notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual. (SSTS de 6 de marzo de 2000, recurso 1217/1999; de 27 de abril de 2001, recurso 3538/2000 y de 17 de julio de 2001, recurso 2784/2000, entre otras.)

**C) Guardias localizadas****a) Obligatoriedad**

La STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de febrero de 2004, I.L. J 668, establece la obligatoriedad de las guardias localizadas para aquellos sanitarios locales, ATS, que optaron por la no integración en los Equipos de Atención Primaria de los distintos Servicios de Salud.

Recuerda esta Sala de lo Social, que este personal de Servicios Sanitarios Locales, posee una doble condición: funcionarios de la Administración local y colaboradores del INSALUD. Esta dualidad, supone que les es de aplicación el art. 49 del Estatuto del Personal Sanitario No facultativo, el cual obliga a los titulares de Servicios Sanitarios Locales que desempeñen plazas de Asistencia Pública domiciliaria a prestar los servicios correspondientes a la Seguridad Social.

Es por ello, que resulta de aplicación a estos sanitarios locales no integrados, el Reglamento de Personal de los Servicios Sanitarios Locales de 27 de noviembre de 1953, así como el art. 62 del Estatuto del Personal Sanitario No facultativo, a tenor de los cuales, deberá llevar a cabo la asistencia continuada a los pacientes incluidos en el cupo que tenga asignado, así como la atención de urgencias de esa misma población.

**D) Vacaciones. Baja maternal**

De notable trascendencia resulta la STJCE de 18 de marzo de 2004, I.L. J 305, en la medida en que revoca, la que hasta ahora fuera jurisprudencia unificada de nuestra Sala de lo Social del TS y doctrina de otros Tribunales Superiores de Justicia.

La cuestión se centra en determinar si una trabajadora a la que coincidan las fechas de disfrute de baja maternal con las fijadas colectivamente para descanso vacacional, tiene derecho al descanso de este último en fechas distintas a las establecidas, o por el contrario, citados períodos de descanso se solapan, perdiendo en consecuencia la trabajadora el derecho al descanso vacacional correspondiente al año en que disfruta la baja maternal.

Conviene precisar que citada cuestión ya había sido resuelta por la Sala de lo Social del TS en varias Sentencias, en las que denegaba el derecho de la trabajadora al descanso del período vacacional en fechas distintas a las fijadas colectivamente. En este sentido, STS 27 de junio de 1996, recurso 2241/1994, entre otras.

Con criterio distinto, apoya su decisión el TJCE en varias razones:

1ª) La finalidad del derecho a disfrutar de vacaciones anuales es diferente de la del derecho al permiso de maternidad. El primero tiene por objeto la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de éste, así como la protección de

## V. Dinámica de la Relación Laboral

la particular relación entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto.

2ª) El art. 5, apartado 1, de la Directiva 76/207, dispone que “la aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendidas la de despido, implica que se garanticen a hombres y a mujeres las mismas condiciones, sin discriminación de sexo”.

E igualmente, el art. 11 de la Directiva 92/85 dispone que en caso de un permiso de maternidad deberán garantizarse los derechos inherentes al contrato de trabajo de la trabajadora distintos de los indicados en la letra b) de la misma disposición.

Luego, lo mismo ha de ser aplicado en relación con el derecho a disfrutar vacaciones anuales retribuidas.

3ª) A lo anterior, no es obstáculo el que el calendario vacacional previera la fecha de disfrute vacacional, sin tener en cuenta la situación de las trabajadoras en situación de baja maternal. Ello, por cuanto citada disposición devendría nula, por aplicación de lo dispuesto en el art. 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 76/207, conforme la cual los estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de que se anulen, puedan ser declaradas nulas o puedan ser modificadas, las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que figuren en los convenios colectivos.

4ª) El derecho al disfrute vacacional lo es por el total del tiempo fijado en la norma colectiva aplicable a la trabajadora en cuestión, y no sólo por el tiempo que como vacaciones mínimas fija la Directiva 93/104.

Debe saludarse positivamente esta decisión del TJCE que cambiará el criterio negativo mantenido hasta este momento por nuestra jurisprudencia. No obstante, no podemos extrapolarlo aun a otras situaciones de IT que coinciden con el período vacacional fijado colectivamente, supuestos en los que aún se viene manteniendo el solapamiento de ambos períodos de descanso, y por tanto denegando el derecho al disfrute de las vacaciones en período distinto. En este sentido, STSJ del País Vasco de 15 de diciembre de 2002, recurso 2454/2002.

### 3. PACTO DE NO CONCURRENCIA

#### A) Nulidad de la cláusula de desistimiento unilateral por parte del empresario. Unificación de doctrina

La cuestión planteada se concreta en determinar si es válida o nula la cláusula incluida en un pacto de no competencia suscrito al amparo y cumpliendo las condiciones del art. 21.2 LET, por virtud de la cual queda autorizado el empresario a rescindir de forma unilateral el pacto en cuestión.

Las SSTS de 21 de enero y 5 de abril de 2004, u.d., I.L. J 31 y 324, establecen al respecto que la solución viene determinada por lo dispuesto en el art. 1256 CC, según el cual “la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de los

contratantes”, y no otra cosa es lo que se ha hecho en los supuestos aquí contemplados en los que la cláusula discutida ha dejado al libre arbitrio del empleador el cumplimiento o no del pacto de no competencia, con lo que se observa que, con independencia de la claridad de la cláusula, su contenido resulta manifiestamente contrario a aquella prohibición legal, y es por ello por lo que debe considerarse nula en aplicación de lo previsto en el art. 6.3 del mismo Código en relación con los actos contrarios a normas prohibitivas como la del precitado art. 1256 CC.

Señalan también las referidas Sentencias que no hay que olvidar que el pacto de no competencia genera por el trabajador no sólo la expectativa de una indemnización, sino la necesidad de prepararse para una futura o futurible actividad nueva con nuevas expectativas que pueden quedar frustradas por una decisión unilateral como la producida.

En definitiva, siendo la naturaleza jurídica del pacto la de un acuerdo bilateral en cuanto generador de derechos y obligaciones para ambas partes, la posibilidad de modificarlo o extinguirlo no puede dejarse a la decisión unilateral de una de las partes y, por ello, debe tenerse por nula la cláusula que así lo establezca.

#### 4. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

##### **A) Consolidación del encuadramiento profesional anterior del trabajador. Traslado a nuevo puesto de trabajo a la postre peor valorado**

La STS de 20 de abril de 2004, I.L.J 401 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3549/2003), analiza la repercusión que, sobre el encuadramiento de una trabajadora recientemente trasladada a un puesto de trabajo, tiene un proceso de valoración de puestos de trabajo, y consiguiente Acuerdo entre la empresa y representantes de los trabajadores, a raíz del cual su nuevo puesto de trabajo obtiene una valoración peor que el anterior. En el caso en cuestión se trataba de una trabajadora del sector químico que prestaba sus servicios en una máquina trenzadora, puesto encuadrado tras el citado Acuerdo en el grupo GP-3, y que pasa a ocupar un puesto de trabajo en la sección de encarreradores y tubería interior, encuadrado en el grupo GP-2, peor valorado. La trabajadora reclama la consolidación del grupo GP-3 y la Sala estima la pretensión considerando el cumplimiento de los distintos requisitos de tiempo de desempeño del puesto correspondiente a este último grupo, requisitos regulados en el Acuerdo y entre los que al entender del Tribunal no se encontraba el ocupar dicho puesto en el momento de firma del citado Acuerdo. Idéntico supuesto se planteó nuevamente al TS, que en su STS de 17 de abril de 2004, I.L.J 493 (recurso de casación para la unificación de doctrina 5602/2003), estima falta de contracción.

##### **B) Proceso de clasificación profesional: delimitación**

En cuanto al objeto de la modalidad procesal de clasificación profesional, transitarán a través de la misma las reclamaciones relativas al reconocimiento de una determinada

## V. Dinámica de la Relación Laboral

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 –art. 39.4 ET–, permite acumular o no la pretensión económica por diferencias salariales a la de clasificación profesional, acción principal frente a la primera que debe considerarse como subordinada (STS de 2 de diciembre de 1999).

Siguiendo la estela marcada por la STS de 2 de diciembre de 2002, I.L. J 2584 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1153/2002) en la tarea de delimitar el objeto del proceso especial de clasificación profesional, la STS de 6 de octubre de 2003, I.L. J 1481 (recurso 6/2003) reafirma el criterio del Alto Tribunal al manifestar que la modalidad procesal de clasificación profesional “debe utilizarse exclusivamente cuando la reclamación de categoría profesional esté fundada en el desempeño de actividades de categoría superior en la que son determinantes ‘los hechos y circunstancias del trabajo efectivamente desarrollado’, pero no cuando la clave de la decisión jurisdiccional se encuentra en la interpretación de preceptos” (FJ 2º). Es decir, no cuando la resolución judicial no “depende o al menos no depende ‘exclusivamente’ de los cometidos laborales realizados por la actora, sino que ha de tener en cuenta otras consideraciones ‘de derecho’ y no ‘de hecho’”, consideraciones que en el caso de autos se correspondían con el encaje de las antiguas categorías profesionales de los distintos convenios colectivos del personal laboral de las Administraciones Públicas en los grupos profesionales del Convenio colectivo único del personal laboral de la Administración General del Estado. Consideraciones que se reproducen en la **STS de 27 de enero de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 185 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1903/2003).

### 5. MOVILIDAD FUNCIONAL

#### **A) Ámbito de aplicación de la normativa del Estatuto de los Trabajadores: personal laboral de las Administraciones Públicas**

La STS de 28 de enero de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 62 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1123/2003), evidencia una vez más que la aplicación de la normativa laboral no está en función de la naturaleza pública o privada del sujeto empresario sino de la naturaleza del vínculo contractual con éste de quien presta servicios para el mismo. En consecuencia, la Sala estima que a una trabajadora del Servicio Andaluz de Salud con contrato de trabajo de interinidad se le han de aplicar las normas contenidas en el Estatuto de los Trabajadores y, en particular, las relativas al desempeño de funciones de superior categoría a la que ostenta. La anterior conclusión prevalece incluso a pesar de que el contrato de trabajo contenga una cláusula de remisión en materia retributiva a lo dispuesto en la normativa administrativa, en concreto al RD-Ley 3/1987, garantía de homologación retributiva al personal estatutario que desempeñe funciones de su categoría que en nada empece la aplicación de la citada normativa laboral. Contrario es el supuesto sobre el cual existen un sinnúmero de pronunciamientos judiciales, por ejemplo la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 4 de diciembre de 2001, I.L. J 2939 (recurso 1831/2001), en que la relación de servicios es de naturaleza administrativa no siendo entonces aplicable la normativa propia del Estatuto Laboral.

**B) Realización de funciones de superior categoría**

La jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal sienta, desde sus sentencias, de 1 de diciembre de 1967 y 17 de diciembre de 1970, que “para que concurra la figura de la encomienda de funciones superiores no es preciso que se ejecuten todas y cada una de las tareas de la categoría superior, pero sí que ha de realizar cuanto menos las funciones básicas y esenciales de la misma” (FD 2º). Doctrina seguida en suplicación, entre otras, en la STSJ de Valencia de 11 de julio de 2000, I.L. J 2179 (recurso 3299/1997) y la STSJ de Andalucía de 27 de enero de 2004, I.L. J 577 (recurso 2375/2003). También en esta línea, la STSJ de Asturias de 27 de octubre de 2000, I.L. J 2293 (recurso 3307/1999) manifiesta que existe derecho a percibir retribuciones superiores cuando las funciones ejercidas no sólo exceden claramente “de las que son atribuidas a la categoría propia, sino que es preciso que entren de lleno en las asignadas a la categoría superior y sean llevadas a cabo no sólo en posesión de un título sino en función del título que de modo específico habilita o capacita para su realización” (FJ 2º).

**6. MOVILIDAD GEOGRÁFICA****A) Traslado de centro de trabajo sin cambio de residencia. Inexistencia de incumplimiento empresarial y por tal no existencia de precepto alguno que imponga satisfacer como hora de trabajo el mayor tiempo invertido en el desplazamiento**

La STS de 19 de abril de 2004, I.L. J 453, aborda el conflicto sobre el derecho de los trabajadores a ser compensados por el cambio del lugar de prestación de servicio, alteración que no ha supuesto cambio de residencia pero requiere un mayor tiempo para el desplazamiento. El Juzgado de instancia desestimó la pretensión al no estar contemplado el supuesto en el art. 40 ET como en norma colectiva. Recurrida en Suplicación la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña revocó la misma entendiendo una mayor gravosidad para los trabajadores y con amparo en los arts. 1101 y 1106 CC se imponía una compensación por tal perjuicio. La Sala del TS señala “la reforma operada en nuestro sistema de relaciones laborales por la Ley 11/1994 impuso a los trabajadores determinados sacrificios, compensación de la naturaleza del contrato de trabajo como de tracto sucesivo. Entre ellas las de tener que soportar la movilidad geográfica cuando concurren circunstancias legales que la hacen imposible. Está legalmente prevista la indemnización por gastos de traslado al trabajador y familia, cuando el del centro de trabajo implica la necesidad de cambio de residencia, más, cuando el traslado no exija cambio de residencia, no establece otras compensaciones que las pactadas entre las partes o impuestas en convenio colectivo, o, en su caso, la posibilidad de extinguir el contrato con la indemnización legalmente prevista. No queda precepto alguno que imponga al empresario la obligación de satisfacer el mayor tiempo invertido en el desplazamiento como hora de trabajo”. Por tanto el TS entiende que el supuesto de cambio de puesto de trabajo ajustado al art. 40 ET, no se da el presupuesto del art. 1101 CC “dolo, negligencia o morosidad” y por ello revoca la sentencia.

### **B) Banca privada. Traslados. Plazas vacantes. Convenio Colectivo. Facultad organizativa empresarial**

El trabajador, empleado de banca, fue trasladado a otra oficina dentro de la misma población, impugnada tal decisión el Juzgado de lo Social declaró injustificada la decisión y ello al entender que existe una obligación de la empresa de ofertar públicamente las plazas, por lo que el incumplimiento determina la ilicitud del traslado. La STSJ de La Rioja de 27 de enero de 2004, I.L. J 615, conoce del recurso y analiza tanto el art. 30 (vacantes en la misma plaza o próximas) como el 28 (traslados) del Convenio Colectivo para la Banca Privada. El “traslado” se delimita o define en razón a aquéllos realizados y cuyo destino lo sea mas allá de un radio de 25 Km, mientras que el “cambio de destino” lo son aquellos dentro del radio de los 25 Km del centro del municipio donde el trabajador preste servicios. La Sala señala que “el art. 30 del Convenio no contempla ningún supuesto de movilidad geográfica” del art. 40 ET, pues los cambios de puestos de trabajo no exigen cambio de residencia que es consustancial a los traslados y desplazamientos temporales. La sentencia duda sobre si el supuesto contemplado en el art. 30 del Convenio tiene encaje en la previsión del art. 39 ET (movilidad funcional) pero delimita claramente que no se trata de un supuesto de movilidad geográfica del art. 40, por lo cual concluye, definitivamente, que se trata de un supuesto de *ius variandi* concedido al empresario por el art. 39 ET y por ello “no puede ser de recibo el exigir al empleador la obligación de convocatoria pública de oferta de traslado a plazas vacantes, pues la dicción del art. 30 del Convenio no hace sino referencia, salvaguardada la facultad empresarial (sin menoscabo de las facultades de organización de trabajo de las empresas), y previa la idoneidad de los candidatos voluntarios que pudieran existir (siempre que concurra la idoneidad de los solicitantes), a la posibilidad de tener en cuenta peticiones voluntarias siempre que concurren los elementos objetivos referidos y dentro de la facultad organizativa empresarial”.

### **C) Traslados. Nulidad por no seguirse los trámites del artículo 40 ET. Para proceder al traslado la empresa debió utilizar una vía autónoma e independiente del expediente de regulación de empleo**

La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 26 de enero de 2004, I.L. J 622, analiza el supuesto de movilidad geográfica que habiendo sido interesada como ampliación en el ERE, lo que fue rechazado por la Autoridad Laboral, pues no estaba contemplada en la medida, no obstante fue pactado por los TCP en el comité de empresa, a lo que la Sala confirmando el criterio de instancia declara la nulidad de la movilidad acordada toda vez que la resolución del ERE sólo autorizaba la extinción de los contratos, no los traslados forzosos “por lo que la movilidad geográfica cuestionada tiene su tratamiento específico en el art. 40 del ET procedimiento que es distinto y ajeno a lo que ahora nos ocupa, sin que pueda traerse a colación en el plan social firmado por la empresa y la representación de los trabajadores se pactara ese traslado forzoso, por lo que aun siendo cierto que dicho acuerdo permitiría el mismo, dicho plan no tiene autonomía o vida propia que es parte integrante del expediente administrativo único y por tanto para proceder al traslado de los actores la empresa tenía que utilizar otra vía autónoma independiente del ERE y del acuerdo del plan social integrado éste en el ERE, vía que no podía ser otra que la del art. 40 ET (...)”.

**D) Reclamación salarial (extinción contractual por opción del trabajador frente a traslado acordado por la empresa). Antigüedad real. Doctrina jurisprudencial**

La STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de febrero de 2004, I.L. J 672, analiza el supuesto de la subrogación operada por la nueva adjudicataria de un servicio de seguridad, respecto de un trabajador que con la anterior empresa tuvo diversos contratos temporales, y al que la anterior adjudicataria señaló a la nueva una antigüedad distinta de la del primitivo contrato. La sentencia recoge la reiterada doctrina jurisprudencial sobre la antigüedad, y analiza la cuestión de si operada la subrogación con una información acerca del dato de la antigüedad en la prestación de servicios, que corresponde con la documentación entregada, demuestra el trabajador que la antigüedad real es distinta. La Sala llega a la convicción de que nada impide al trabajador hacerla valer y por tanto la indemnización a abonar al trabajador debe ser la calculada en razón a la antigüedad real, no sólo por jugar el principio de indisponibilidad de los derechos (art. 3.5 ET) antes y después del contrato.

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. B) Despido. Generalidades; presupuestos básicos y supuestos específicos. Validez del contrato. Calificación de la relación jurídica. **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. **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. b) Salarios de tramitación. **8. Calificación judicial del despido: Nulidad.** A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

Esta crónica recoge la doctrina judicial relativa a la extinción del contrato de trabajo y al despido, emanada del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, incluida en la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, números 1 a 4 del año 2004.

La sistemática observada en ella intenta separar, en la medida de lo posible, la exposición de las cuestiones relativas a la extinción del contrato de trabajo, en general, de aquellas otras, más específicas, concernientes al despido. Estas últimas se desglosan atendiendo a las tres categorías que de este último contempla el legislador, reseñando los aspectos que en cada una de ellas son objeto de consideración –con mayor o menor profusión o intensidad– en la doctrina judicial. Posteriormente, se abordan los aspectos relativos a la impugnación del despido, que afectan no sólo al ejercicio de la acción y las cuestiones que

plantea, sino también a las posibles calificaciones judiciales del mismo y las consecuencias derivadas de ellas.

## 2. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESPIDO

### A) Causas de extinción contractual

La STS de 25 de marzo de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 251 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2064/2003), desestima la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador (art. 50 ET), por falta de contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra resolución judicial que ha de ser una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

Para la Sala no existe el presupuesto de contradicción en ninguno de los dos motivos alegados:

“La acumulación de diferencias impide afirmar la existencia de contradicción dado que el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista una contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra resolución judicial que ha de ser una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. La contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de ‘hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales’. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (Sentencias de 27 y 28 de enero de 1992, 18 de julio, 14 de octubre, 17 de diciembre de 1997 y 23 de septiembre de 1998).”

En sentido análogo, la STS de 1 de junio de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 477 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3693/2003), desestima el recurso ante un caso de extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, despido tácito, en un supuesto de cierre empresarial seguido de demanda de extinción del art. 50 ET. Por falta de contradicción. La Sala argumenta en su FJ 1º.3):

“La contradicción requerida por el art. 217 de la LPL no puede estimarse que concurra en el presente supuesto a pesar de las semejanzas existentes entre los dos supuestos contemplados, pues existen relevantes diferencias en los hechos básicos sobre los que una y otra resolución fundaron sus respectivos pronunciamientos cuales los dos siguientes: a) Mientras en

## VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

la sentencia recurrida la decisión de cierre de la empresa deriva de una actuación judicial y por lo tanto está situada al margen de una decisión directa del empresario, en el supuesto contemplado por la sentencia de contraste se contempló el caso de un cierre empresarial decidido por voluntad del empleador, y b) Mientras en el caso contemplado por la sentencia recurrida la reclamación del trabajador se produce a los pocos meses de producido aquel cierre judicial y por lo tanto tras una época de inseguridad acerca de si la empresa volvía o no a funcionar, en el caso de la sentencia de contraste la reclamación se produce años después de que aquel cierre voluntario del empresario se hubiera producido.”

Asimismo, La STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de enero de 2004, I.L. J 662 (recurso 1856/2003), al desestimar la existencia de extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, se hace eco de la Doctrina del Tribunal Supremo sobre los requisitos generales que conforman la existencia de dimisión del contrato de trabajo por parte del trabajador. La Sala al respecto señala:

“Esa dimisión o voluntad unilateral del trabajador, de extinguir el vínculo contractual que le une a su empresario, puede manifestarse de forma expresa o de manera tácita. Es decir, mediante signos escritos u orales dirigidos al empresario, pues se trata de una decisión recepticia; o mediante un comportamiento del cual cabe deducir esa intención extintiva. Así, se ha declarado que la dimisión del trabajador no es preciso que se ajuste a una declaración de voluntad formal, basta con que la conducta seguida por el mismo manifieste de modo indiscutido su posición por la ruptura o extinción de la relación laboral” [STS de 1 de octubre de 1990 (RJ19907512)].”

De otro lado, la STS de 15 de marzo de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 252 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1391/2003), al enjuiciar un caso de ejecución de sentencia de despido, determina que si la comunicación de la fecha de reincorporación se hace después del plazo de 10 días que señala el art. 276 LPL, la readmisión es irregular procediendo la declaración de extinción de la relación laboral, regulada en el art. 277 LPL, con extinción indemnizada del contrato. La Sala aduce al respecto, en su FJ 4º:

“Por tanto, si la comunicación de readmisión se lleva a cabo después del referido plazo de diez días, se produzca o no la reincorporación del trabajador, dicha forma de ejecución del mandato de la sentencia deviene en extemporánea, por lo que, tal y como se afirma en la sentencia de contraste, esa decisión de la empresa equivale a una readmisión irregular al no haberse llevado a cabo con los requisitos legalmente previstos para ello. De esta forma, se rechaza la afirmación que se contiene en el auto recurrido de que el artículo 277 no resulta aplicable cuando la readmisión se ha llevado a cabo, aunque sea fuera de plazo, pues aun cuando es cierto que el número 1 del precepto parece referir su contenido posterior a aquellos casos en que “el empresario no procediere a la readmisión del trabajador”, sin embargo el tercer supuesto –al menos– de los que luego desarrolla, referido a la solicitud de ejecución del fallo de readmisión irregular parte necesariamente de dicha readmisión como presupuesto de la pretensión de ejecución que concluirá, en su caso, con las consecuencias previstas en el artículo 279 LPL.”

En sentido análogo, la **STS de 21 de mayo de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 608 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2707/2003), estima la extinción contractual laboral por voluntad del trabajador ante el incumplimiento empresarial del abono de la indemnización pactada en el caso de un despido disciplinario declarado improcedente. A tal efecto la Sala expone:

“La doctrina contenida en la sentencia de contraste ha sido sustituida por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo y debe afirmarse desde ahora que la doctrina que actualmente sigue es la que se ha recogido en la sentencia recurrida que hoy se impugna a través del presente recurso. Tal y como se recuerda en ella, esta Sala, en su Sentencia de 6 de junio de 1996 (recurso 008/2469/1995), con cita de la anterior Sentencia de 27 de julio de 1990, afirma que el término improcedentemente ‘no puede ser interpretado como una remisión o referencia exclusiva al despido improcedente de los arts. 55 y 56 del Estatuto de los Trabajadores, sino que debe ser entendida la frase comentada como alusiva a cualquier extinción o rescisión de la relación laboral que se haya efectuado sin contar con la voluntad del empleado y que no haya sido causada por un incumplimiento grave de éste’. La sentencia citada añade que ‘lo más razonable es que el empleado no tenga derecho a percibir indemnización alguna en los ceses que sean debidos bien a su voluntad bien a un incumplimiento contractual grave cometido por él, pero, en cambio, en todos los demás supuestos de extinción de la relación de trabajo lo lógico es que tenga derecho a percibir una indemnización pactada. Aplicando tal doctrina al presente supuesto debe afirmarse que la expresión de la cláusula novena del contrato cuando se refiere a despido improcedente, ha de comprender también aquellos incumplimientos del empresario que son equivalentes al despido improcedente como expresión de la terminación del contrato por circunstancias no imputables al trabajador, sino a graves incumplimientos del empresario. Como se afirma en la referida sentencia, también en este caso la interpretación contraria conduciría al absurdo, pues si la simple invocación de una causa de despido por la empresa que luego no resulte probada o sobre la que ni siquiera se intente acreditar el incumplimiento del trabajador conduciría a la indemnización especial pactada, con mayor razón se habrá de entender aplicable la misma cuando la extinción del contrato se ha producido por tales incumplimientos contractuales cuando son llevados a cabo por conducta del empleador valorada jurisdiccionalmente como determinante de la resolución del contrato. Por otra parte, esta interpretación es acorde con lo establecido en el art. 1281.2 del Código Civil, pues –como se afirma en la sentencia citada– el sentido literal de las palabras (indemnización por despido improcedente y no por resolución de contrato por causa imputable al empresario, en este caso) contradice la intención evidente de los contratantes, que debe prevalecer sobre aquélla y que no puede ser otra que la de aplicar la indemnización en aquellos casos en los que el empresario no acredita una causa justa para extinguir la relación.”

Finalmente, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de enero de 2004**, I.L. J 659 (recurso 1870/2003), razona cómo para que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo opere como causa de extinción del contrato es necesario que la misma cause perjuicios al trabajador, inexistiendo presunción *iuris tantum* de perjuicios cuando éstos no han sido probados. Razona la Sala que:

## VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

“En el caso que nos ocupa, lo que resulta probado del firme relato fáctico de la sentencia recurrida es que la empresa desde octubre de 2002, por una parte trató de introducir cambios en las condiciones de trabajo de los vendedores de vehículos, entre los que se encontraban los demandantes y, por otra, que a dichos trabajadores les recriminaba su forma de actuar con expresiones amenazantes, insultos y descalificaciones. De esas dos circunstancias, ninguna supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que permitía la extinción del contrato de trabajo según el art. 50 del ET.”

### **B) Despido. Generalidades; presupuestos básicos y supuestos específicos. Validez del contrato. Calificación de la relación jurídica**

En el análisis judicial del despido se seleccionan diversas resoluciones, que analizan la naturaleza jurídica de la relación de trabajo valorando, en su caso, los distintos requisitos necesarios para la existencia de una relación laboral. Así, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de febrero de 2004**, I.L. J 670 (recurso 2277/2003), desestima la demanda de despido, al abordar la situación de un trabajador con una relación laboral de carácter indefinido (no fijo), que cesa debido a la cobertura en propiedad de la plaza que venía ocupando. Según la Sala:

“No puede producir preocupación jurídica equiparar la extinción de estos contratos con la de los internos por vacante, porque la justificación de la existencia de unos y otros responde a una misma causa y necesidad. Donde se sitúa la diferenciación de tratamiento legal entre el interino por vacante y el indefinido temporal es durante la vigencia y desarrollo del contrato, al negar cualquier consecuencia negativa que pudiera mermar los derechos laborales, sindicales y de Seguridad Social del trabajador, por una pretendida e inexistente temporalidad.”

En sentido análogo, la **STS de 15 de junio de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 556 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3310/2003), estima la inexistencia de despido a un trabajador, objeto de un contrato por obra o servicio determinado, ante la falta de contradicción. A tal efecto la Sala expone:

“No es posible apreciar la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la referencial de 9 de marzo de 2001 pues ésta parte de una situación fáctica muy distinta de la anterior y además su pronunciamiento en cuanto a la cuestión ahora debatida no difiere, aunque pueda parecer lo contrario, del ahora recurrido y, por tanto, tampoco se da entre ellos la disparidad que exige el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral. Porque la contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, y no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (Sentencias de 27 y 28 de enero de 1992, 18 de julio, 14 de octubre, 17 de diciembre de 1997, 23 de septiembre de 1998, 17 de mayo y 22 de junio de 2000).”

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

Diversas resoluciones judiciales declaran la procedencia de sendos despidos disciplinarios por transgresión de la buena fe contractual. La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 10 de febrero de 2004**, I.L. J 635 (recurso 1255/2002), enjuicia la procedencia del despido disciplinario efectuado a una trabajadora que, en situación de incapacidad temporal, teniendo prescrito reposo, realizó un curso de formación, conducta que quebró el tratamiento médico prescrito, que el actor, en el plano laboral, tenía la obligación de respetar. La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 17 de febrero de 2004**, I.L. J 636 (recurso 1255/2002), revoca la sentencia de instancia y declara la procedencia del despido efectuado a un trabajador, conductor de ambulancia, por abandono de un enfermo. La Sala argumenta: “ No es necesaria la materialización de un perjuicio para apreciar negligencia en la actuación”. Finalmente, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de enero de 2004**, I.L. J 664 (recurso 2005/2003), aprecia, asimismo, transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en la conducta de un trabajador, cuyas actuaciones se traducen en una embriaguez diaria.

Para la Sala, tomando como referencia la doctrina emanada por el Tribunal Supremo “considera incumplimientos contractuales susceptibles de ser sancionados con el despido disciplinario, b) la indisciplina o desobediencia en el trabajo, c) las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa 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”.

### 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 **STS de 7 de mayo de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 483 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3447/2003), al enjuiciar un caso de cese de un trabajador indefinido-no fijo por “funcionarización” de su plaza con nombramiento como funcionario interino como consecuencia de lo dispuesto en la Ley de la Función Pública de Castilla-La Mancha, analiza si la amortización de un puesto de trabajo laboral para convertirlo en un puesto de trabajo reservado para funcionarios públicos, ofreciendo al trabajador que lo desempeñaba como indefinido no fijo, un nombramiento como funcionario interino para que continuase desempeñándolo hasta su provisión reglamentaria puede considerarse una causa legal de extinción del contrato y no como un supuesto de despido improcedente. La Sala justifica el fallo en su FJ 2º alegando que:

“Estamos, por tanto, ante una reconversión de puestos de trabajo y ante unos ceses en la relación laboral impuestos por una disposición con rango de ley. Esto no sucede en el

## VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

supuesto decidido por la sentencia de contraste, que se refiere a una resolución de ‘funcionarización’ de la Diputación Provincial de Sevilla, en la que no resultan obviamente de aplicación las disposiciones legales de Castilla-La Mancha. Por el contrario, las normas que tiene en cuenta la sentencia de contraste son las estatales y, en concreto, la Disposición Transitoria Decimoquinta.1 que la Ley 23/1988 incorporó a la Ley 30/1984, de medidas de reforma de la función pública, a tenor de la cual ‘la adscripción de un puesto de trabajo en las correspondientes relaciones a personal funcionario no implicará el cese del laboral que lo viniera desempeñando, que podrá permanecer en el mismo sin menoscabo de sus expectativas de promoción profesional’. Hay que aclarar que esta norma de la Ley 30/1984 no tiene carácter de legislación básica estatal conforme al art. 1.3 de esa Ley y, por tanto, queda en principio desplazada por la legislación de la Comunidad Autónoma, conforme al art. 149.1.18 y 3 de la Constitución.”

La interpretación de la causa de despido económico o por necesidades técnicas, organizativas o de producción de la empresa [art. 52.c) ET] se plantea en la **STS de 17 de mayo de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 492 (recurso de casación para la unificación de doctrina 4512/2003). En ella se analiza la extinción contractual por causas organizativas, a la par que se desestima el recurso por insuficiencia de la censura legal, u omisión de la fundamentación suficiente de la infracción legal denunciada. Para ello la Sala, en su FJ 3º, razona:

“Como ya anticipamos más arriba, el Ministerio Fiscal alega la ‘falta de fundamentación adecuada de la infracción legal denunciada’, invocando la doctrina de esta Sala en Sentencias de 12 de junio de 2000, 14 de julio de 2000, entre otras. La doctrina acerca de la necesidad de que el recurso de casación para la unificación de doctrina, contenga una adecuada y razonada censura jurídica puede compendiarse en los siguientes términos: este recurso es un recurso extraordinario que debe estar fundado en un motivo de infracción de ley [art. 222 de la LPL, en relación con los apartados a), b), c) y e) del art. 205 del mismo texto legal]. Por ello, resulta plenamente aplicable el art. 477 de la LEC, a tenor del cual ha de fundarse en la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso y el art. 481 de la misma Ley que exige que en el escrito de interposición del recurso se exponga, con la necesaria extensión, sus fundamentos. Requisito que impone al recurrente la carga de razonar la infracción que denuncia y por otra parte, el art. 483.2.2 de la LEC establece que será causa de inadmisión del recurso el incumplimiento de los requisitos establecidos para el escrito de interposición y así lo ha declarado reiteradamente esta Sala (SS de 10 de octubre de 1992, 16 de julio de 1993 y 3 de febrero de 1998). En nuestra Sentencia de 24 de noviembre de 1999 (recurso 4277/1998) señalábamos que ‘el recurso ha de inadmitirse si se omite una fundamentación suficiente de la infracción legal cometida, pues incluso no basta con afirmar que son aplicables determinados preceptos, cuando están en juego opciones interpretativas diversas que han dado lugar a diferentes pronunciamientos jurisprudenciales’. Pues bien en el caso que hoy resolvemos, el recurrente formula la censura jurídica en los siguientes términos: ‘al amparo del art. 222 de la Ley de Procedimiento Laboral, para denunciar la infracción legal cometida en la sentencia impugnada al aplicar el art. 52.c) del Estatuto de los Trabajadores’. Tan lacónicos términos, no seguidos de ulterior razonamiento, no cumplen las exigencias más arriba expuestas. Supone lo expuesto que, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal hayamos de desestimar el recurso sin expresa condena en costas.”

La interpretación del despido por causas económicas o por necesidades técnicas, organizativas o de producción de la empresa [art. 52.c) ET] es llevada a cabo por la **STSJ de Andalucía (Granada) de 27 de enero de 2004**, I.L. J 580 (recurso 2658/2003). Falla la procedencia del despido efectuado en un caso en el que el puesto de la actora había quedado vacío de contenido concurriendo causas organizativas y de producción para su amortización. La Sala argumenta en su FJ 2º:

“Las causas económicas tienen por finalidad contribuir a la superación de situaciones económicas negativas que afectan a una empresa o unidad productiva en su conjunto. Cuando lo que produce es una situación de desajuste entre la fuerza del trabajo y las necesidades de la producción o de la posición en el mercado, que afectan y se localizan en puntos concretos de la vida empresarial, pero que no alcanzan a la entidad globalmente considerada, sino exclusivamente en el espacio en el que la patología se manifiesta, el remedio a esa situación anormal debe aplicarse allí donde se aprecia el desfase de los elementos concurrentes.”

Por el contrario, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 13 de enero de 2004**, I.L. J 578 (recurso 2636/2003) al determinar la improcedencia del despido efectuado a un trabajador por causas objetivas, argumenta cómo para fundamentar el despido no es necesario que la crisis económica sea grave, profunda e irreversible. Basta que sea coyuntural o transitoria. El empresario debe acreditar que la extinción ayuda a la superación de la situación negativa, siempre y cuando el cierre de una sección deficitaria contribuya a asegurar los puestos de trabajo del resto de los empleados de la empresa. La Sala razona:

“En el supuesto enjuiciado, partiendo de la certeza jurídica del relato fáctico de instancia y de la fundamentación jurídica con igual valor, acreditado que el cierre de una sección de la empresa –la de confección– que era deficitaria, contribuye a asegurar los puestos de trabajo del resto de empleados de la empresa, como señala el juzgador a quo, que parte de la doctrina jurisprudencial según la cual no es necesario valorar la situación global de la empresa o del grupo empresarial sino que es suficiente que la medida afecte a una sola mitad productiva o sección de la empresa; ha de estimarse que concurre la causa organizativa invocada, y en consecuencia declara la procedencia del despido de las demandantes.”

De otro lado, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 26 de febrero de 2004**, I.L. J 637 (recurso 848/2002) declara improcedente la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas derivada de una ineptitud sobrevenida. La Sala justifica el fallo argumentando que el origen de las dolencias del trabajador puede ser cualquiera, tan sólo han de ser posteriores a la fecha de iniciación del trabajo, siendo necesario demostrar que dicha incapacidad imposibilita la continuidad en el puesto de trabajo. La Sala argumenta en su FJ 2º:

“La doctrina de esta Sala es que lo esencial para que el contrato de trabajo se ajuste a lo prevenido en el art. 52.a) del ET es que el trabajador efectivamente haya perdido, cualquiera

## VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

que sea la causa, las condiciones de idoneidad mínimamente exigibles para el adecuado desempeño de las principales tareas de su puesto de trabajo, habiéndose llegado a esta situación con posterioridad a la formalización del vínculo laboral. Pero corresponde al empresario la carga de probar que el trabajador ya no es apto para cumplir debidamente con sus obligaciones laborales.”

Finalmente, la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 23 de enero de 2004**, I.L. J 588 (recurso 1656/2003) desestima la nulidad de la extinción contractual por causas objetivas ante la falta de preaviso. La Sala señala que “la no concesión del preaviso no anulará la extinción, viniendo contenida precisamente la obligación esgrimida como causa de nulidad de no comunicación de la decisión a los representantes de los trabajadores en el apartado 1.c) del referido precepto relativo a la concesión de un plazo de preaviso, con lo que en realidad, las causas de nulidad de la decisión extintiva quedan circunscritas a la inobservancia de las formalidades exigidas en los apartados a) y b) y en congruencia con ello así lo establece igualmente el art. 122 de la LPL”.

### **B) Modalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación**

La **STS de 27 de enero de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 66 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2233/2003), al enjuiciar un caso de despido por utilización de documentos de la empresa, analiza el requisito de contradicción que, el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, exige entre la sentencia que se recurre en casación unificadora y otra de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. La Sala al respecto señala:

“la contradicción requiere no sólo que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos, sino que éstos recaigan ante controversias esencialmente iguales; porque aquélla no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de la oposición de los pronunciamientos concretos recaídos en conflictos iguales [Sentencias, entre otras muchas, de 27 y 28 de enero de 1992 (recursos 824/1991 y 1053/1991), 18 de julio, 14 de octubre y 17 de diciembre de 1997 (recursos 4067/1996, 94/1997 y 4203/1996) y 17 de mayo y 22 de junio de 2000 (recursos 1253/99 y 1785/99)]. Ésa es la razón que ha llevado a esta Sala a reiterar también que el término de referencia en el juicio de contradicción debe ser ‘una sentencia que, al decidir sobre un recurso extraordinario, está limitada por los motivos propuestos por el recurrente’ y, por ello, que la identidad de la controversia debe establecerse teniendo en cuenta los términos en que ésta ha sido planteada en suplicación [SS. de 13 de diciembre de 1991 (recurso 771/1991), 5 de junio y 9 de diciembre de 1993 (recursos 241/1992 y 3729/1992), 14 de marzo de 1997 (recurso 3415/1996), 16 y 23 de enero de 2002 (recurso 34/2001 y 58/2001) y 26 de marzo de 2002 (recurso 1840/2000), entre otras].”

Asimismo, la **STS de 12 de febrero de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 175 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1089/2003), desestima el recurso por falta de contradicción entre las sentencias comparadas, al enjuiciar un supuesto sobre la naturaleza indemnizatoria del derecho de adquisición de acciones. Exigencia del art. 217 de la Ley de Procedimiento

Laboral, para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina. Para ello, la Sala, en su FJ 2º, razona:

“Es exigencia del art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, que exista una contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra resolución judicial firme, que ha de ser una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. La contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto de los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de ‘hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales’. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas, al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, según ha declarado la Sala en sentencias de 27 y 28 de enero de 1992, 23 de septiembre de 1998 y otras posteriores.”

En sentido análogo, la **STS de 2 de febrero de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 69 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3329/2003), desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina, al determinar la falta de requisito de contradicción en un supuesto de despido improcedente efectuado a un trabajador (del ámbito del seguro privado), en base a la relación laboral que le unía con la empresa, con independencia de la unión mercantil complementaria que mantenían.

Para la Sala no existe el presupuesto de contradicción en ninguno de los dos motivos alegados.

“El art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista una contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra resolución judicial que ha de ser una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. La contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de ‘hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales’. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas (STS de la Sala Cuarta de 16 de julio de 2001) al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (Sentencias de 27 y 28 de enero de 1992, 18 de julio, 14 de octubre, 17 de diciembre de 1997, 23 de septiembre de 1998).”

## VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

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

#### A) La caducidad de la acción

La STS de 12 de febrero de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 81 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2742/2003) desestima la excepción de caducidad de la acción de despido, –veinte días hábiles establecido en el art. 59.3 del ET–, y de su suspensión, en un caso en que la presentación de una primera demanda por despido de cuatro trabajadoras, solicitando una que el despido sea declarado nulo y las otras tres improcedentes, suspende dicho plazo de caducidad. La Sala estima que la tesis de la sentencia recurrida no puede aceptarse, por lo siguiente:

“A) Cuando por la aquí actora, en unión de otros tres trabajadores planteó demanda por despido, ya estaba ejercitando dicha acción, razón por la cual desde la fecha de la presentación de la demanda quedó de nuevo suspendido el plazo de caducidad; cuando por el Juzgado dictó providencia entendiéndose existía acumulación indebida de acciones, concediendo un plazo de cuatro días de opción a las demandantes para que manifestaran cuál de ellas elegía seguir con dicho procedimiento, ello no significa, que la parte que optó por presentar nueva demanda no haya ejercitado la acción, que ya estaba ejercitada, concurriendo por tanto una de las causas de suspensión del plazo de caducidad; B) pero en que además la providencia que consideró que había acumulación indebida de acciones, era errónea; la acción ejercitada por las cuatro trabajadoras es la misma, la de despido teniendo idéntica causa de pedir; porque la aquí actora en la primera demanda, solicitara que el despido se declarase nulo y las otras tres trabajadoras improcedentes, no se estaba ejercitando acciones distintas, la acción es la misma; lo que en un caso el despido pudiera ser nulo y en los otros improcedentes, no es más que efectos del despido, no se trata de acciones distintas no estando en el supuesto previsto de los arts. 27 y 28 de la LPL. No desconoce esta Sala, su Sentencia de 15 de febrero de 2001, dictada en proceso de error judicial, pero su doctrina, en relación a la acumulación subjetiva de acciones de acuerdo con lo que dispone el art. 156 de la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil, hoy art. 72 de la vigente, no es aplicable al caso de autos, al ser diferentes, los presupuestos de los que se parte en la demanda de error judicial y en la despido; C) por último y aún aceptando la tesis de la sentencia recurrida, que no se acepta, de que existió una acumulación indebida de acciones, imputables a la recurrente, razón por la cual la presentación de la primera demanda no suspendió el plazo de caducidad, tampoco habría transcurrido el plazo de 20 días hábiles, cuando se presentó la segunda demanda, dado que la providencia de 7 de octubre de 2002, que concedió cuatro días para subsanar dicha imputación, no cabe duda que sí suspendía hasta su transcurso dicho plazo, razón por la cual si sumamos el referido plazo a los ya transcurridos desde la fecha del despido al acto de conciliación y desde el día siguiente a éste, al 7 de octubre de 2002, hasta que se presentó la segunda demanda en 16 de octubre de 2002, no habían transcurrido los 20 días hábiles.”

La STS de 9 de marzo de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 253 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2264/2003) al reiterar doctrina sobre la inexistencia de caducidad de la acción, apreciada en la instancia calificadoras del despido, determina que el órgano de duplicación está vinculado por los hechos declarados probados, pero no por la calificación

de las faltas, ni a la calificación del despido. La Sala fundamenta el fallo en los siguientes términos:

“A lo anterior debe añadirse la omisión de fundamentación jurídica del motivo al consignar tan sólo de modo genérico que la sentencia recurrida infringe, la doctrina existente y la jurisprudencia, sin alusión a la infracción legal cometida, lo que incide en la ausencia de uno de los requisitos explícitos en la dicción del art. 222 de la Ley de Procedimiento Laboral. El recurso de casación para la unificación de doctrina es un recurso extraordinario que debe estar fundado en un motivo de infracción de ley (art. 222 de la LPL, en relación con los apartados a), b), c) y e) del art. 205 del mismo texto legal). Por ello, resulta plenamente aplicable en este recurso el art. 477 de la LEC, a tenor del cual ha de fundarse en la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso y el art. 481 de la misma Ley que exige que en el escrito de interposición del recurso se exponga, con la necesaria extensión, sus fundamentos. Por otra parte, el art. 483.2.2 de la LEC establece que será causa de inadmisión del recurso el incumplimiento de los requisitos establecidos para el escrito de interposición y así lo ha declarado reiteradamente esta Sala (Sentencias de 10 de octubre de 1992, 16 de julio de 1993 y 3 de febrero de 1998).”

## 6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

Diversas resoluciones judiciales declaran la procedencia de numerosos despidos disciplinarios por transgresión de la buena fe contractual. Así, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 10 de febrero de 2004**, I.L. J 635 (recurso 1255/2002), enjuicia la procedencia del despido disciplinario efectuado a una trabajadora, al estimar que se produce transgresión de la buena fe contractual. En el caso, la actora, en situación de incapacidad temporal, teniendo prescrito reposo, realizó un curso de formación de “Gobernanta”, conducta que quebró el tratamiento médico prescrito, que el actor, en el plano laboral, tenía la obligación de respetar. La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 17 de febrero de 2004**, I.L. J 636 (recurso 1255/2002), revoca la sentencia de instancia y declara la procedencia del despido efectuado a un trabajador, conductor de ambulancia, por abandono de un enfermo. La Sala argumenta: “No es necesaria la materialización de un perjuicio para apreciar negligencia en la actuación”. Finalmente, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de enero de 2004**, I.L. J 664 (recurso 2005/2003), aprecia, asimismo, transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en la conducta de un trabajador, cuyas actuaciones se traducen en una embriaguez diaria. La Sala, tomando como referencia la doctrina emanada por el Tribunal Supremo “considera incumplimientos contractuales susceptibles de ser sancionados con el despido disciplinario, b) la indisciplina o desobediencia en el trabajo, c) las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa 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”.

## VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

### 7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

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

La STS de 19 de enero de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 115 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1363/2003) al analizar la improcedencia del despido efectuado en un supuesto de contratación temporal, determina que un Convenio extraestatutario en el que se contiene la posibilidad de prórroga del plazo máximo de duración del contrato por acumulación de tareas [art. 15.1.b) ET], no afecta a una trabajadora que no había ratificado dicho convenio, cuando tampoco éste había sido suscrito por el sindicato al que la empleada estaba afiliada. La Sala, trayendo a colación la doctrina que en la materia ya ha sido unificada, fundamenta el fallo en los siguientes términos:

“Pudiendo citarse al respecto nuestras Sentencias de 17 de noviembre de 2003 (recurso 4582/2002), 18 de noviembre de 2003 (recurso 4895/2002) y 20 de noviembre de 2003 (recurso 4579/2002), recaídas en supuestos idénticos al presente y en los que se citaba la misma resolución para el contraste, todas las cuales declararon como correcta la doctrina que se contenía en las respectivas resoluciones recurridas –de signo idéntico a la que aquí nos ocupa–, y ello con base a dos argumentos: por un lado, que el Convenio siderometalúrgico de la provincia de Álava tiene carácter extraestatutario, por lo queda fuera del ámbito de regulación que acerca de la negociación colectiva se contiene en el ET, tal como claramente se desprende de su art. 82.3, que limita la normativa de su Título III a ‘los convenios colectivos regulados por esta Ley’, y el art. 90 a los convenios ‘a que se refiere esta Ley’; y por otro, que, dado este carácter extraestatutario, la única posibilidad que existiría para que dicho convenio obligara a la trabajadora, sería que, bien ella misma o bien el Sindicato al que perteneciera, lo hubieran negociado o se hubieran adherido a él posteriormente, y no sucedió ni lo uno ni lo otro.”

Asimismo, la STS de 22 de marzo de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 295 (recurso de casación para la unificación de doctrina 349/2003) determina la improcedencia del despido efectuado a un trabajador (monitor socorrista) en un supuesto de contratación discontinua indefinida. La Sala se manifiesta en los siguientes términos:

“En el presente caso, no ha quedado justificada la causa de la temporalidad que se invoca en los contratos, sino que lo acreditado es que la actividad contratada era habitual y ordinaria en la Administración contratante y, de duración concreta y cierta en el tiempo, pues es hecho probado en la sentencia combatida que ‘Se han convocado pruebas de selección de 19 monitores socorristas, para contratarlos como personal laboral no permanente a tiempo parcial, con duración de 1 de noviembre de 1996 a 31 de agosto de 1997 y 30 de junio de 1997 (para siete de los monitores socorristas) según bases publicadas en el BOP de Guadalajara de 7 de octubre de 1996. En el BOP de Guadalajara de 3 de octubre de 1997 se convocaron 8 plazas de monitores de natación/socorristas, como personal laboral no permanente, a tiempo parcial, que se decidió el 22 de octubre de 1997. Igual convocatoria para 7 monitores deportivos-socorristas, como personal no permanente a tiempo parcial, con duración de 1 de noviembre de 1999 a 31 de agosto de 2000 en BOP de Guadalajara de 1 de octubre de 1999, resuelta en 20 de octubre de 1999 en el sentido de nombrar a 7

aspirantes. Igual convocatoria tuvo lugar en el BOP de Guadalajara el 11 de agosto de 2000 para contratar a 8 monitores deportivos y socorristas como personal laboral no permanente'. Pues este contenido, acredita el carácter permanente de la actividad, como consecuencia de una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, es decir, a intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad, que permanece en el tiempo al menos desde el año 1996. Consecuentemente con lo expuesto y de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, cabe concluir con la sentencia recurrida, que los contratos suscritos por los demandantes deben considerarse celebrados, pese a la literalidad de sus cláusulas, como contratos de carácter discontinuo e indefinido (y no fijo al ser empleadora una administración pública), por lo que procede desestimar con la aclaración indicada el recurso de casación formulado, con condena de la recurrente al pago de las costas de este trámite por aplicación de lo dispuesto en el art. 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral."

En sentido análogo, la **STS de 21 de abril de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 403 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1678/2003) tomando en consideración la duración total de todos los contratos eventuales dentro del período de referencia previsto en la Ley o en el Convenio Colectivo, falla la improcedencia del despido efectuado en un supuesto de contratación temporal reiterada. La Sala lo fundamenta en los siguientes términos:

"El art. 15, que experimentó sensibles modificaciones por la Ley 11/1994, de 7 de mayo y la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, regula en su número 1, apartado b), el denominado contrato eventual, motivado por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aun tratándose de la actividad normal de la empresa; tal definición pone de manifiesto que la temporalidad de este tipo de contratación es causal y contingente, pues en el proceso productivo o en la prestación de servicios se produce de manera transitoria un desajuste entre los trabajadores vinculados a la empresa y la actividad que deben desarrollar, permitiendo la ley la posibilidad de acudir a la contratación temporal para superar esa necesidad de una mayor actividad, sin incrementar la plantilla más de lo preciso, evitando el inconveniente de una posterior reducción de la misma si, superada la situación legalmente prevista, se produjera un excedente de mano de obra. De ahí que si esa actividad normal de la empresa persiste y se transforma en permanente, el tipo de contratación permitido ya no será el temporal, sino el contrato por tiempo indefinido. Éste es el sentido de la norma para el Tribunal Supremo, que en Sentencia de 21 de diciembre de 1990 declaró que el criterio decisivo en esa modalidad contractual es el carácter temporal, coyuntural u ocasional del trabajo, como circunstancia que exige a la empresa un incremento de mano de obra con ese mismo carácter eventual."

A mayor abundamiento, la **STS de 31 de mayo de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 444 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3882/2003) determina la improcedencia del despido efectuado a un trabajador objeto de sucesivos contratos temporales, celebrados por obra o servicio determinado, por una fundación que recibía subvenciones con cargo a la Administración pública. Los servicios contratados constituían el objeto propio y

## VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

permanente de la fundación. El cese del trabajador acordado en determinado momento bajo la alegación de “finalización del contrato” constituye despido improcedente. La Sala justifica el fallo, en su FJ 3º, en los siguientes términos:

“La actividad para la que la fundación demandada contrató al actor es permanente en aquélla, por lo que la aludida modalidad de contratación no encaja en ninguno de los supuestos previstos en el art. 15.1 del ET para posibilitar la temporalidad contractual, porque, tal como señaló nuestra ya reseñada Sentencia de 10 de abril de 2002 (recurso 1701/2001), dicha contratación ‘no cumple las funciones propias de la interinidad, ni puede considerarse de eventualidad, dado que no responde a una necesidad extraordinaria de trabajo, ni se han respetado los límites temporales del artículo 15.1.b) del Estatuto de los Trabajadores’, de tal suerte que el contrato, celebrado en fraude de ley, debe presumirse de duración indefinida a tenor del apartado 3 del tan citado art. 15 de la norma estatutaria. Dicho lo anterior, el cese del actor únicamente podría haberse acordado, como despido objetivo, por el cauce previsto hoy día en el art. 52.e) del ET, introducido por la Ley 12/2001, de 9 de julio, que permite no sólo a las Administraciones públicas, sino también a las ‘entidades sin ánimo de lucro’ (como es la recurrente) llevar a cabo este tipo de despidos, para cuya decisión existe la doble garantía de que ha de acreditarse la concurrencia de los requisitos que legalmente posibilitan la adopción de la medida, y de la procedencia de la correspondiente indemnización, ninguna de cuyas garantías ha estado presente en la decisión que aquí nos ocupa.”

Por el contrario, la **STS de 25 de mayo de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 498 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2967/2003), si bien estima la improcedencia del despido efectuado a un trabajador, objeto de sucesivos contratos para obra o servicio determinado, suscritos por el Instituto Nacional de Estadística, para la realización del censo demográfico decenal. Desestima el recurso de casación por no identificar el núcleo básico de la contradicción ni la infracción legal con la necesaria precisión. Para ello, la Sala, en su FJ 2º, único, alega:

“El escrito de preparación no cumple con las exigencias formales del art. 219.2 de la Ley de Procedimiento Laboral. Al respecto ha venido declarando esta Sala en el auto de 13 de noviembre de 1992 y en otros muchos posteriores que, conforme a lo previsto en dicho precepto, el escrito de preparación del recurso ha de exponer el núcleo básico de la contradicción y citar la sentencia o sentencias con las que tal contradicción se produce. En dichas resoluciones se añade que si bien en el escrito de preparación no será necesario efectuar el análisis comparativo de las identidades que constituyen el ámbito propio de la relación precisa y circunstanciada del escrito de interposición, sí que deberá ser suficiente para identificar el ‘núcleo básico de la contradicción’, que la Sala ha definido como ‘la determinación del sentido y objeto de la divergencia entre las resoluciones comparadas’ (Sentencia de 28 de noviembre de 1997, recurso 1178/1997) como las sentencias concretas que se tienen por contradictorias; y que el incumplimiento de estos requisitos constituye defecto procesal insubsanable, porque no está prevista su subsanación en el art. 207.3 de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación con el art. 193.3 de la misma Ley y se trata, además, ‘de una omisión injustificada imputable a quien prepara el recurso en un trámite que, a diferencia de lo que ocurre con la casación ordinaria y la suplicación, exige la intervención de Letrado, y esa omisión afecta a la regularidad del procedimiento, al retrasar, también de

forma injustificada, la firmeza de la sentencia de suplicación con el consiguiente perjuicio para la parte que ha obtenido un pronunciamiento favorable'. En ese mismo sentido se viene pronunciando, sin fisuras, una copiosa jurisprudencia que recogen, entre las más recientes, las Sentencias de 22 de junio de 2001 (recurso 3006/2000), 26 de marzo de 2002 (recurso 2504/2001), 18 de diciembre de 2002 (recurso 203/2002), 30 de septiembre de 2003 (recurso 3140/2001) y las que en ellas se citan. Cabe significar, finalmente, que sobre tal interpretación se ha pronunciado también el Tribunal Constitucional, habiendo declarado en auto 260/1993 de 20 de julio, que este criterio no es contrario al art. 24 de la Constitución.”

Siguiendo la misma línea jurisprudencial, la **STS de 27 de abril de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 397 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2017/2003), al fallar la improcedencia del despido efectuado a un representante de comercio, determina si la relación es la especial regulada en el RD 1438/1985 o la laboral común. Asimismo, desestima el recurso de casación por falta de fundamentación de infracción legal y falta de contradicción. Para la Sala:

“El examen del escrito de interposición del recurso pone de relieve la existencia del defecto de no citar la infracción legal imputada a la sentencia recurrida, ni su fundamentación lo que obliga a la desestimación del recurso. El recurso de casación para la unificación de doctrina es un recurso extraordinario que debe estar fundado en un motivo de infracción de ley [art. 222 de la LPL, en relación con los apartados a), b), c) y e) del art. 205 del mismo texto legal]. Por ello, resulta plenamente aplicable en este recurso el art. 477.1 de la vigente LEC de aplicación supletoria, que prescribe que el recurso habrá de fundarse en la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, mientras que el 481.1 impone que en el escrito de interposición del recurso se expondrán con la necesaria extensión sus fundamentos (SS de 7 de julio de 1992, 12 de abril de 1995 y 24 de noviembre de 1999). La parte recurrente no expone ni fundamenta la infracción legal a través del correspondiente motivo de casación, incumpliendo, en consecuencia, lo preceptuado en el art. 222 de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación con el art. 205 del mismo texto legal y con el art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues para fundamentar el recurso de casación para la unificación de doctrina no basta la mera discrepancia de sentencias, sino que es preciso que la impugnada sea contraria a Derecho, por lo que se hace necesario señalar el precepto infringido y el modo en el que ha sido quebrantado; el recurrente se limita a analizar la existencia de contradicción entre una y otra sentencia aludiendo al examen la pretendida contradicción al RD 1438/1985, de 1 de agosto, pero sin denunciar a través de un motivo específico dicha infracción legal imputada a la sentencia recurrida, fundamentándolos, con los que incumple la exigencia antes expuesta.”

## **B) La indemnización: cuantía y cálculo**

La **STS de 11 de marzo de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 279 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3994/2002), determina la incompatibilidad entre la indemni-

## VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

zación percibida por resolución de contrato ex art. 50 ET y otra pretendida al amparo del art. 1101 del Código Civil. Esto es, la cuestión que plantea el recurso consiste en decidir si una vez extinguido el contrato de trabajo como consecuencia de acción ejercitada por el trabajador al amparo del art. 50.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET), alegando como causa incumplimiento grave de la empleadora consistente en trato vejatorio continuado, y percibida la correspondiente indemnización por el empleado como si se hubiera tratado de un despido improcedente (art. 50.2), puede o no dicho empleado obtener nueva indemnización, a tenor del art. 1101 del Código Civil, con base en concretos perjuicios que dice habersele producido como consecuencia del incumplimiento empresarial.

Sobre la cuestión planteada en el recurso, la Sala señala:

“A diferencia de lo que sucede en el ámbito civil en el que, conforme a la interpretación jurisprudencial del citado art. 1124 (Sentencias de la Sala Primera de 5 de julio de 1971, 28 de febrero de 1989 y 30 de marzo de 1992) cabe la posibilidad de resolver el contrato en forma extrajudicial, esta posibilidad se ha denegado en el ámbito laboral por las Sentencias de esta Sala Cuarta de 23 de junio de 1983, 26 de noviembre de 1986 y 18 de septiembre de 1989 (todas ellas citadas en la elegida como referencial), no cabiendo aquí otra posibilidad que acudir a la vía judicial para obtener el trabajador la resolución contractual con base en incumplimiento por parte del empleador. Además de ello, existe otra diferencia, esta vez entre la indemnización procedente a tenor del citado precepto del Código Civil y la que se obtenga conforme al art. 50 del ET: en el primer caso, quien pretenda obtener la indemnización ha de probar la realidad del daño o perjuicio, así como su cuantía y, en caso de no estar acreditada esta última pero sí la primera, corresponderá al juzgador fijar tal cuantía a su prudente arbitrio. En la esfera laboral, en cambio, la cuantía de la indemnización por los perjuicios que produce la extinción (resolución) de la relación de trabajo viene legalmente tasada, merced a la remisión que el art. 50.2 del ET hace a la indemnización por despido.”

### b) Salarios de tramitación

La STS de 1 de marzo de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 264 (recurso de casación para la unificación de doctrina 4846/2002), determina la cuantía de los salarios de tramitación, mediante la compensación/deducción de los percibidos en otro empleo, en un caso de arrendamiento de local destinado a la proyección cinematográfica. Extinción del arrendamiento y sucesión de empresa. Responsabilidad solidaria.

Sobre la cuestión planteada en el recurso de la empresa, la Sala con cita de la doctrina recogida en su Sentencia de 30 de abril de 1990, señala:

“1. Los salarios llamados de tramitación se refieren al caso ordinario de que el trabajador, que pretende la continuación de la relación laboral y se encuentra en situación de poder realizar su trabajo y en disposición de hacerlo, se ve privado del salario correspondiente por voluntad unilateral del empresario, y su reconocimiento trata de compensar los daños

sobrevenidos durante la sustanciación del proceso. De aquí deriva que no se tiene derecho a los salarios de trámite cuando, simultáneamente, se perciben otros –y en la cuantía en que se perciben– por la realización de otro trabajo [art. 56.1.b) del Estatuto] o está suspendido el contrato de trabajo (art. 103, último párrafo, de la Ley de Procedimiento Laboral) o cuando a pesar de ser requerido a prestar el trabajo durante la sustanciación del proceso el trabajador se niega a ello (art. 227 del último texto legal citado, *contrario sensu*). 2. La finalidad, pues, de los preceptos citados, es no perjudicar al trabajador, que cesado ilegalmente en su puesto de trabajo, pretende seguir en el desempeño del mismo.”

De otro lado, la STSJ de Cataluña de 23 de enero de 2004, I.L. J 43 (recurso 7974/2003), al analizar el alcance temporal de los salarios de tramitación, determina la imposibilidad de sustitución de la consignación de los salarios y de la indemnización en el Juzgado de lo Social, por una transferencia a la cuenta del trabajador de cantidad a tanto alzado, incluyendo finiquito. Al tal efecto la Sala expone:

“El precepto establece como requisito el ofrecimiento y el depósito en el Juzgado de lo Social, depósito que, en el presente supuesto no se ha efectuado; por tanto no se cumple uno de los requisitos legales para limitar los salarios de tramitación (...). La ley no ha sustituido el depósito por el pago o la transferencia bancaria, sino que, como sucede en el presente supuesto, en el que el trabajador no ha aceptado la indemnización, el empresario debe consignarla. Además en el presente supuesto se transfiere a la cuenta bancaria del trabajador una cantidad a tanto alzado que no contiene ningún tipo de especificación o aclaración.”

## 8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

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

La STS de 9 de marzo de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 160 (recurso de casación para la unificación de doctrina 765/2003), al analizar la nulidad de un despido, se centra en establecer si la derogación de la Disposición Adicional Décima (límite máximo de edad para trabajar) del Estatuto de los Trabajadores de 1995, supone la prohibición de que los Convenios Colectivos contengan cláusulas de esta naturaleza, o bien se trata de una simple deslegalización de la materia que no ha de impedir que los Convenios sigan regulando en el futuro edades de jubilación sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos; y, en caso negativo, determinar si la jubilación forzosa acordada por el empresario a tenor de lo dispuesto en un Convenio Colectivo ya vigente antes de la mencionada derogación y que disponía la jubilación a los 65 años de forma plena e incondicionada, es válida como tal para extinguir la relación laboral entre las partes (tesis de la sentencia referencial) aun después de la vigencia de la Ley Derogatoria, o por el contrario, tal como concluye la sentencia impugnada, la extinción acordada por la empresa debe entenderse injustificada y considerada como despido.

## VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

Razona el Tribunal:

“En relación con la primera cuestión planteada, la posibilidad de pactar cláusulas en los Convenios Colectivos suscritos tras la derogación de la Adicional Décima, entiende esta Sala de un lado, que ya no es de aplicación la doctrina de la sentencia de 14 de julio de 2000 antes citada, al haber sido dictada con anterioridad a la derogación de la mencionada Disposición Adicional por el Real Decreto-Ley 16/2001, y de otro que después de dicha derogación, no es factible ya que mediante la negociación colectiva se puedan establecer determinadas edades de jubilación forzosa (...). De todo lo hasta ahora expuesto cabe alcanzar dos conclusiones. La primera es que, derogada la Disposición Adicional Décima, derogación que por supuesto no resucita la vigencia de la Orden Ministerial de 1 de julio de 1953, y en ausencia de norma legal habilitante de la negociación colectiva, es de aplicación para los Convenios Colectivos que entren en vigor tras dicha derogación, lo dispuesto en los arts. 4.2 y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, de inequívoca inspiración constitucional, en cuanto que el primero establece el derecho de los trabajadores ‘A no ser discriminados [hoy ‘directa o indirectamente’] para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley (...)’ y el segundo prevé que ‘Se entenderán nulos y sin efecto (...)’ las cláusulas de los convenios colectivos (...) que contengan discriminaciones [hoy ‘directas o indirectas’] desfavorables por razón de edad,. Esos dos preceptos estatutarios, cuyo espíritu es el mismo –aunque ahora con rango de Ley– que el de la citada Orden Ministerial, implican que recobre actualidad la jurisprudencia establecida bajo la vigencia de la referida Orden, que atribuía al derecho subjetivo al trabajo, la naturaleza de ‘mínimo de derecho necesario absoluto’. Por lo que no es actualmente posible establecer en los Convenios Colectivos cláusulas de jubilación forzosa.”

La STS de 26 de febrero de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 176 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2569/2003), 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 art. 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 art. 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 art. 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 art. 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 despidan a una trabajadora, ‘el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito’. La remisión que en el art. 10 se hace al art. 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.”

La **STC 55/2004, de 19 de abril**, I.L. J 217 (recurso de amparo 5515/1998), determina la nulidad del despido disciplinario efectuado a un trabajador, a causa de las cartas dirigidas por el Abogado de éste a su empresa con reclamaciones sobre una patente por invención, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a la indemnidad. Despido.

La Sala fundamenta el fallo, en su FJ 2º, alegando que:

“En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos (SSTC 7/1993 y 14/1993, de 18 de enero, 54/1995, de 24 de febrero). En este ámbito la prohibición del despido también se desprende del art. 5.c) del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por España (BOE de 29 de junio de 1985), que expresamente excluye entre las causas válidas de extinción del contrato de trabajo ‘el haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes’. Y, más concretamente, como razonara la STC 14/1993, la garantía de indemnidad que otorga el art. 24.1 CE se extiende asimismo a los actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, pues de otro modo se dificultaría la plena efectividad del derecho. Si se rechazara que los trámites previos estén provistos del amparo constitucional que deriva de ese derecho, quien pretendiese impedir o dificultar el ejercicio de una acción en la vía judicial tendría el camino abierto, pues para reaccionar frente a ese ejercicio legítimo del derecho a la acción judicial por parte del trabajador le bastaría al empresario con actuar en el momento previo al planteamiento de ésta.”

De otro lado, numerosas sentencias revocan las sentencias de instancia y desestiman la nulidad de los despidos. Así, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 20 de enero de 2004**, I.L. J 575 (recurso 2504/2003), desestima la nulidad de un despido ante la falta de aportación de indicio razonable de existencia de lesión del derecho a la asociación sindical, así como la inexistencia de violación del derecho a la indemnidad, ante la falta de conocimiento de la empresa de las reivindicaciones denunciadas por la actora. La **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 4 de febrero de 2004**, I.L. J 630 (recurso 705/2003), desestima la nulidad del despido de un trabajador ante la terminación de su contrato laboral, no

## VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

apreciando acción alguna de cesión ilegal y de despido lo que determina la inexistencia de litispendencia. La **STSJ de Andalucía (Granada) de 10 de febrero de 2004**, I.L. J 600 (recurso 183/2003), falla la inexistencia de la nulidad del despido efectuado a un trabajador cuando el mismo se debe a motivos laborales; basados en el incumplimiento grave y culpable al desatender las funciones de vigilancia propias del actor, sin que pueda apreciarse vulneración del derecho a la libertad sindical. La **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 17 de febrero de 2004**, I.L. J 647 (recurso 1045/2003), declara la improcedencia y no la nulidad del despido efectuado a una trabajadora embarazada debido a que, ni la empresa, ni la propia trabajadora, inicialmente, tenían conocimiento de tal estado. Finalmente, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 18 de febrero de 2004**, I.L. J 648 (recurso 1055/2003), desestima la existencia de nulidad de un despido fallando su improcedencia ante la inexistencia de indicios, de acoso sexual, ni trato discriminatorio de la trabajadora afectada.

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



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

### Sumario:

**Consideración preliminar. 1. Libertad sindical.** A) Funcionamiento interno del sindicato. B) Actividad sindical. C) Secciones y delegados sindicales. D) Facilidades y garantías de los representantes y cargos sindicales. E) Proceso de tutela de los derechos de libertad sindical. **2. Representación unitaria.** A) Competencias del Comité intercentros. B) Facilidades y garantías de los representantes. El deber de secreto. C) Representación de los trabajadores en misión. D) Comité de empresa europeo. E) Proceso electoral. **3. Conflictos colectivos.** A) El ámbito del procedimiento de conflicto colectivo. B) Competencia funcional. C) Procedimiento de conflicto colectivo e impugnación de convenio colectivo. **4. Derecho de huelga.** A) Arbitraje obligatorio. B) Ejercicio de la huelga por los liberados sindicales. C) Efectos de la huelga. **5. Asamblea de trabajadores.** A) Convocatoria de la asamblea. B) Asamblea revocatoria.

### CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica comprende la jurisprudencia y doctrina judicial que se contiene en los números 1 a 4 de la revista de *Información Laboral-Jurisprudencia* del año 2004.

En el período analizado se han dictado algunas resoluciones de relevancia, en particular por el TC, como las que integran la pequeña serie en las que se afirma la posibilidad de que los sindicatos más representativos promuevan elecciones en las empresas de entre seis y diez trabajadores, sin perjuicio del acuerdo mayoritario de la plantilla que exige el art. 62 ET, acompañadas, por cierto, de una sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en el mismo sentido; o la referida a la falta de cómputo del período en que se ha ocupado un cargo sindical, con liberación de actividad y sin dar lugar a la excedencia forzosa, a los efectos de la protección por desempleo.

De la jurisprudencia ordinaria merece ser destacada la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre la supuesta lesión del derecho de huelga originada por el acuerdo del Consejo de Ministros de decretar un arbitraje obligatorio, con motivo del conflicto

originado por la huelga de pilotos de Iberia convocada por el SEPLA en el verano de 2001. Y las de la Sala Cuarta sobre la posibilidad de que los liberados ejerciten el derecho de huelga con el consiguiente descuento salarial, al haber comunicado el sindicato a la empresa la suspensión de las licencias sindicales para el día de conflicto; y sobre el alcance de las facultades de los órganos de representación de las empresas usuarias para actuar en nombre de los trabajadores en misión.

## 1. LIBERTAD SINDICAL

### A) Funcionamiento interno del sindicato

La STS de 11 de marzo de 2004, I.L. J 288, dictada en el procedimiento especial de impugnación de estatutos sindicales, recuerda que la labor de los tribunales a la hora de enjuiciar las situaciones litigiosas a que pueda dar lugar la actuación del sindicato en el ámbito de su autonomía de funcionamiento queda limitada a comprobar si se ha actuado conforme a lo dispuesto en la normativa interna del sindicato.

En el caso, no habiéndose cuestionado la legalidad de las disposiciones estatutarias, se confirma lo resuelto en la instancia, donde se estimó la impugnación promovida por la Coordinadora Nacional Federal de la Federación de Sindicatos Obreros de Canarias-Sindicato Obrero Canario (SOC), frente a la modificación estatutaria adoptada a resultas de la constitución, por iniciativa de un grupo de afiliados —que no reunían las mayorías necesarias—, de una Gestora con el fin de celebrar un Congreso Extraordinario. La Sala confirma el fallo de instancia, donde se apreció exceso en las atribuciones del referido órgano, habida cuenta que dicha facultad se encuentra encomendada por los Estatutos sindicales al Congreso Nacional de la organización.

### B) Actividad sindical

En las SSTC 36/2004, de 8 de marzo, y 66, 64 y 62/2004, de 19 de abril, I.L. J 110 213, 214 y 215, se aborda un interesante problema, que tuvo además gran repercusión práctica y socio-laboral en el ámbito de la Comunidad Autónoma Valenciana, de donde proceden los litigios a que ha dado lugar la intervención del TC.

En las referidas sentencias se otorga el amparo demandado —en unos casos por CCOO y en otros por UGT—, al considerar vulneración de la libertad sindical la negativa a promover elecciones en centros o empresas de pequeñas dimensiones —aquellos en los que la plantilla oscila entre seis y diez trabajadores—, respecto de los que el art. 67.1 ET exige que la elección sea decidida por mayoría de los trabajadores. Las referidas sentencias provienen de sendos procesos en materia electoral, que agotaron la vía judicial ordinaria ante los Juzgados de lo Social de Valencia, donde se habían celebrado múltiples procesos en ese tipo de empresas —“microempresas”— promovidos de manera directa por sindicatos más representativos, y que fueron impugnados por el Sindicato Independiente de la Comunidad Valenciana.

## VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

Al margen de las cuestiones procesales que se suscitan al hilo de este recurso —y que tienen que ver con el agotamiento de las vías de impugnación ordinarias—, las consideraciones sobre el fondo que lleva a cabo el Supremo intérprete de la Constitución se inician con la afirmación, una vez más, de que la promoción de elecciones que se encuentra recogida en los arts. 6.3.e) LOLS y 67.1 ET constituye un derecho que forma parte integrante del contenido adicional de la libertad sindical. A partir de ahí, se considera que la interpretación constitucionalmente más acorde con el derecho fundamental implicado es la que permite la promoción, con independencia de que la decisión mayoritaria de los trabajadores de la plantilla en las referidas empresas, a la que se alude en el art. 62.1 ET, se produzca antes o después de haberse puesto en marcha el proceso, y de forma expresa o tácita, ya que dicha decisión no se encuentra sujeta a especiales exigencias de forma. De tal manera que, adoptada la decisión de promover elecciones por el sindicato más representativo que haya tomado la iniciativa, la participación mayoritaria de los trabajadores y la efectiva elección de un delegado de personal, se considera circunstancia equivalente a la efectiva concurrencia del presupuesto adicional a que alude el precepto últimamente citado.

La estimación del recurso, el consiguiente otorgamiento del amparo y la declaración del derecho de los sindicatos demandantes del mismo a promover los referidos procesos electorales en las empresas de pequeñas dimensiones, como parte integrante de su derecho de libertad sindical, provoca la anulación de la sentencia del Juzgado de lo Social recurrida y la firmeza del inicial laudo arbitral recaído en el procedimiento electoral.

En concordancia con los referidos pronunciamientos constitucionales, la **STS de 10 de marzo de 2004**, Sala General, I.L. J 287, reconoce la legitimación de los sindicatos más representativos para promover elecciones en empresas o centros de trabajo de entre seis y diez trabajadores, así como la validez de los procesos, y de sus correspondientes resultados, que hubieren sido promovidos mediante preaviso verificado por aquellas organizaciones sindicales, sin previo acuerdo mayoritario adoptado por la asamblea de trabajadores.

La Sala del Tribunal Supremo razona que una cosa es la promoción, la puesta en marcha del proceso, y otra distinta su celebración y la consiguiente elección del delegado de personal. Es, en fin, compatible, la promoción o convocatoria sindical con la decisión asamblearia de celebrar efectivamente elecciones; y el ejercicio de aquel derecho en absoluto menoscaba la facultad atribuida o reconocida legalmente a los propios trabajadores afectados. La Sala Cuarta se ocupa, por otra parte, de aclarar que la cuestión resuelta es diferente de la que se enjuicia y dirime en las SSTS de 31 de enero de 2001, I.L. J 53, y 19 de marzo de 2001, I.L. J 494, que versan sobre la posibilidad de agrupar las plantillas de diversos centros de trabajo de menos de seis trabajadores, dispersos geográficamente, para conformar una única unidad electoral de ámbito provincial, para la elección de delegados de personal, cuestión a la que se dio solución desestimatoria.

Como muy tempranamente reconoció el TC, el derecho a la negociación colectiva forma parte innegable del de libertad sindical. Es, además, el derecho de actividad por excelencia de una organización con dicho carácter. Pero el ejercicio del derecho a la negociación de eficacia general se encuentra articulado en la ley ordinaria, que dispone unas reglas sobre legitimación para negociar. Uno de los problemas más complejos que sobre el particular

se vienen suscitando es el referido a la negociación en lo que se ha dado en llamar “unidades complejas”, por referencia esencialmente a los grupos de empresas y a las unidades de negociación en las Administraciones Públicas.

La **STS de 6 de mayo de 2004**, I.L. J 534, analiza precisamente un supuesto en el que se intentaba trasladar la doctrina sobre dicho particular al caso concreto de la negociación del convenio de aplicación al personal laboral de la sociedad estatal Correos y Telégrafos. El conflicto lo suscita la organización sindical CIG, que pretende le sea reconocida legitimación, como sindicato más representativo autonómico, y en virtud de lo dispuesto en los arts. 87.4 y 88.1, segundo, ET, es decir, partiendo del entendimiento de que resultan de aplicación en ese caso las reglas de negociación de convenios de ámbito sectorial estatal. La Sala, en cambio, niega tal posibilidad, desestimando con ello el recurso deducido por el sindicato CIG, al considerar que el convenio de referencia es un convenio de empresa y no de ámbito superior.

Por su parte, la **STS de 20 de enero de 2004**, I.L. J 50, dirime el problema de la posible lesión del derecho de libertad sindical de una organización que no participó en la suscripción de un pacto entre el Servicio Andaluz de Salud y una serie de organizaciones sindicales integrantes de la Mesa Sectorial de Sanidad, en el que se establecían criterios de distribución del crédito horario entre los representantes de los trabajadores públicos liberados. Conviene aclarar que mientras que el sindicato demandante había obtenido en las últimas elecciones celebradas en dicho ámbito un nivel de implantación del 6,07 por ciento, el resto de las organizaciones concernidas superaron el 10 por ciento de representación.

La Sala, a la vista del contenido específico del pacto en litigio, que otorga un crédito horario por encima de lo que está legalmente estipulado, y con el fin de realizar las actividades sindicales derivadas de la presencia de las organizaciones sindicales firmantes en el foro de negociación y representación que la referida Mesa constituye, concluye desestimando la pretensión del sindicato recurrente, que no resulta privado de forma injustificada –habida cuenta de la mayor implantación de los demás sindicatos– de las posibilidades de actuaciones que por ley le corresponden, quedando la materia que da lugar al conflicto incluida en lo que se ha dado en llamar “contenido adicional” de la libertad sindical. Por consiguiente, no se produce lesión alguna del derecho fundamental invocado.

### **C) Secciones y delegados sindicales**

El derecho al nombramiento de delegados sindicales sigue siendo una cuestión frecuentemente litigiosa. Al respecto, la **STS de 15 de marzo de 2004**, I.L. J 294, siguiendo la doctrina contenida en las precedentes de 20 de julio de 2000 y 10 de noviembre de 1998, así como en el Auto de 18 de noviembre de 1999, afirma que, si bien el convenio colectivo de aplicación en la empresa demandada rebajaba a 150 el umbral mínimo de trabajadores de plantilla para poder designar delegado sindical, no alteraba el criterio básico de que tal exigencia ha de considerarse referida al centro de trabajo. Y en el

## VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

supuesto concreto, ninguno de los centros de trabajo de la empresa reunía tal condición, por lo que los representantes que el sindicato demandante pudiera designar carecerían de las prerrogativas y garantías que la LOLS atribuye a los delegados sindicales.

En el supuesto que aborda la **STS de 25 de febrero de 2004**, I.L. J 204, se suscita la posible vulneración del derecho de libertad sindical de la organización demandante, derivada del hecho de no haber sido llamado a tomar parte en las reuniones del Comité intercentros, quien ostentaba la condición de delegado sindical de la aludida organización, a raíz de la extinción del contrato que le unía con la demandada, en virtud de un expediente de regulación de empleo.

La Sala rechaza la virtualidad del recurso interpuesto contra la sentencia de la AN, desestimatoria de la pretensión, tanto por razones de fondo como de forma. Con independencia de los defectos de que adolecía el recurso de casación, se considera que no ha habido infracción del derecho de libertad sindical, desde el momento en que la extinción del contrato de trabajo de quien ostentaba la referida condición de delegado sindical en el ámbito provincial se produjo como consecuencia de la resolución administrativa que aprobó el ERE, cuyos efectos se desplegaron plenamente al haber sido desestimada la petición de suspensión de los mismos por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Se insiste en que para que la función como delegado sindical se hubiera mantenido en tanto se sustanciaba el procedimiento de despido incoado por el interesado, habrían de haberse dado dos presupuestos que, en el caso, no concurren, el primero, que la empresa hubiere procedido de manera unilateral a extinguir la relación laboral del delegado sindical, y el segundo, que la jurisdicción laboral hubiera declarado la nulidad o la improcedencia del despido, lo que tampoco concurre, habida cuenta que se declaró, tanto en la instancia como en suplicación, la incompetencia del orden social de la jurisdicción para conocer de la controversia.

Por último, y en cuanto a la pretensión resarcitoria, la Sala concluye que no se explican cuáles son los perjuicios susceptibles de resarcimiento, por lo que decae igualmente dicha pretensión.

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

Sobre el alcance de la garantía de indemnidad de los cargos sindicales, entendida como derecho a que su estatuto laboral y profesional no se vea menoscabado por el hecho del ejercicio de su cargo, la trascendente **STC 44/2004, de 23 de marzo**, I.L. J 112, resuelve una demanda de amparo frente a la negativa del INEM a computar, a efectos de duración de la prestación por desempleo, las cotizaciones efectuadas durante el desempeño de un cargo sindical retribuido, con dedicación exclusiva, en una confederación sindical, sin haber dado lugar a que el trabajador designado para el referido cargo pasara a situación de excedencia forzosa.

Desde la perspectiva de la presunta vulneración de la garantía de indemnidad como consecuencia del ejercicio de cargos sindicales, el TC considera que, por muy deseable que sea el resolver este tipo de situaciones, a los efectos de no perjudicar la carrera

de seguro del interesado, constituye este problema una cuestión de legalidad ordinaria, en virtud de la libre configuración del sistema de Seguridad Social que corresponde al legislador. Y habida cuenta que no existe norma legal interna ni norma internacional que impongan, dentro del derecho a la libertad sindical, la cuestionada protección.

Y desde el punto de vista de la posible discriminación que la solución excluyente pudiera suponer, por comparación con quienes, durante el ejercicio del cargo sindical, pasan a la situación de excedencia forzosa en la relación laboral precedente, el TC recuerda que la aludida situación no sólo constituye un derecho integrante de la libertad sindical en el art. 9.1.b) LOLS, sino que, además, aparece en el art. 2.1.a) RD 625/1985, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de protección por desempleo, configurada como situación asimilada al alta, a efectos de la prestación por la aludida contingencia, provocando la retroacción del período de ocupación cotizada conforme a lo dispuesto en el art. 3.5 del RD 625/1985. La diferencia de trato entre quienes acreditan haber permanecido en situación de excedencia forzosa por ejercicio de cargo sindical y quienes, como la demandante de amparo, abandonaron una relación laboral para iniciar, una vez concluido el período de desempeño del cargo, otra diferente, no se considera carente de racionalidad y proporcionalidad. Todo lo cual conduce a la desestimación del amparo solicitado.

También sobre la garantía de indemnidad, esta vez de un liberado sindical, versa la **STSJ de Andalucía (Granada) de 8 de enero de 2004**, I.L. J 571. El recurrente, que se encontraba liberado de parte de su jornada laboral, postulaba en su demanda la vulneración de la garantía de indemnidad como consecuencia de la negativa de la entidad empleadora —el INEM— a incluirlo entre el personal que pasó a desempeñar la jornada continuada de mañana y tarde, en virtud de un acuerdo entre la Administración y los sindicatos para la modernización y mejora de la Administración Pública, en el que se decidió la ampliación del horario de atención al público. Frente a la sentencia desestimatoria recaída en la instancia, interpuso recurso de suplicación, que fue asimismo desestimado. La Sala razona que dicha garantía no excluye la posibilidad de la Administración de adoptar medidas que mejoren la eficacia del servicio, y que la preterición del recurrente no resulta desproporcionada, puesto que no podía dedicar su jornada a las labores de atención al público que constituyen el objeto que justifica la aludida medida.

Por último, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de febrero de 2004**, I.L. J 667, estima la pretensión articulada por el trabajador demandante, tendente a la declaración de la nulidad de una medida de movilidad funcional de la que fue objeto, que se tradujo a su vez en un cambio de horario, por considerarla vulneradora de la garantía de indemnidad, habida cuenta que se adopta a raíz de la intervención del demandante, miembro del comité de empresa, en una serie de actuaciones frente a la empresa, en ejercicio de sus facultades representativas. Esto último se considera indicio suficiente de la existencia de lesión, que la empresa no ha desvirtuado mediante la oportuna actividad probatoria.

## VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

### E) Proceso de tutela de los derechos de libertad sindical

La delimitación competencial en relación con las demandas de tutela de la libertad sindical relativas al personal al servicio de las Administraciones públicas viene siendo una de las cuestiones más vidriosas, de las muchas que suscitan las relaciones en el empleo público.

En la **STS de 13 de abril de 2004**, I.L. J 375 –que remite a otra de 28 de enero de 2004 (Rc 51/2003)– se matiza y armoniza la doctrina precedente en la materia, contenida a su vez en las SSTS de 28 de diciembre de 1999, 6 de febrero de 2000 y 6 de octubre de 2001. Y la Sala declara la incompetencia del orden social para conocer de una pretensión de tutela de la libertad sindical ejercitada por el Sindicato de Auxiliares de Enfermería, frente a la Junta de Extremadura y demás entidades y organismos codemandados, por la falta de llamamiento para participar en la constitución de la Mesa Sectorial de Sanidad del Servicio Extremeño de Salud.

La anterior sentencia, la de 28 de enero de 2004, había declarado asimismo la competencia del orden contencioso-administrativo para entender de una reclamación de reconocimiento del derecho de un sindicato a participar en la Mesa Sectorial de Sanidad de la Comunidad Canaria. La solución se obtiene de la interpretación sistemática de los arts. 2.k) y 3.1.a) y c) LPL, y es acorde a su vez con lo resuelto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en sentencias como las de 20 de enero de 1998, 26 de septiembre y 22 de octubre de 2001, que declara su propia competencia para entrar a conocer de las pretensiones de impugnación de los acuerdos reguladores de las condiciones de trabajo de los funcionarios, materia respecto de la que la Sala Cuarta ha declarado que carece de competencia. Delimitación competencial que ha de extenderse igualmente a las pretensiones sobre el reconocimiento de cierta posición en la negociación a un determinado sindicato.

Pudiera llamar la atención que todavía hoy se pueda suscitar alguna duda sobre la falta de legitimación de un comité de empresa, órgano unitario de representación de los trabajadores, para promover el proceso de tutela de la libertad sindical, al tratarse de un sujeto que no es titular de dicho derecho fundamental. Sin embargo, la **STS de 19 de enero de 2004**, I.L. J 183, aunque no contenga doctrina sobre el fondo, al haber desestimado el recurso por falta del presupuesto de la contradicción, versaba sobre un supuesto en el que tal era la cuestión controvertida.

## 2. REPRESENTACIÓN UNITARIA

### A) Competencias del Comité intercentros

En la **STS de 7 de abril de 2004**, I.L. J 455, se afirma la competencia del referido órgano para la fijación del cuadro horario de los centros de trabajo de la entidad demandada, atribuida en virtud de acuerdo suscrito entre el propio comité intercentros y la representación empresarial sobre distribución irregular de la jornada de trabajo. Se apoya

tal solución en el hecho de que el Convenio colectivo de Grandes Almacenes otorgara al comité intercentros la competencia para conocer de cuantas materias afectaran a varios centros de trabajo de una misma empresa, excediendo de las atribuciones propias de los distintos comités de centro.

### **B) Facilidades y garantías de los representantes**

El alcance de la garantía de prioridad de permanencia, y su configuración como derecho no absoluto, vuelve a ser objeto de controversia en el caso de la **STS de 4 de mayo de 2004**, Sala Tercera, I.L. J 474, que considera que no vulnera el derecho de libertad sindical la amortización del puesto de trabajo de un delegado de personal, cuando la actora ostentaba el puesto de coordinadora de seguridad, único en la plantilla del centro de trabajo afectado.

De todos modos, el carácter preferente otorgado a la protección de los derechos fundamentales, y aquí sí se introduce un matiz interesante, provoca la inversión de la carga de la prueba, obligando a la empresa a acreditar las causas que justifican el carácter no discriminatorio o antisindical del despido, siempre que por el trabajador se aduzcan hechos de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho (STC 17/2003).

Por otro lado, la prioridad de permanencia se extiende a la posible adopción de medidas de movilidad funcional, con preferencia a la extinción del contrato del representante, siempre y cuando éste acredite aptitudes para ocupar ese otro puesto de trabajo.

También tiene un cierto grado de complejidad la aplicación de la doctrina constitucional sobre la ponderación de derechos a la determinación del alcance del deber de secreto que pesa sobre los miembros de los órganos de representación de los trabajadores. La **STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de febrero de 2004**, I.L. J 669, valora, desde esa perspectiva, la sanción impuesta a un miembro del comité de empresa por dar publicidad a información confidencial.

El actor era miembro del comité de empresa de servicios centrales de la Caja Rural de Cuenca y secretario de la sección sindical de UGT en dicha entidad, y en tal condición había recibido, de forma verbal y con carácter reservado, información relativa a las gratificaciones por incentivos correspondientes a cincuenta y seis trabajadores; y, sin recabar decisión colegiada del comité, ni contar con el consentimiento de los afectados, procedió a su difusión dentro de la empresa, por lo que le fue impuesta una sanción de suspensión de empleo y sueldo. La sentencia de instancia procedió a estimar la pretensión del actor, declarando la existencia de lesión y la consiguiente nulidad de la sanción impuesta. Interpuesto recurso de suplicación por la empresa, la Sala procede a su estimación, sirviéndose para ello de los siguientes argumentos: por una parte, que no basta para acreditar la existencia de indicios de vulneración del derecho fundamental la mera militancia sindical o el ejercicio de actividades sindicales, sin añadir a ello otros

## VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

datos que pongan en conexión tales hechos con la conducta supuestamente lesiva; en segundo término, que la libertad sindical no entraña inmunidad de los titulares frente a la aplicación razonable de reglas jurídicas —en este caso las relativas al deber de secreto de los representantes—, ni confiere a éstos el derecho a la intangibilidad de su puesto y condiciones de trabajo; y, en fin, que la información recibida afectaba a la intimidad de determinados trabajadores, con cuya aquiescencia tampoco se contó, habiendo el actor actuado de manera unilateral y no como órgano colegiado, todo lo cual constituye una “extralimitación clarísima” de sus cometidos.

### C) Representación de los trabajadores en misión

A la representación de los trabajadores cedidos por ETT a empresas usuarias se refiere el art. 17 de la Ley 14/1994, reguladora de las ETT, que atribuye dicha representación a los órganos existentes en la empresa usuaria, pero ceñido al tiempo que dure la cesión o puesta a disposición y referido a las “reclamaciones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral y prestación de servicios por parte de los trabajadores de la ETT”.

Es este último inciso el que motiva la solución desestimatoria de la pretensión articulada por el comité de empresa de la sociedad Nestlé, contenida en la **STS de 27 de abril de 2004**, I.L. J 351, al que se deniega legitimación para promover demanda de conflicto colectivo frente a la entidad empleadora, en reclamación de la equiparación salarial de los trabajadores cedidos, en relación con el incentivo para reducir el absentismo previsto en el convenio de aplicación en la usuaria, para cuyo cálculo no se tenía en cuenta las horas realizadas por los trabajadores en misión. Se considera que no se trata de una condición que afecte al ámbito de la prestación de servicios de dichos trabajadores en la empresa usuaria, habida cuenta que la responsabilidad del pago de los salarios corresponde a la ETT. Queda, pues, esta materia, fuera de las aludidas por el citado art.17 LETT.

### D) Comité de empresa europeo

La **STJCE de 13 de enero de 2004**, Asunto Kühne & Ángel AG & Co. KG, I.L. J 194, analiza un complejo supuesto en el que se suscita la interpretación y alcance de los arts. 4 y 11 de la Directiva 94/45, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria. En concreto se plantea la duda de a quién es atribuible la responsabilidad en el otorgamiento de la información necesaria para poner en marcha los mecanismos que la Directiva de referencia establece, en orden a la designación de un comité de empresa europeo o procedimiento alternativo de información y consulta, cuando la dirección central del grupo no se encuentra situada en un Estado miembro. Situación a la que el sistema de la Directiva alude refiriendo tal responsabilidad al representante de la dirección central del Estado que se designe y, en su defecto, al de la empresa o establecimiento que emplee mayor número de trabajadores en un Estado miembro (dirección central “presunta”) [art. 4.2.2º].

La STJCE a la que se hace ahora alusión parte de que el derecho de información constituye un requisito necesario para determinar la existencia de una empresa o grupo de empresas

de dimensión comunitaria, siendo además condición previa para crear el órgano o procedimiento alternativo de información y consulta transnacional (sentencia Brotost). A partir de ahí se afirma que es obligación de la dirección central (en su caso, la presunta) recabar de las demás empresas pertenecientes al grupo, situadas en territorio de los Estados miembros, la información precisa para el inicio de las negociaciones dirigidas a la constitución de un comité de empresa europeo o sistema alternativo. Y que tales empresas están obligadas, a su vez, a proporcionar tal información. Y, en cuanto al alcance y contenido de la información (art.11.2 Directiva 94/45), concluye el TJCE diciendo que la misma deberá aludir a la plantilla media de trabajadores y su distribución entre los distintos Estados miembros, la estructura de la empresa o empresas del grupo, y la denominación y direcciones de los representantes de los trabajadores que podrían participar en los procedimientos contemplados en la propia normativa comunitaria de referencia, siempre y cuando tal información resultara imprescindible a tales efectos, cuestión que corresponde determinar a los órganos jurisdiccionales internos.

### **E) Proceso electoral**

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 26 de marzo de 2004, I.L. J 643, recuerda que el art.182 LPL establece los cauces específicos por los que tendrá que canalizarse cierta clase de pretensiones, aun cuando se alegue la vulneración de un derecho fundamental. Sin perjuicio de que, en tal caso, deban integrarse en el procedimiento que corresponda las garantías instrumentales inherentes al proceso de tutela, tales como la inversión de la carga de la prueba, la intervención del Ministerio Fiscal, la personación del sindicato como coadyuvante, la prohibición de acumulación de acciones, el acortamiento de plazos, etc. Dicho lo cual, la Sala acoge la excepción de inadecuación del procedimiento para la impugnación de la actuación de la empresa en el marco de un proceso electoral, impidiendo la presentación de candidaturas, de cuya estimación resultaría la anulación del proceso para permitir a CCOO la presentación de la suya, pronunciamiento que sólo puede llevarse a cabo por el cauce especial del proceso electoral.

## **3. CONFLICTOS COLECTIVOS**

### **A) El ámbito del procedimiento de conflicto colectivo**

De nuevo, prescindiendo de las sentencias recaídas en procedimientos de conflicto colectivo de las que lo relevante es la materia de fondo, la cuestión estelar en relación con este cauce procesal es el alcance y contornos del mismo.

Sobre el particular, la STS de 4 de febrero de 2004, I.L. J 152, aplica una vez más el molde conceptual ya conocido, que exige para que pueda calificarse un conflicto como colectivo y como tal susceptible de ser instrumentado a través de la correspondiente modalidad procesal, la presencia de un elemento objetivo –referido al interés en presencia– y otro subjetivo –atinente a la estructuración del grupo de personas afectado–; para finalmente

## VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

decantarse por apreciar la inadecuación del procedimiento, respecto de una reclamación en la que, tras la apariencia de generalidad, aparece un elemento individualizador de la pretensión, pues lo que se pedía era en realidad la provisión de puestos de trabajo en RENFE, que se concreta en unos puestos relacionados en un previo acuerdo, que había sido objeto de anulación mediante una resolución judicial. Acuerdo que se refería a la consolidación en esos puestos de unos determinados trabajadores, que los venían desempeñando en régimen provisional de formación.

Sobre esta misma cuestión, la **STS de 21 de abril de 2004**, I.L. J 402, decide igualmente apreciar la inadecuación de procedimiento, respecto de una reclamación deducida por trabajadores eventuales de la Agencia Estatal para la Administración Tributaria, contratados para las campañas de la declaración de la Renta, con el fin de que se declarase la existencia de relación fija discontinua, en su modalidad de contrato indefinido y a tiempo parcial. Se considera, en cambio, que ello constituye más bien un conflicto plural indeterminado, referido a trabajadores concretos, y que conlleva un pronunciamiento de condena a la demandada, a otorgar a cada uno de los afectados una determinada consideración jurídica.

Por su parte, la **STS de 19 de mayo de 2004**, I.L. J 436, considera inadecuado el procedimiento de conflicto colectivo para la impugnación de las sanciones impuestas por los sindicatos a sus afiliados, que, a fin de cuentas, constituyen reclamaciones de carácter individual que afectan a cada concreto afiliado. La Sala, en concordancia con lo anterior, resuelve asimismo el problema de la competencia funcional para resolver este tipo de litigios, que considera debe atribuirse al Juzgado de lo Social que corresponda, y no a la Sala del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma.

En cambio, la **STS de 27 de mayo de 2004**, I.L. J 416, aprecia la adecuación de procedimiento, respecto de la impugnación de una modificación sustancial de condiciones de trabajo, que había afectado a seis trabajadores de un centro de trabajo, pero que eran la totalidad de la plantilla. En concreto se trataba de los trabajadores de RENFE en la estación de Sigüenza, que habían visto alterada de manera unilateral los cuadros de servicios. Aunque el número de afectados no alcance el umbral del art. 41.2 ET para la consideración de la medida como modificación de carácter colectivo, razona la Sala que, conforme se resolvió en un supuesto idéntico en la sentencia de contraste, de la propia Sala de 8 de noviembre de 2002, el procedimiento de conflicto colectivo resulta idóneo, pues se dan los elementos caracterizadores de tal clase de conflicto: los seis operarios afectados por el mismo constituyen un grupo homogéneo de trabajadores, y la modificación de los cuadros de servicios del centro de trabajo constituye un interés de configuración general, susceptible de ser analizado con una perspectiva homogénea para todo el colectivo afectado.

Y en el mismo sentido, la **STS de 19 de mayo de 2004**, I.L. J 495, que declara la adecuación del procedimiento de conflicto colectivo para conocer de una reclamación formulada con la pretensión de que se declarara la nulidad o, subsidiariamente la improcedencia, de una modificación sustancial de condiciones de trabajo, consistente en un cambio de turnos, adoptada por la Fundación Pública Hospital de Verín, que afectaba a ocho auxiliares de enfermería y veintisiete ATS-DUE. La razón es que la medida se adopta con carácter

general respecto de los afectados, que desarrollaban su trabajo en distintos servicios de la demandada, y sin atender a circunstancias particulares o personales de cada uno de los integrantes de los colectivos concernidos. Sin embargo, la Sala, reiterando doctrina a ese respecto, clarifica que dicho cauce procesal sí resulta inadecuado para pronunciarse sobre la pretensión de condena articulada por los promotores del conflicto, pidiendo la reposición de los interesados a sus anteriores condiciones de trabajo, que atañe ya a los intereses particulares de los trabajadores afectados.

### **B) Competencia funcional**

La STS de 1 de abril de 2004, I.L. J 361, declara la competencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional –conforme dispone el art. 8 LPL– para conocer en la instancia de un procedimiento de conflicto colectivo cuando el ámbito del mismo trascienda o exceda del territorio de una Comunidad Autónoma, como es el caso, en el que se promueve el conflicto por el Comité Intercentros de la Caja Insular de Ahorros de Canarias, que tiene un centro de trabajo en Madrid, y habida cuenta que la controversia afecta a la totalidad de la plantilla de la referida entidad.

### **C) Procedimiento de conflicto colectivo e impugnación de convenio colectivo**

No existe litispendencia entre el anterior proceso de impugnación de convenio colectivo y el actual de conflicto colectivo. Ésta es la solución adoptada por la STS de 30 de abril de 2004, I.L. J 386, que –en línea con lo resuelto en la Sentencia de 23 de abril anterior– considera que no se da tal excepción, que fue incorrectamente apreciada por la sentencia que se recurre, pues siendo una “institución preventiva y tutelar de la cosa juzgada”, exige análogas identidades que esta última, es decir, identidad subjetiva, objetiva y causal, no siendo suficiente que entre ambos procesos exista una mera conexión o identidad en alguno de tales elementos. Esto último a lo único que podría dar lugar es a una acumulación de ambos procesos. Y en el caso no se da la requerida triple identidad, pues las partes son distintas –en el proceso de conflicto colectivo se demanda a la empresa, mientras que en la impugnación del convenio la legitimación pasiva la ostentan los firmantes o quienes fueron partes negociadoras del mismo–; no existe tampoco identidad objetiva, pues en un supuesto se combate una determinada práctica empresarial, en aplicación del convenio, y en el otro tipo de proceso es la propia regulación contenida en el convenio la que se pone en cuestión; y, en fin, no existe identidad causal, pues los fundamentos de las respectivas pretensiones tampoco son coincidentes –la nulidad de los preceptos del convenio por su confrontación con la legalidad, y la de la práctica empresarial por confrontación con lo dispuesto en el convenio–.

Sí podría darse un efecto prejudicial de lo resuelto en el proceso de impugnación del convenio colectivo sobre lo que se discute y ha de dirimirse en el segundo, elemento de conexión que no es suficiente para la apreciación de la litispendencia.

## VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

### 4. DERECHO DE HUELGA

#### A) Arbitraje obligatorio

Con motivo de la huelga de pilotos de Iberia convocada en el verano del año 2001, a razón de una jornada semanal a lo largo de los meses de julio y agosto, el Consejo de Ministros adoptó con fecha 13 de julio el acuerdo de decretar un arbitraje obligatorio. La STS de 11 de mayo de 2004, Sala Tercera, I.L. J 475, versa sobre la validez de dicho acuerdo.

En primer lugar, se analiza la relación existente entre el procedimiento de tutela de los derechos fundamentales —ejercitado en el ámbito contencioso-administrativo— y el proceso ordinario, llegando la Sala a la conclusión de que ambos procesos resultan compatibles, sin perjuicio de que lo sentado en el de tutela, que es de tramitación prioritaria, haya de ser tenido en cuenta en el ulterior proceso seguido por el trámite ordinario.

La Sala, utilizando los parámetros a que se refiere el RDLRT 1977 (art. 10), considera que se daban las circunstancias y condiciones previstas en la norma para llevar a cabo la referida actuación, no sólo por el momento y efectos de la aludida huelga, que afectaba al servicio público del transporte aéreo, sino por la posición de la empresa Iberia en el sector, por el distanciamiento de las partes y por el hecho de que el conflicto determinara la dimisión en bloque de un nutrido grupo de pilotos pertenecientes a la Dirección de Operaciones de la compañía, que se vio en la tesitura de proceder a la suspensión provisional de los vuelos.

Por lo demás, se considera que el acuerdo de adopción de la medida de decretar un arbitraje obligatorio se encontraba suficientemente motivada, por cuanto la invocación en el mismo del riesgo para garantizar los vuelos con las islas —que en principio se encontraban cubiertos en un 100 por ciento por los servicios mínimos decretados— también se vieron afectados por la suspensión provisional de vuelos decidida por la compañía. Y respecto de la neutralidad e imparcialidad del árbitro designado —a la sazón, presidente en funciones del CES—, se argumenta que dicho organismo no se encuentra jerárquicamente subordinado al Ministerio de Trabajo, a lo que se suma el propio mecanismo que la Ley 21/1991 contempla para la elección y nombramiento de dicho cargo, que exige el consenso de organizaciones independientes, no vinculadas al Gobierno.

En conclusión, y en concordancia además con lo razonado y resuelto en la Sentencia de 10 de noviembre de 2003, recaída en el proceso de tutela de los derechos fundamentales articulado en relación con estos mismos hechos, la Sala concluye desestimando el recurso del SEPLA sobre lesión del derecho de huelga.

#### B) Ejercicio de la huelga por los liberados sindicales

La relevante STS de 6 de abril de 2004, I.L. J 609, desestima el recurso interpuesto por la entidad “Paradores de Turismo de España, SA”, frente a la recaída en la instancia,

estimatoria de una demanda de tutela de los derechos fundamentales de libertad sindical y huelga.

Con motivo de la huelga general convocada por las organizaciones sindicales mayoritarias para el día 20 de junio de 2002, la sección sindical de UGT remitió un comunicado a la referida entidad para su exhibición en los tablones de anuncios de todos los centros de trabajo, en el que se hacía saber que el día de la fecha quedarían suspendidas las licencias sindicales de los representantes del referido sindicato en la empresa. El sindicato requería, a su vez, a la entidad empleadora para que procediera a realizar el pertinente descuento salarial que es consecuencia ineludible y efecto necesario de la participación del trabajador en la huelga. La dirección de recursos humanos de la empresa demandada, sin embargo, respondió por extenso al requerimiento del sindicato comunicante, empleando para ello idéntico cauce y exhibiendo su contestación en los tablones de anuncios de cada centro de trabajo, negándose a dar cumplimiento a lo que el sindicato pretendía. Oponía la empresa la imposibilidad de llevar a cabo el requerido descuento por considerar “artificioso e inoperante” el hecho de que un liberado sindical pudiera erigirse en trabajador huelguista, habida cuenta que su posición ya conlleva de modo natural la interrupción de la prestación de servicios, así como la consiguiente inaplicación del régimen ordinario de organización del trabajo y de ordenación del tiempo dedicado al mismo. En suma, negando la posibilidad del ejercicio del derecho fundamental en cuestión por parte de los liberados sindicales.

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo, confirmando la solución estimatoria dada al litigio por la AN en su interesante Sentencia de 10 de diciembre de 2002, y ahondando en los argumentos favorables a lo postulado por el sindicato en su demanda, parte de reconocer el derecho de los liberados a ser, al mismo tiempo, huelguistas, pues nuestro ordenamiento no ha distinguido entre huelguistas y meros partícipes, y los liberados siguen siendo trabajadores de la empresa en activo, por lo que no se encuentran privados de los derechos que en tal condición les corresponden, incluido el de huelga. Por otro lado, afirma el TS la capacidad autónoma del sindicato para adoptar la decisión de suspensión, el día de huelga, de las licencias sindicales, resultado de la acumulación de créditos horarios a favor de los representantes de los trabajadores pertenecientes o afiliados al sindicato, puesto que ésta es una decisión que, a su vez, le compete adoptar al propio sindicato. En cambio, el TS confirma lo resuelto en la instancia por la AN, en el sentido de denegar la pretensión indemnizatoria deducida, también en vía de recurso, por el sindicato demandante, al no considerar acreditados los daños invocados ni los elementos necesarios para su valoración.

### **C) Efectos de la huelga**

El alcance del ejercicio del derecho de huelga sobre las retribuciones del trabajador huelguista puede llegar a convertirse en una cuestión de cierta dificultad. Las **SSTS de 26 de abril y 19 de abril de 2004**, I.L. J 315 y 360, abordan, a través del procedimiento de conflicto colectivo promovido por una serie de organizaciones sindicales, el problema

## VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

de las consecuencias económicas de la participación de los trabajadores de las empresas demandadas –DIA, SA y Supermercados Sabeco, SA– en la huelga del 20 J (huelga general de 20 de junio de 2002).

Las empresas habían computado como día de ausencia a los efectos del devengo de la prima de asistencia prevista en el convenio de aplicación el referido a la huelga general del 20 de junio. La Sala Cuarta del Tribunal Supremo declara el derecho de los trabajadores de las empresas demandadas a que la participación en la huelga no repercuta en el plus de asistencia ni en el coeficiente corrector de incentivos en función de las ausencias al trabajo, ambos valores orientados a la reducción del absentismo. La Sala tiene en cuenta que en el convenio de aplicación no se preveía expresamente dicha repercusión, por lo que no puede hacerse una interpretación extensiva del efecto de minoración salarial consustancial al ejercicio del derecho fundamental.

Otro de los efectos importantes de la huelga es su consideración como situación asimilada al alta. La **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 19 de enero de 2004**, I.L. J 624, analiza un supuesto en el que el actor, que prestó servicios como estibador portuario para la OTP, integrándose por subrogación en la Sociedad Estatal de Estiba de Santa Cruz de Tenerife, en el momento de la jubilación postula que, a efectos de calcular el importe de su pensión, el período correspondiente a un cierre patronal adoptado como consecuencia de las frecuentes huelgas que se estaban llevando a cabo en el período de referencia se integre con las bases máximas y no con las mínimas. La Sala de suplicación considera que del ejercicio de un derecho fundamental como el de huelga no se pueden derivar consecuencias perjudiciales para el titular del derecho que no aparecen en las normas. De ahí que el período de cierre patronal deba ser considerado como un período neutro, recibiendo el mismo tratamiento otorgado a la huelga, a la que, como situación asimilada al alta durante la que no existe la obligación de cotizar, le resulta de aplicación la regla sobre retroacción prevista en el art. 3.5 del RD 625/1985.

### 5. ASAMBLEA DE TRABAJADORES

#### A) Convocatoria de la asamblea

La conexión entre el derecho de reunión y el de libertad sindical queda reflejada en la **STS de 5 de febrero de 2004**, I.L. J 131.

La sentencia de instancia, de la Sala del TSJ de Asturias, otorgó la tutela demandada al sindicato promotor del correspondiente procedimiento, frente a la negativa de la empresa FEVE a otorgar la autorización para celebrar una asamblea informativa fuera del local sindical asignado. Parece deducirse de los antecedentes fácticos que se contienen en la fundamentación de la sentencia comentada que había habido un intercambio de comunicaciones entre la empresa y el sindicato convocante –la Asociación de Ferroviarios Independientes–, de las que podía deslizarse una duda acerca de si la asamblea era una asamblea de afiliados o de todos los trabajadores de la empresa.

La sentencia que ahora se comenta, que resuelve el recurso interpuesto contra la recaída en la instancia, considera que la asamblea era de afiliados y no afiliados, pero que, con independencia de todo ello, la empresa no tenía argumentos para negarse a su celebración, por cuanto que la normativa convencional de aplicación –contenida en el art. 291 de la denominada “Normativa Laboral” de FEVE– remitía en realidad a lo dispuesto en el art. 77 ET, por lo que no aparece condición alguna, distinta de las que los convocantes observaron para la convocatoria de la reunión.

### **B) Asamblea revocatoria**

Sobre la aparente paradoja que se deriva de la exigencia, para la validez de la asamblea revocatoria, de que la misma sea presidida por los representantes de los trabajadores arroja luz la **STS de 10 de enero de 2004**, I.L. J 119.

La cuestión debatida consistía en si invalidaba la asamblea celebrada con el fin de decidir la revocación del mandato de los representantes de los trabajadores –los tres delegados de personal del Organismo Autónomo de Deportes del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife–, conforme a lo dispuesto en el art. 67 ET, el hecho de no haber sido presidida por dichos representantes, sino por otros trabajadores que no ostentaban mandato representativo alguno, y que habían sido designados por la propia asamblea.

La Sala, en una interpretación armónica de los arts. 67 y 77 ET, llega a la conclusión de que, en el caso de las asambleas revocatorias –que califica como “monográficas” y verdadera moción de censura a los representantes–, el régimen jurídico de su celebración y desarrollo se aparta del genérico. A lo que suma el carácter no irrenunciable del derecho de los representantes, que en ese caso mostraron su aquiescencia con la voluntad de los convocantes, al haber asistido a la reunión, en la que hicieron uso de la palabra y emitieron su voto. Razones que llevan a la Sala Cuarta del Tribunal Supremo a afirmar en ese caso la validez de la asamblea revocatoria no presidida por los representantes de los trabajadores.

Y, en un supuesto bastante cercano, relativo a la adopción del acuerdo revocatorio del mandato de un delegado de personal, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 27 de enero de 2004**, I.L. J 581, declara que no vulnera la regulación legal el hecho de que no se respetara el secreto del voto, habida cuenta que la asamblea revocatoria se convoca por iniciativa de veintidós de los veintiocho trabajadores de la plantilla, que a tal efecto estamparon su firma en un escrito, quedando su acuerdo unánime reflejado en el correspondiente acta. En cuanto a la presidencia de la asamblea, y en concordancia con la resolución que se acaba de comentar, la Sala de Andalucía considera que no existe objeción alguna que oponer a la forma de proceder en este caso, puesto que fueron los propios delegados de personal los que declinaron ostentar dicha presidencia, desde el momento en que, estando a la puerta del lugar donde se desarrollaba la reunión, no entraron a ejercer los derechos que les correspondían, declinando nuevamente hacerlo en el momento de hacer entrada en dicho lugar. Lo que, bien pensado, no deja de ser lógico en el caso de

## VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

asambleas revocatorias, en las que la finalidad de la asamblea, de censura de la actividad representativa, se compagina mal con la regla sobre la presidencia de las reuniones de trabajadores en la empresa contenida con carácter general en el ET.

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO

IGNACIO GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN

ÁNGELES CEINOS SUÁREZ



**VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA****Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Legitimación para negociar. 3. Unidades de negociación. 4. Contenido “normativo” del convenio colectivo. Límites. 5. Ámbito personal. 6. Concurrencia de convenios. 7. Convenios colectivos “extraestatutarios”. 8. Impugnación “directa” del convenio colectivo. 9. Administración del convenio colectivo. A) Por la comisión paritaria. B) Por los Tribunales laborales.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

La mayor parte de las sentencias reseñadas en la presente crónica, incluidas en la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, de Lex Nova, números 1, 2, 3 y 4 de 2004, contemplan materias o cuestiones sobre las que los Tribunales laborales ya tuvieron oportunidad de emitir pronunciamientos en el pasado. Además, se trata de cuestiones que no reciben solución o tratamiento original, pues son resueltas siguiendo las pautas sentadas en esos pronunciamientos. Se exceptúan de lo anterior, por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, las Sentencias de 9 de marzo, 6 de abril y 28 de mayo, que abordan el importante problema de las consecuencias que ha producido la derogación de la Disposición Adicional Décima del ET sobre el establecimiento de cláusulas de jubilación forzosa por medio de la negociación colectiva. También la sentencia de igual Tribunal de 17 de mayo, relativa a determinados extremos concernientes al convenio franja, entre ellos a la imposibilidad de que en empresas de más de cincuenta trabajadores pueda crearse un tercer colegio electoral a través de dicho tipo de convenio.

**2. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR**

Como apunta la STS de 21 de diciembre de 1999 (recurso 4295/1998), la legitimación de los órganos de representación unitaria o sindical no está descartada en el caso del convenio colectivo de grupo de empresas, cuando la estructura organizativa de éste sea “relativamente simple”. Sin embargo, semejante posibilidad, excepcional, requiere que en el momento de negociar existan representantes unitarios o sindicales que reúnan las condiciones a las que el art. 87.1 ET supedita la legitimación para negociar en el ámbito

empresarial, lo que no sucede cuando el órgano al que se pretende que se le reconozca dicha legitimación no se había constituido todavía al abrirse la negociación o pertenece a una empresa del grupo que ha dejado de existir como tal. Tal es la línea argumental que se descubre en la **STS de 18 de mayo de 2004**, I.L. J 507, cuando razona, en relación con el convenio para el grupo de empresas “EADS-CASA y AIRBUS ESPAÑA, SL”, que la determinación de la legitimación de la parte social con arreglo al citado art. 87.1 ET precisa que “al banco social le pudiera ser aplicado sin ningún inconveniente el sistema legitimador propio de las empresas individualmente consideradas, lo que únicamente ocurriría si tuvieran un organismo unitario facultado específicamente para ello con todas las garantías legales”. Tal situación no se descubre en el caso de autos, “puesto que en el momento en que la negociación del nuevo convenio colectivo se produjo ni podía ocupar esa posición negociadora el comité intercentros de ‘CASA’, porque esta empresa ya no existía como tal, ni tampoco el comité interempresas al que el recurrente se refiere, por cuanto éste se ha constituido como consecuencia de la entrada en vigor del convenio (...) y, por lo tanto, no podía funcionar a tales efectos cuando la negociación se inició”.

Tratándose de un grupo de empresas o ente complejo constituido por un conjunto de personas jurídicas que ostentan posiciones empresariales independientes y que actúan bajo una dirección común, la legitimación para negociar el convenio corresponde, según el conocido criterio “mixto” seguido por los Tribunales laborales, a los sindicatos. No concurre aquella circunstancia y, por lo tanto, no cabe admitir la mencionada legitimación, en el caso del convenio que afecta a la “Sociedad estatal de Correos y Telégrafos, SA” (**STS de 6 de mayo de 2004**, I.L. J 534), el cual queda sometido a las reglas de legitimación propias de los convenios de empresa (art. 87.1 ET), de los que forma parte.

### 3. UNIDADES DE NEGOCIACIÓN

**Convenio franja.** No cabe apreciar que resulte discriminatorio el que limita su ámbito de aplicación personal al que corresponde a la legitimación que se ostenta para negociar. Así, **STS de 17 de mayo de 2004**, I.L. J 567, a propósito del convenio franja que circunscribe su ámbito a los técnicos de mantenimiento de determinada empresa de transporte aéreo, excluyendo a otros grupos de trabajadores que también prestan servicios en el departamento de mantenimiento:

“Tratándose de un convenio de franja, tal previsión no puede ser discriminatoria (...), ni contraria al principio de igualdad, pues la limitación del ámbito del convenio a los miembros de la categoría o del grupo profesional es consecuencia natural de la configuración de la unidad de negociación y de la legitimación de los negociadores, que no podrían regular, por falta de representatividad, las condiciones de trabajo de trabajadores no incluidos en el grupo.”

De acuerdo con la misma sentencia, un convenio del tipo del contemplado no puede establecer, por resultar contrario a la ley, un precepto que limite la negociación que eventualmente emprendan terceros y pueda afectar, directa o indirectamente, al grupo de

## VIII. Negociación Colectiva

trabajadores incluidos en aquél. Concorre tal situación cuando el convenio franja sujeta a la conformidad de su comisión negociadora la aplicación de los acuerdos alcanzados en el curso de la mencionada negociación. El expresado precepto

“sobrepasa lo que es normal en una cláusula de vinculación a la totalidad y lo que se intenta es establecer un círculo de inmunidad no sólo en relación con otras regulaciones convencionales, sino incluso con acuerdos de empresa que tengan por objeto reorganizaciones productivas, regulaciones de empleo u otras materias. Una regla como ésta vulnera el principio de eficacia relativa del convenio, pues trata de limitar la negociación de terceros, y las competencias que el Estatuto de los Trabajadores concede a los órganos unitarios de representación de personal y a los órganos de representación sindical de la empresa, porque trata de situar al colectivo incluido en el convenio al margen de los mecanismos ordinarios de representación y de negociación en la empresa. En este punto hay que distinguir entre la protección del convenio frente a negociaciones concurrentes ‘externas’ y el aislamiento que con esta cláusula se intenta establecer frente al producto de cualquier negociación, sea o no concurrente, y tenga o no contenido normativo. El precepto debe anularse”.

### 4. CONTENIDO “NORMATIVO” DEL CONVENIO COLECTIVO. LÍMITES

1. Doble escala salarial y respeto del principio de igualdad. Conculca el principio de igualdad la cláusula del convenio colectivo que establece una cuantía distinta para el complemento personal de antigüedad atendiendo, exclusivamente, a la fecha de ingreso en la empresa. Tal conculcación no desaparece por el hecho de que la aludida desigualdad de trato aparezca unida a determinadas medidas de fomento del empleo, cuando no guarda proporcionalidad con éstas. Tiene ocasión de pronunciarse en los términos indicados la **STS de 21 enero 2004**, I.L. J 23, con cita de otras de igual Sala y Tribunal (3 de octubre de 2000, 25 de julio de 2002, 1 de abril de 2003 y 18 de diciembre de 1997, entre otras):

“Lo que no resulta aceptable es que el convenio colectivo mantenga el premio de antigüedad y lo establezca para el futuro en cuantía distinta para dos colectivos de trabajadores, y lo haga exclusivamente en función de que la fecha de su ingreso en la empresa como fijos sea anterior o posterior al 31 de mayo de 1995.

Tampoco es asumible el argumento de que el convenio ha previsto ciertas medidas de fomento de empleo, para justificar el trato diferenciado a los grupos de los trabajadores, pues, como declaró la sentencia de esta Sala de 18 de diciembre de 1997, para que la diferencia o desigualdad sea constitucionalmente lícita, no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable, además, que las consecuencias jurídicas que resulten de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos, juicio de proporcionalidad que en este caso concreto no se logra.”

En cambio, se acomoda a las exigencias del principio de igualdad el establecimiento de una retribución específica para determinados trabajadores que deben prestar sus servicios en régimen de turnos comprensivos de los domingos y festivos, de la que se excluyen los contratados para trabajar no más de tres días a la semana de manera regular o en promedio anual, uno de ellos, necesariamente, domingo o festivo. Las previsiones del convenio que establece una regulación como la expuesta (el estatal de *Grandes almacenes* negociado para los años 2001 a 2005) “no vulnera el principio de igualdad retributiva desde el momento en que se basan en situaciones de hecho diferentes que justifican objetiva y razonablemente esa diferencia de trato. No es lo mismo trabajar tres días a la semana, uno de ellos necesariamente domingo o festivo, y ser contratado, precisamente, para hacerlo en esos días, que prestar servicios durante la semana ordinaria de trabajo y, además, tener que trabajar en domingo o festivo, desde el momento en que aquéllos pueden descansar en otras fechas en las que no pueden hacerlo quienes están sujetos al sistema de turnos. Por otra parte, tampoco cabe entender que el referido sistema vulnere lo previsto en el art. 12.4.d) del Estatuto de los Trabajadores, que previene la igualdad de derechos entre los trabajadores a tiempo parcial y aquellos que lo sean a tiempo completo, pues la distinción retributiva en este caso no reside en la naturaleza del vínculo [o] en la intensidad del tiempo de prestación de servicios, sino en la propia naturaleza y condiciones básicas de la contratación, hecha para llevar a cabo la prestación en domingos y festivos.” (STS de 27 de enero de 2004, I.L. J 191).

**2. Posibilidad de sustituir el descanso dentro de la jornada continuada diaria por compensación económica o una jornada reducida de verano.** Destaca el carácter de derecho necesario relativo, no absoluto, que conviene al art. 34.4 ET, relativo al descanso no inferior a quince minutos cuando la jornada diaria continuada exceda de seis horas, y admite la posibilidad de que por convenio colectivo pueda llegar a sustituirse dicho descanso por una indemnización económica o por una jornada reducida en ciertos meses (verano), no con carácter general, pero sí si se dan circunstancias como las que concurren en el caso de autos (limitación de la medida consistente en el abono de la indemnización a los trabajadores de mantenimiento de una empresa de ascensores y al tiempo durante el que cada uno de aquéllos cubre el servicio de guardia, que es de una semana de cada cuatro; supresión del descanso, para el personal administrativo y en julio, agosto y septiembre, a cambio de una jornada más reducida durante esos meses), la STS de 30 de abril de 2004, I.L. J 409.

**3. Respeto de las condiciones más beneficiosas.** Entre otras, puede formar parte de éstas la de no trabajar en domingos y festivos. De ser así, el convenio colectivo no puede facultar a la empresa para decidir, sin seguir los trámites a los que el art. 41 ET supedita la introducción de modificaciones sustanciales e individuales de las condiciones de trabajo, que algunos de los que disfruten de la expresada condición más beneficiosa deban realizar su trabajo, por exigencias del servicio, en determinados domingos y festivos. La cláusula que disponga semejante posibilidad es nula por ilegal. Se pronuncia en estos términos la STS de 27 de enero de 2004, I.L. J 191, en relación con el convenio colectivo estatal de *Grandes almacenes* para los años 2001-2005, que establecía, en los apartados 3 y 4 de su Disposición Transitoria, una previsión como la indicada:

## VIII. Negociación Colectiva

“De la literalidad de los referidos apartados de la Disposición Transitoria se infiere con absoluta claridad que su contenido supone una alteración de las condiciones individuales de los contratos de trabajo de esos trabajadores afectados, dejándolas sin efecto en determinadas condiciones, al hacer obligatorio el sistema de trabajo en domingos y festivos para los años 2002 y 2003, lo que determina su ilegalidad, pues el convenio colectivo no puede penetrar en esas condiciones más beneficiosas de carácter plural (...). No se trata entonces, en puridad, del mantenimiento de una voluntad empresarial preexistente de otorgar un beneficio por encima de las exigencias legales o convencionales reguladoras de la materia, sino del mantenimiento de las condiciones originariamente pactadas de no trabajar en domingos o festivos si no era de forma voluntaria. Situación contractual a que se refiere no sólo el art. 3.1.c) del Estatuto de los Trabajadores al afirmar la naturaleza de ‘fuente de la relación laboral’ del contrato de trabajo, sino también el propio párrafo final del art. 4 del convenio.

Es cierto que (...) estamos en presencia de una situación de alcance limitado en el tiempo, que afecta a los años 2002 y 2003, y que, además, está condicionada a la existencia de determinados factores (...). Pero la limitación en el tiempo de la obligación y sus límites formales no extraen de las disposiciones analizadas la ilegalidad que se denuncia, desde el momento en que el convenio no es el cauce idóneo para dejar sin efecto determinados aspectos del contenido individual de uno o varios contratos de trabajo. Como se advierte en la sentencia recurrida, para que fuese lícita la disposición convencional analizada, ‘el convenio (...) tendría que haber previsto [que] la posibilidad de tal modificación de las referidas condiciones más beneficiosas se llevase a cabo a través de la norma de derecho necesario que contempla esa posibilidad: el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores’.”

Cuenta la sentencia reseñada, de Sala General, con un voto particular que discrepa del razonamiento anterior y considera que no se está, en el caso de autos, ante una condición más beneficiosa, sino ante el reconocimiento por primera vez, en el convenio colectivo, de la situación específica de un grupo de trabajadores.

**4. Imposibilidad de establecer, tras la derogación de la Disposición Adicional Décima del ET, cláusulas sobre jubilación forzosa.** Producida la derogación de la Disposición Adicional Décima del ET, “no es factible ya que mediante la negociación colectiva se puedan establecer determinadas edades de jubilación forzosa”. Con tal derogación, que no supone que recobre vigencia la Orden Ministerial de 1 de julio de 1953, “y en ausencia de norma legal habilitante de la negociación colectiva, es de aplicación para los convenios colectivos que entren en vigor [a partir de aquélla] (...) lo dispuesto en el art. 4.2 y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, de inequívoca inspiración constitucional, en cuanto que el primero establece el derecho de los trabajadores ‘a no ser discriminados [hoy directa o indirectamente] para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley (...)’ y el segundo prevé que ‘se entenderán nulos y sin efecto (...) las cláusulas de los convenios colectivos (...) que contengan discriminaciones [hoy directas o indirectas] desfavorables por razón de la edad’ ”. Los anteriores “preceptos estatutarios, cuyo espíritu es el mismo –aunque ahora con rango de Ley– que el de la citada Orden Ministerial, implican que recobre actualidad la jurisprudencia establecida bajo la vigencia de la referida Orden, que atribuía al derecho

subjetivo al trabajo la naturaleza de *mínimo de derecho necesario absoluto*". La derogación contemplada no alcanza, sin embargo, a las cláusulas de jubilación forzosa correspondientes a los convenios colectivos en vigor en el momento en que se produce aquélla y que tenían amparo legal en la norma derogada. Dichas cláusulas "fueron establecidas de acuerdo con una política de empleo temporalmente coincidente, al menos, con la duración de los convenios en cuestión, cuyo equilibrio interno, construido sobre mutuas renunciaciones entre los recíprocos intereses de las partes negociadoras, debe salvaguardarse" [SSTS de 9 de marzo, 6 de abril y 28 de mayo de 2004, I.L. J 173, 355 y 548, las tres en casación para la unificación de doctrina y con un amplio razonamiento de los efectos que atribuye a la derogación de la Disposición Adicional Décima ET. La primera, de Sala General, igual que otra de igual fecha (recurso 765/2003) que también se pronuncia en el sentido que ha quedado expuesto, figura acompañada de un voto particular que discrepa de los argumentos que condujeron al fallo].

**5. Imposibilidad del establecimiento, por convenio franja, del tercer colegio electoral previsto en el art. 71.1 ET.** Se pronuncia en este sentido, con rotundidad, la STS de 17 de mayo de 2004, I.L. J 567:

"El artículo 71 del Estatuto de los Trabajadores establece para las elecciones a órganos de representación unitaria en empresas de más de 50 trabajadores dos colegios y autoriza que 'por convenio colectivo, y en función de la composición profesional del sector de actividad productiva o de la empresa, podrá establecerse un nuevo colegio que se adapte a dicha composición'. La sentencia impugnada sostiene que como el convenio impugnado es un convenio estatutario tiene facultades para crear el tercer colegio. Pero no es así, porque el precepto afecta a una materia que, por su propia naturaleza, sólo puede ser objeto de regulación por un convenio unitario de toda la empresa, como muestra la contemplación de la simple hipótesis de varios convenios franja, creando cada uno de ellos un colegio para su respectiva categoría."

## 5. ÁMBITO PERSONAL

**Del convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado.** No se aplica a los trabajadores contratados por la Administración para prestar sus servicios en el extranjero, con independencia del lugar en el que se hubiese celebrado el correspondiente contrato de trabajo. Mantiene tal criterio, en unificación de doctrina, la STS de 3 de febrero de 2004, I.L. J 74, que confirma la solución que el propio TS ha dado a la cuestión en sus Sentencias de 14 de mayo (dos sentencias) y 9 junio 2003, cuyos términos reproduce aquélla. Sobre esas decisiones judiciales anteriores, recaídas también en casación para la unificación de doctrina, véase *Justicia Laboral*, número 18, crónica VIII.

**Del convenio franja.** Sobre el ajuste a derecho del convenio de este tipo que limita su ámbito personal al determinado por la legitimación que se ostenta para su negociación, STS de 17 de mayo de 2004, I.L. J 567.

### 6. CONCURRENCIA DE CONVENIOS

La aplicación de la regla del párrafo primero del art. 84 ET requiere la “vigencia” del convenio anterior afectado; dicha condición no es predicable cuando este convenio se encuentra en situación de *ultraactividad*. Así, en casación para la unificación de doctrina y con cita de la STS de 23 de octubre de 1995 (recurso 2054/1994), **STS de 2 de febrero de 2004**, I.L. J 72:

“Cuando se publicó el décimo convenio colectivo de enseñanza privada del País Vasco, el convenio estatal de enseñanza no reglada, aunque fuera de fecha anterior, se encontraba en *ultraactividad* o prórroga prevista en el art. 86.3 ET, por lo que, tal y como acertadamente se razona en la sentencia recurrida, con cita de nuestra sentencia de 23 de octubre de 1995, la garantía contra la afectación que establece el número 1º (sic) del art. 84 de la misma norma no resulta aplicable a esa situación del convenio, ‘pues la *ultraactividad* que este precepto genera no es confundible con la *vigencia* a que se refiere el art. 84 del mismo cuerpo legal, referida al ámbito temporal pactado. Conclusión distinta supondría la petrificación de la estructura de la negociación colectiva y sería contraria a un sistema de libre negociación, en tanto que quedarían predeterminadas externamente las unidades correspondientes’ (...).

De lo anterior se desprende que desde el punto de vista estrictamente temporal no llegó a producirse concurrencia prohibida por el número 1 (sic) del art. 84 ET entre los distintos convenios (...).”

También en casación de doctrina, con reproducción parcial de la anterior sentencia, **STS de 17 de mayo de 2004**, I.L. J 567.

En otro orden de cosas, la consecuencia ligada a la infracción del art. 84, párrafo tercero, ET, esto es, a la negociación, para un ámbito superior a la empresa, de un convenio que, además de afectar a otro de ámbito más amplio, aborde la regulación de alguna de las materias que dicho precepto relaciona (período de prueba, modalidades de contratación, grupos profesionales, régimen disciplinario, etc.), reservadas a ese segundo convenio, no es la propia de la afectación entre convenios válidos, que se traduce en la suspensión de la aplicación del convenio posterior concurrente hasta que deje de regir el negociado en primer lugar, sino la de la nulidad de pleno de derecho de las cláusulas que incorporen aquella regulación, las cuales, por lo tanto, no cabe pretender aplicar una vez que haya perdido vigencia el convenio de ámbito superior que contemplase las aludidas materias. Así, **STS de 28 enero 2004**, I.L. J 19:

El párrafo primero del art. 84 ET contempla “la concurrencia aplicativa entre dos convenios válidos en un mismo ámbito ‘durante la vigencia’ del primeramente negociado, pero no prohíbe la negociación de aquellos convenios, razón por la cual se ha entendido, y esta Sala lo ha dicho de forma reiterada, que cuando el primer convenio deja de regir puede aceptarse la vigencia aplicativa de aquel segundo que se hallaba suspendido en su propia eficacia por tal disposición legal –SSTS de 17 de julio de 2002 (recurso 171/2001) y 20 de mayo de 2003 (recurso 41/2002)–. Pero lo que en los presentes autos se denunció

no fue la vigencia aplicativa de un convenio válido posterior, sino la infracción por este segundo convenio de la prohibición establecida en el art. 84, párrafo tercero, de negociar determinadas materias mientras se halla en vigor un convenio de ámbito superior, o sea, lo que se denunció es la infracción de un precepto que dispone que en tales casos ‘se considerarán materias no negociables en ámbitos inferiores el período de prueba, las modalidades de contratación (...), los grupos profesionales, el régimen disciplinario y las normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo y movilidad geográfica’, en definitiva, la infracción de una norma prohibitiva como la indicada, de contenido muy distinto a la que dispone la no afectación entre convenios del apartado 1 del art. 84 ET. La infracción de esta prohibición ha de ser calificada por esta Sala como un supuesto de nulidad, cual puede apreciarse, y se pone de manifiesto, en nuestra Sentencia de 22 de septiembre de 1998 (recurso 263/1997) (...) 3 de noviembre 2000 (recurso 1554/2000) o 17 de octubre de 2001 (recurso 4637/2000).

En definitiva, el convenio colectivo de Galicia para la actividad de ayuda a domicilio incluyó entre sus previsiones acuerdos (...) que eran nulos por infringir una prohibición legal expresa y por ser nulos de pleno derecho no pueden ser aceptados como válidos a partir de la pérdida de vigencia del convenio estatal de residencias privadas de personas mayores y del servicio de ayuda a domicilio (...), pues esto es lo que se desprende de la aplicación de las reglas de la nulidad de conformidad con las previsiones del art. 6.3 del Código civil”.

Como recuerdan las SSTs de 26 de enero y 2 de febrero de 2004, I.L. J 48 y 72, con cita, respectivamente, de la sentencia de igual Tribunal y Sala de 22 de septiembre de 1998 (rec. 263/1997), la misma solución –nulidad de las correspondientes cláusulas– debe aplicarse a la regulación que el convenio sectorial de ámbito superior pueda hacer de las materias cuyo tratamiento no le reserva el citado precepto del ET, como es la movilidad funcional. Una regulación del tipo de la indicada contraviene el párrafo segundo del art. 84 ET, que también es de derecho necesario.

En fin, aparte de las reglas de concurrencia contenidas en el art. 84 ET, debe tenerse en cuenta la “especial” que aparece en el art. 42.2 de igual Texto legal, que permite que por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores se pueda proceder a la modificación de la regulación de condiciones de trabajo contenidas en un convenio estatutario en relación con determinadas materias, expresamente determinadas, entre las que figura el sistema de remuneración. A través de semejante previsión, el ET otorga al referido acuerdo “preferencia aplicativa” sobre el convenio estatutario. Adoptado el acuerdo de empresa en la forma que dispone el art. 42.2 ET, la modificación de la regulación contenida en el convenio estatutario con el que pase a concurrir es lícita “aun en la hipótesis de admitir” que aquél “haya introducido una modificación peyorativa” de tal regulación (STS de 11 de mayo de 2004, I.L. J 614).

## VIII. Negociación Colectiva

### 7. CONVENIOS COLECTIVOS “EXTRAESTATUTARIOS”

Sobre la falta de legitimación para negociar y suscribir un convenio “extraestatutario” una minoría de los miembros del comité de empresa frente a una mayoría contraria a él, así como la vulneración del derecho de huelga que supone el que aparezca que dicho convenio, suscrito en la forma indicada, pretende abortar una huelga previamente convocada en respuesta al fracaso de la negociación de un convenio estatutario, poniendo en evidencia la inutilidad de esa huelga, STSJ de La Rioja de 12 de febrero de 2004, I.L. J 617.

### 8. IMPUGNACIÓN “DIRECTA” DEL CONVENIO COLECTIVO

La legitimación para impugnar el convenio colectivo por los trámites del proceso de conflicto colectivo dispone de reglas propias entre los preceptos que regulan la modalidad procesal de impugnación de convenios y, en concreto, en el art. 163 LPL, de acuerdo con el cual, si la impugnación se fundamenta en la ilegalidad del convenio, la legitimación corresponde, aparte de a los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, a los “sindicatos y asociaciones empresariales interesadas”. El reconocimiento de tal legitimación no depende de que la asociación profesional que lo pretenda estuviese ya legalmente constituida (tuviera personalidad jurídica) en el momento de la negociación del convenio o hubiera contado con legitimación para dicha negociación. Asimismo, la existencia de aquellas reglas del art. 163 LPL hace inaplicables las establecidas en los arts. 152 y 153 de este Texto legal, relativas a la legitimación para promover el proceso de conflicto colectivo. Por otra parte, es asociación empresarial “interesada”, a los efectos del art. 163 LPL, la que cuente entre sus afiliados con empresarios incluidos en el ámbito del convenio impugnado. En este sentido, STS de 15 de marzo de 2004, I.L. J 290:

Siendo la cuestión de fondo debatida la impugnación de un convenio colectivo por estimarse que contraviene la legalidad, “para ello la Ley de procedimiento laboral establece una modalidad especial, en donde el art. 163.1.a) señala que la legitimación activa corresponde ‘a los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, sindicatos y asociaciones empresariales interesadas’, por lo que las reglas sobre legitimación de los arts. 152 y 153 de la Ley procesal no son aplicables en este supuesto y, en consecuencia, tampoco se aplica lo concerniente al ámbito de actuación del ente colectivo ni la condición de representativo que el mismo pueda ostentar (...).

A tenor del precepto legal antes citado, no todas las asociaciones empresariales están legitimadas activamente, sino sólo aquellas en las que concurra la cualificación de ‘interesadas’. Sobre cuya nota, esta Sala, en sentencia de 15 de febrero de 1993 (recurso 715/1991), ha indicado que ‘está desde luego interesada en la impugnación por quedar sus representados incluidos en el campo de aplicación del convenio y por afectar el mismo a las posibilidades de negociación de la propia demandante’. En esta misma línea, la sentencia de 15 de octubre de 1996 (recurso 1883/1995) reconoce legitimación activa ‘a aquellas asociaciones de empresas interesadas en la impugnación por estar sus representados incluidos en el ámbito de aplicación del convenio’.

Por su parte, la (...) sentencia de 14 de abril de 2002, después de hacer referencia a la doctrina de las resoluciones anteriormente aludidas, aclara que ‘por eso se llamó antes la atención sobre la imposibilidad de trasladar a este procedimiento impugnativo las reglas que sobre legitimación, por ámbito o representatividad, [son] propias del proceso sobre conflicto colectivo. Y sigue siendo trascendente esclarecer que una cosa es la concreta legitimación procesal para impugnar judicialmente un convenio colectivo, y otra diferente la legitimación de derecho material, para intervenir en la negociación del convenio, pedida por el Estatuto de los Trabajadores en sus arts. 87 y 88.

A tenor de esta doctrina, no puede negarse la legitimación activa, como hace la sentencia combatida, por el hecho ‘de que la demandante no tenía legitimación para recabar su entrada en la comisión negociadora, pues no existía sino es en fecha incluso posterior al depósito para publicación del convenio impugnado y, por tanto, tampoco la tiene para ahora impugnarlo’. Pues es distinta la legitimación para formar parte de la comisión negociadora de la exigida para impugnar el convenio”.

Los acuerdos que tome una comisión paritaria en el ejercicio de sus competencias de interpretación y administración del convenio colectivo no se confunden con éste. Por lo tanto, no podrán ser combatidos “por el cauce del art. 161 LPL, que el legislador ha reservado para la impugnación de los convenios colectivos”. La modalidad procesal adecuada para atacarlos “es la de conflicto colectivo prevista en los arts. 151 y siguientes” de dicho Texto legal (STS de 20 de mayo de 2004, I.L. J 542).

## 9. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

### A) Por las comisiones paritarias

Sobre el valor de la interpretación del convenio colectivo por la comisión paritaria y la posibilidad de ser tenida en cuenta por el juzgador a la hora de determinar la voluntad de las partes al regular una materia en la forma en que aparece, STS de 15 de mayo de 2004, I.L. J 430: “la comisión paritaria del convenio colectivo no debe confundirse con la comisión negociadora, pero, dada su composición, encarna en sus informes la opinión de la parte económica y de la social en el ámbito del convenio, y si bien su criterio no puede prevalecer sobre el que puedan formarse los órganos jurisdiccionales que conozcan del asunto en la interpretación de cláusulas convencionales, puede ser un elemento a tomar en consideración para constatar la verdadera voluntad de las partes”.

Los acuerdos tomados por la comisión paritaria en el ejercicio de sus competencias de interpretación y administración del convenio colectivo no se confunden con éste. Por lo tanto, no podrán ser combatidos “por el cauce del art. 161 LPL, que el legislador ha reservado para la impugnación de los convenios colectivos”. La modalidad procesal adecuada para atacarlos “es la de conflicto colectivo prevista en los arts. 151

## VIII. Negociación Colectiva

y siguientes” de dicho Texto legal, en la que podrá declararse la nulidad del acuerdo si es que la comisión paritaria lo ha adoptado “traspasando sus límites competenciales”. De ser así, “el pronunciamiento judicial que recaiga (...) no deberá publicarse en el Boletín oficial, (...) porque tal publicidad queda reservada por el art. 164.3 LPL” para “las sentencias anulatorias, en todo o en parte, de un convenio colectivo previamente publicado”. Concurra la aludida extralimitación de las funciones de administración del convenio cuando el acuerdo tomado implica el ejercicio de una función normativa o de modificación de aquél, no prevista en él, como sucede si, estando facultada para estudiar y proponer ciertas modificaciones del contenido del convenio, procede a introducir las directamente (STS de 20 de mayo de 2004, I.L. J 542).

### B) Por los Tribunales laborales

El conocimiento de los hechos directa e inmediatamente y, por lo tanto, el haber podido constatar, al escuchar su relato, cuál fue la intención de los contratantes, llevan a que la interpretación del convenio realizada por el juzgador *a quo* deba prevalecer sobre la postulada por el recurrente, salvo que aparezca que aquél ha incurrido en evidente equivocación o que su interpretación no sea racional ni lógica o revele infracción de las preceptos que rigen la actividad interpretativa (SSTS de 11, 15 y 19 de mayo de 2004, I.L. J 429, 430 y 496).

Sobre un supuesto en que la interpretación literal de los términos del convenio colectivo cede a la resultante de atender a la intención de los contratantes, a los antecedentes de la cláusula interpretada y a los actos coetáneos y posteriores (no se encuentran en “situación pasiva”, a efectos del percibo de la indemnización contemplada en el art. 24.6.1 del Acuerdo marco para el personal de Tabacalera, SA y Logista, SL, los trabajadores que hubiesen cesado en la empresa en virtud de un expediente de regulación de empleo y pasado a la situación de “prejubilados”), SSTS de 19 de enero, 26 de marzo y 5 de abril de 2004, I.L. J 27, 66 y 448, las tres dictadas en casación para la unificación de doctrina.

JAVIER GÁRATE



**IX. SEGURIDAD SOCIAL****Sumario:**

- 1. Fuentes. 2. Campo de aplicación del sistema. 3. Encuadramiento. 4. Gestión.**
- 5. Financiación. 6. Cotización. 7. Recaudación. 8. Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.** A) Concepto de accidente. B) Indemnización y fecha de su aplicación.
- 9. Régimen económico, garantías y responsabilidades en materia de prestaciones.**
- 10. Asistencia sanitaria.** A) Dinámica de la prestación. B) Reintegro de gastos sanitarios.
- 11. Incapacidad temporal.** A) Dinámica de la prestación. B) La incapacidad temporal en 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.
- C) Intereses. D) Sentencia. E) Recursos. F) Costas.

**1. FUENTES**

No existe jurisprudencia en la materia.

**2. CAMPO DE APLICACIÓN DEL SISTEMA**

No existe jurisprudencia en la materia.

**3. ENCUADRAMIENTO**

En la STS de 7 de mayo de 2004, I.L. J 484, se plantea si ha de estar encuadrado en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social el administrador único de una sociedad de responsabilidad limitada que es titular de más de un 90 por ciento de las participaciones sociales, cuando el referido cargo está contemplado en los estatutos sociales como no remunerado. Al respecto y conforme a las previsiones de la actual Disposición Adicional Vigésima Séptima de la LGSS, en la que se formulan los distintos supuestos de inclusión obligatoria de los administradores sociales en el RETA, se determina al igual que en sentencias anteriores del mismo tribunal, que la situación de cargo societario con carácter no remunerado no impide que se considere que la actividad se llevaba a cabo a “título lucrativo”. Esta última expresión resulta más amplia que la de

“servicios retribuidos”. Al respecto se recuerda que cuando se dispone del control de la sociedad mercantil con la mitad o más de su capital y lleva a cabo en ella funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador se entiende que esa actividad está encaminada a la obtención de beneficios, que de hecho se obtienen, no como retribución directa, sino como atribución patrimonial propia de la actividad empresarial. Por todo ello, se dan en el caso los requisitos de la Disposición Adicional Vigésima Séptima de la LGSS para la obligatoria inclusión en el RETA

#### 4. GESTIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

#### 5. FINANCIACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

#### 6. COTIZACIÓN

Cálculo del período de carencia de la pensión de incapacidad permanente total. La asimilación del art. 4.4 del RD 1799/1985 por la que se computan los días que resten para agotar el período de incapacidad temporal para calcular el período de carencia de la pensión de incapacidad permanente sólo se aplica si el trabajador ha estado previamente en situación de incapacidad temporal. Con anterioridad a la modificación operada por el Real Decreto 4/1998, el art. 4.4 del RD 1799/1985, de 2 de octubre, dictado en aplicación de la Ley 2/1985, de 31 de julio, señalaba que “en el caso de trabajadores que no hayan llegado a agotar el período máximo de duración señalado para la situación de incapacidad laboral transitoria, incluida su prórroga, los días que falten para agotar dicho período se asimilarán a días cotizados a efectos del cómputo del período mínimo de cotización exigido para causar derecho a la pensión de invalidez permanente”. En este sentido, numerosas sentencias –SSTS de 26 de marzo de 1997, de 22 de septiembre de 1997, de 5 y 6 de marzo de 1998 y 18 de enero de 1999– en interpretación extensiva de lo dispuesto en dicho artículo entendían que debía computarse en su integridad el período de incapacidad total a efectos de determinar el período mínimo de carencia de la incapacidad permanente cuando el trabajador que solicitase dicha pensión no hubiese hecho uso del mismo, bien por partir de una situación de desempleo involuntario, porque lo hubiera agotado previamente o por cualquier otra razón. En la **STS de 3 de febrero de 2004**, I.L. J 138, el Tribunal Supremo entiende que tal interpretación no es posible tras su modificación del RD 4/1998 pues de la nueva literalidad del art. 4.4 se desprende que dicho cómputo sólo es posible “en el caso de trabajadores que, encontrándose en situación de incapacidad temporal o prórroga de sus efectos, no hayan llegado a agotar el período máximo de cotización de la misma”. Entiende el Tribunal Supremo que la nueva

## IX. Seguridad Social

regulación reglamentaria es más restrictiva en tanto que exige como requisito previo para efectuar dicho cómputo la exigencia de encontrarse en situación de incapacidad temporal. En el caso la demandante, a la que había dado la razón el Tribunal Superior de Justicia, no había partido de una situación previa de incapacidad temporal ni concurrían circunstancias excepcionales (así lo entendió la STS de 18 de enero de 1999 en un supuesto en que el afectado de esquizofrenia aun hallándose enfermo no solicitó su baja por no reconocer su mal). El Tribunal Supremo da la razón al INSS y se impone, en consecuencia, esta nueva interpretación. En igual sentido, la **STS de 10 de marzo de 2004**, I.L. J 248.

Responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones de Seguridad Social por impago de cotizaciones. Sólo se computan los descubiertos de cotización anteriores al hecho causante pero no los posteriores. La **STS de 11 de febrero de 2004**, I.L. J 151, reitera la doctrina de la STS de 24 de marzo de 2001 y sostiene que para valorar la gravedad del incumplimiento empresarial debe tomarse como fecha relevante la del accidente de trabajo en orden a la cobertura y a la incidencia que en la misma pudieran tener los incumplimientos empresariales. Partiendo de este criterio, el Tribunal Supremo entiende que no deben ser tenidos en cuenta los incumplimientos posteriores a tal fecha de cara a valorar la entidad de los descubiertos de cotización.

Aplicación de la *prorrata temporis* en el cálculo del porcentaje de la pensión aplicable a la base reguladora. Cómputo de las cotizaciones ficticias derivadas de la escala de abono de años de cotización por edad a uno de enero de 1970 para calcular la prestación española conforme a lo previsto en el art. 46.2 del Reglamento 1408/1971. El demandante, afiliado al Régimen Especial de Trabajadores del Mar, solicitó la pensión de jubilación tras haber desarrollado su vida profesional en España y Bélgica. El beneficiario impugnó la resolución del INSS por discrepar de la cuantía de la base reguladora y por entender que no era correcta la *prorrata temporis* a la Seguridad Social española del 21,40 por ciento. El actor recurre ante el Tribunal Supremo en unificación de doctrina por los dos motivos de impugnación citados. La **STS de 8 de marzo de 2004**, I.L. J 242, en relación al cálculo de la base reguladora, desestima su pretensión porque entiende que no existe contradicción con la sentencia aportada de contraste. En dicha sentencia se aplicaba el Convenio Hispano-Holandés y se entendió que la base reguladora se calculaba dividiendo por veintiocho la suma de bases de cotización del trabajador durante un período ininterrumpido de veinticuatro meses y consideró que la falta de bases de cotización debían rellenarse con las cotizaciones realizadas en los Países Bajos. Entiende el Tribunal Supremo que no se aprecia contradicción con el supuesto enjuiciado puesto que le es aplicable el Convenio entre España y Bélgica y ello aun resultando idéntico su contenido con el Convenio Hispano-Holandés. En relación a la segunda pretensión, el Tribunal Supremo confirma lo que ya es una doctrina consolidada –entre otras, por las SSTS de 26 de junio de 2001, de 9 de octubre de 2001, de 15 de noviembre de 2001, de 28 de mayo de 2002, de 21 de octubre de 2002, de 13 de noviembre de 2002, de 16 de mayo de 2003– según la cual “la expresión período de ‘seguro’ que utiliza tanto el apartado a) como b) del número 2 del art. 46 del Reglamento 1408/1971 designa, según el apartado r) del art. 1 del mismo Reglamento, los períodos de cotización, empleo o de actividad por cuenta propia, tal como se definen o admiten como períodos de seguro por la legislación bajo

la cual han sido cubiertos o se consideran como cubiertos, así como todos los períodos asimilados en la medida que sean reconocidos por esta legislación como equivalentes a los períodos de seguro”. En consecuencia, para calcular la prestación española conforme a lo previsto en el art. 46.2 del Reglamento 1408/1971, las cotizaciones reconocidas por la aplicación de la escala de abono de años de cotización por edad a uno de enero de 1970 (Decreto 1867/1970, de 9 de julio, Disposición Transitoria Tercera), son cotizaciones que se asimilan a las efectivamente abonadas para un determinado período de la carrera del seguro del trabajador.

Responsabilidad empresarial en supuesto de infracotización. Exclusión indebida de las dietas de la base de cotización. El empresario responde por la diferencia en el cálculo de la pensión de jubilación una vez computadas las dietas en la base reguladora. En el supuesto planteado en la **STS de 19 de marzo de 2004**, I.L. J 278, el empresario retribuía a sus trabajadores bajo la denominación de dietas, con remuneraciones de naturaleza salarial periódica, tal como se apreció en la Inspección de Trabajo. El Tribunal Supremo hace recaer en la empresa la responsabilidad proporcional en correspondencia con la dimensión del incumplimiento en materia de cotización. En consecuencia, le imputa de forma directa la responsabilidad en el pago de la pensión consistente en la diferencia habida entre la reconocida por la entidad gestora y la que resulta de incluir en la base reguladora las cantidades correspondientes al concepto indebidamente denominado “dietas” por el que no cotizó la empresa.

Requisito de hallarse al corriente del pago en el RETA. En caso de descubierto, la fecha de aplazamiento del pago de las cuotas no determina el devengo de la prestación y sí que lo determina, por el contrario, el momento en que se ingresen la totalidad de las cuotas pendientes. En el caso enjuiciado al trabajador del RETA le fue reconocida una pensión de incapacidad permanente total si bien, al no hallarse al corriente del pago de las cuotas, el INSS condicionó el abono de aquella prestación al pago de tales descubiertos dentro del plazo de treinta días. El actor no ingresó las cuotas pendientes en ese plazo y le fue concedido un aplazamiento del pago de la deuda. El actor solicitó al INSS el abono de la prestación con efectos económicos desde la fecha en que fue autorizado el aplazamiento, dicha pretensión fue denegada. El Tribunal Superior de Justicia estimó la pretensión del actor y contra dicha sentencia el INSS plantea el recurso de casación que ha sido estimado en la **STS de 7 de mayo de 2004**, I.L. J 427. El Tribunal Supremo parte en sus argumentaciones del art. 28 del Real Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, donde se prevé la subsanación del incumplimiento del requisito de hallarse al corriente del pago en las cotizaciones si el trabajador autónomo ingresa las cuotas pendientes en el plazo de treinta días de manera que se le considerará al corriente en el pago. Añade otra regla, según la cual si el pago de la deuda se realiza pasado dicho plazo, la prestación se concederá a partir del día primero del mes siguiente a aquel en que tuvo lugar el pago. Los arts. 42.3.b) y 22 del Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, equiparan el reconocimiento de aplazamiento del pago a ser considerado el deudor “al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social” respecto de las deudas aplazadas en orden a la obtención de ciertos beneficios (bonificaciones, exenciones, etc.)”. El Tribunal Supremo

## IX. Seguridad Social

no cree que la concesión de aplazamiento prevista en estas normas equivalga al cumplimiento de hallarse al corriente el pago como requisito para cobrar la pensión pues dichos preceptos sólo contemplan la equiparación a efectos de la concesión de ciertos beneficios. El Tribunal Supremo concluye que el cobro de la prestación sólo se devengará a partir del pago efectivo de la deuda.

### 7. RECAUDACIÓN

La jurisprudencia dictada en el período estudiado hace referencia al período a aplicar para el reintegro de prestaciones indebidamente percibidas y, a este respecto, sigue la línea jurisprudencial anterior según la cual tan sólo es posible aplicar la doctrina jurisprudencial de la equidad a las prestaciones percibidas con anterioridad al 1 de enero de 1998 (STS de 30 de enero de 2004, I.L. J 14 y STS de 19 de enero de 2004, I.L. J 25).

### 8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

#### A) Concepto de accidente

Tal como señala la STS de 30 de enero de 2004, I.L. J 184, dentro del concepto de accidente de trabajo se incluyen determinadas enfermedades cardíacas o cerebrales de súbita aparición, surgidas en el puesto de trabajo. El hecho de que el traslado al hospital se produzca desde el mismo centro de trabajo e inmediatamente a continuación de surgir los síntomas, constituye una secuencia temporal todavía más favorable a la aplicación de la presunción legal del art. 115.3 LGSS.

#### B) Indemnización y fecha de su aplicación

La STS de 19 de enero de 2003, I.L. J 18, señala que la regla general para establecer el momento relevante en cuanto a 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, tal como se viene reiterando por el Tribunal Supremo (SSTS de 25 de junio de 2001, 4 de octubre de 2001, 16 de junio de 2002 y 24 de marzo de 2003). Sin embargo, cuando se trata de una mejora voluntaria que contiene una regulación específica —en orden a fijar el momento en que se tiene por establecida la cobertura o en el que ha de determinarse el régimen de aplicación—, tal regulación tiene que prevalecer si no se opone a una norma de superior rango, y en el presente caso la cláusula contenida en las dos pólizas no ofrece la menor duda sobre cuál ha sido la voluntad de las partes para establecer la cobertura en el momento del reconocimiento administrativo o judicial de la situación protegida (con exclusión del de la actualización de la contingencia).

Para la STS de 2 de febrero de 2004, I.L. J 196, una vez analizada la posibilidad de aplicar el art. 1101 del Código Civil, se optó por la resolución negativa, valorando las circunstancias concurrentes y el modo en el que accidente de trabajo tuvo lugar (no apreciando

la conducta imprudente o negligente del empresario, necesaria para hacerle responsable de la indemnización de los daños). No se presentan pruebas sobre la conducta culposa de los demandados, por lo que no apareciendo demostrada tal conducta, no cabe conceder la indemnización reparadora solicitada. También puede consultarse la STS de 16 de marzo de 2004, I.L. J 230.

En cuanto al momento del cómputo de la prescripción de la acción de indemnización por daños y perjuicios, la STS de 20 de abril de 2004, I.L. J 342, señala que comienza el día en que el demandante conoce la resolución de declaración de invalidez, cuando el beneficiario tiene un cabal conocimiento de las secuelas del accidente y de las mermas que tales secuelas producen, tanto en su capacidad de ganancia como en su patrimonio biológico.

## **9. RÉGIMEN ECONÓMICO, GARANTÍAS Y RESPONSABILIDADES EN MATERIA DE PRESTACIONES**

No existe jurisprudencia en la materia.

## **10. ASISTENCIA SANITARIA**

### **A) Dinámica de la prestación**

Según la STS de 16 de febrero de 2004, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, I.L. J 144, la responsabilidad de la Seguridad Social respecto de las “prótesis especiales”, como puede ser la estructura endoesquelética para prótesis femoral, sólo alcanza a la concesión de ayudas económicas en los casos y según los baremos que reglamentariamente se establezcan.

En la STS de 9 de febrero de 2004, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, I.L. J 150, la cuestión de fondo consiste en determinar si el Servicio Andaluz de Salud puede regularizar de oficio y reclamar los correspondientes cobros indebidos a quienes venían percibiendo a cargo de la Entidad complementos o mejoras de pensión de jubilación en su condición de Personal Estatutario de la Seguridad Social. Para el Tribunal Supremo, estamos ante una mejora voluntaria empresarial que avala su actuación.

### **B) Reintegro de gastos sanitarios**

En la STS de 25 de marzo de 2004, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, I.L. J 247, la cuestión debatida es la procedencia del reintegro de gastos derivados de un tratamiento médico, en un centro oftalmológico privado de un pensionista afiliado a la Seguridad Social. Según la sentencia el beneficiario se colocó voluntariamente fuera del sistema de la Seguridad Social, no constituyendo petición de

## IX. Seguridad Social

autorización lo informado en el servicio de oftalmología del hospital privado, pues ello no es un acto administrativo, vinculante para la Administración. Por tanto, si no se pidió autorización, tampoco existió denegación de una prestación debida, máxime cuando la técnica ni tan siquiera se aplica con carácter experimental. La asistencia sanitaria debida por la Seguridad Social tiene unos límites, sin que pueda constituir el contenido de la acción protectora del sistema la aplicación de aquellos medios no accesible ni disponibles en la sanidad española.

### 11. INCAPACIDAD TEMPORAL

#### A) Dinámica de la prestación

Según la STS de 19 de enero de 2004, I.L. J 60, en el caso de cambio de Mutua aseguradora durante la percepción del subsidio de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, la nueva Mutua es la que debe hacer frente al pago de las cantidades devengadas desde la fecha del cambio.

Según la STS de 2 de febrero de 2004, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, I.L. J 70, 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, establecida en el art. 128.1.a) de la LGSS, 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. Ello 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, sino que además se halle dentro del sistema de la prestación.

La STS de 26 de enero de 2004, I.L. J 311, insiste en la falta de responsabilidad subsidiaria del INSS en el pago de las prestaciones de incapacidad temporal por contingencias comunes cuando el riesgo está asegurado con una Mutua y el empleador ha sido declarado responsable directo del abono de la prestación.

Según la STS de 30 de abril de 2004, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, I.L. J 341, cabe el derecho al subsidio de incapacidad temporal en un segundo proceso, habiéndose agotado el período máximo en el primero, aunque no hayan transcurrido seis meses de cotización entre uno y otro, pues lo único que exige la normativa es que se reúna en la fecha del hecho causante del nuevo proceso la carencia de 180 días en los últimos cinco años.

Según la STS de 24 de mayo de 2004, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, I.L. J 440, no cabe el devengo de salarios de tramitación cuando el trabajador despedido se encuentra en situación de incapacidad temporal durante el período que va desde el despido hasta la fecha de notificación de la sentencia.

La STSJ de Andalucía de 27 de enero de 2004, I.L. J 570, establece, siguiendo consolidada doctrina del Tribunal Supremo, que corresponde a la Entidad Gestora de la Seguridad Social el abono de las prestaciones económicas derivadas de la incapacidad temporal cuando ésta se ha producido durante el período en que el trabajador tiene derecho al percibo de salarios de tramitación por despido nulo o improcedente, solución que es asimismo aplicable y con idéntica razón a los supuestos en que la incapacidad temporal se haya iniciado antes de la fecha del despido.

### **B) La incapacidad temporal en regímenes especiales**

La STS de 7 de abril de 2004, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, I.L. J 343, señala que no es causa de denegación de la prestación por incapacidad temporal en el Régimen General el hecho de mantenerse en alta en el RETA si durante el período de baja no se presta ningún trabajo efectivo por cuenta propia.

La STS de 26 de abril de 2004, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, I.L. J 394, insiste en que es requisito indispensable para el reconocimiento del derecho a la prestación económica por incapacidad temporal que el trabajador por cuenta propia se halle al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social. No procede por tanto el devengo de la prestación si en la fecha de la baja el trabajador adeudaba las cuotas correspondientes a 3 meses de 2001, y ello aunque éstas fuesen abonadas en el año 2002 tras efectuarse el requerimiento de pago.

En la STS de 4 de mayo de 2004, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, I.L. J 504, la cuestión que se plantea consiste en determinar si tiene derecho a la prestación de incapacidad temporal un trabajador autónomo que en el momento del hecho causante no estaba al corriente en el pago de las cotizaciones y que solicitó y obtuvo aplazamiento de pago de las cuotas pendientes después de la fecha del hecho causante. El Tribunal Supremo entiende que no, puesto que para producir la consecuencia de equiparación del requisito “al corriente” a efectos de reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social, la concesión del aplazamiento de pago ha de producirse con anterioridad a la fecha del hecho causante de la prestación y no después.

## **12. MATERNIDAD**

Según la STJCE de 30 de marzo de 2004, I.L. J 303, corresponde a las autoridades nacionales competentes teniendo en cuenta la Directiva 92/85 y el derecho comunitario, el modo en que cualquier aumento de salario que se produzca antes del permiso de maternidad o durante este permiso, deba integrarse en los conceptos salariales que se utilizan para calcular el importe de la retribución percibida por la trabajadora durante dicho permiso.

Para la STJCE de 18 de marzo de 2004, I.L. J 305, cuando un país miembro haya optado por una duración de las vacaciones más larga que la mínima establecida por la Directiva

## IX. Seguridad Social

93/104, a las mujeres que hayan estado en permiso por maternidad no se les podrá aplicar la duración mínima sino que habrá que respetarles el disfrute de las vacaciones más largo.

Para la **STS 22 de mayo de 2004**, I.L. J 439, el nacimiento del derecho nace automáticamente por la presentación de los partes de baja, siendo aplicable la reiterada jurisprudencia reconocedora del principio de automaticidad en el reconocimiento de la prestación de incapacidad temporal con la simple presentación de la baja.

Según la **STS de 3 de mayo de 2004**, I.L. J 502, como en el momento en el que la trabajadora no estaba en vigor el RD 1251/2001, la existencia del documento-informe oficial de maternidad es fundamental para permitir la aplicación de la automaticidad en la prestación por maternidad.

En la **STS de 11 de mayo de 2004**, I.L. J 528, la trabajadora había estado en situación de incapacidad temporal y pasó después, sin solución de continuidad, a disfrutar del permiso por maternidad teniendo que calcularse, en este caso, la base reguladora dividiendo el importe de la base de cotización durante el mes anterior al inicio de la prestación por maternidad por el número de días a que dicha cotización se refiere y no por el número de días naturales como pretendía el INSS.

### 13. RÉGIMENES ESPECIALES

#### Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos

La **STS de 20 de enero de 2004**, I.L. J 188, analiza el supuesto de una trabajadora por cuenta propia que agotó el plazo máximo de Incapacidad Temporal y diez meses después le fue denegada la Incapacidad Permanente. Durante la demorada calificación de la Incapacidad solicitada se discutía si la trabajadora debía seguir en alta en el RETA, afirmándose por el Tribunal Supremo que la baja de oficio en el RETA acordada por la TGSS es correcta, ya que en este caso la trabajadora se hallará en situación asimilada al alta, siendo correcta la decisión de la TGSS de darla de baja en dicho régimen, y sin que ello perjudique la protección otorgada, y excluyéndose así la obligación de cotizar (salvo que el trabajador desee seguir haciéndolo).

La **STS de 7 de mayo de 2004**, I.L. J427, reitera la doctrina aplicada —entre otras— en las **SSTS de 4 de mayo de 2004**, I.L. J 504, y **24 de mayo de 2003**, I.L. J 1290, en el sentido de que si se solicita y se obtiene un aplazamiento de pago de las cotizaciones adeudadas con posterioridad al hecho causante, no por ello el interesado cumple con el requisito de hallarse al corriente de pago; ya que deben diferenciarse dos supuestos: a) si el aplazamiento se solicitó antes de causarse la prestación, el art. 22 de la Orden de 26 de mayo de 1999 hace equivalente el aplazamiento concedido con “hallarse al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social respecto de las deudas aplazadas”, y b) si el aplazamiento se solicita con posterioridad al hecho causante, una vez formulada la invitación al pago de las cuotas atrasadas, el art. 28 del Decreto 2530/1970, de 20 de

agosto, únicamente contempla la posibilidad de que el pago sea dentro de los 30 días de gracia concedidos, sea con posterioridad, no pudiéndose hacer equivalentes el tardío aplazamiento solicitado con el pago efectivo de lo adeudado.

La STS de 12 de mayo de 2004, I.L. J 472, reitera lo ya manifestado en la STS de 10 de febrero de 2003, I.L. J 81, por la que declaró la nulidad de los arts. 10.3 y 13.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, regulador del RETA. Para comprender la citada sentencia referida a unos artículos que fueron derogados hace ya nueve años debe contemplarse el hecho de que la citada sentencia trae causa de una reclamación económico-administrativa planteada en 1992 (es decir, hace doce años); por ello, parte de la STS comentada se dedica a argumentar que aunque pueda considerarse que se ha producido una desaparición sobrevenida del objeto del recurso, puede ser útil o conveniente reiterar la doctrina correcta que en suma es: a) desde el punto de vista constitucional es legítimo que el legislador prevea consecuencias para quienes no cumplen las obligaciones formales de notificar el fin de su actividad, dada la repercusión que tienen las notificaciones tardías en la gestión del sistema; y b) desde la legalidad ordinaria, un texto reglamentario no podía establecer la pervivencia de la obligación de cotizar hasta que no se notificase formalmente el final de la actividad que determina la inclusión en el RETA, dado que la LGSS anuda el encuadramiento y la cotización en el RETA al desempeño efectivo de una actividad como trabajador autónomo.

### Régimen Especial del Mar

La STS de 30 de abril de 2004, I.L. J 338, reitera la doctrina ya manifestada en las STS de 9 de noviembre de 2001, I.L. J 2321, 21 de enero de 2002, I.L. J 33, 28 de mayo de 2002, I.L. J 1140, 3 de diciembre de 2002, I.L. J 2586, y 14 de febrero de 2003, I.L. J 337, en el sentido de que para el cálculo de la jubilación deben aplicarse los coeficientes reductores de la edad pensionable computando todos los períodos de trabajo realizados a bordo de un buque, incluidos los abanderados en otro Estado con el que exista un Convenio de Seguridad Social, y prescindiendo de si se opta o no por aplicar el principio de prorrata de la Base reguladora, ya que el art. 2 de la Orden de 17 de noviembre de 1983 no realiza ninguna exclusión adicional.

La STS de 15 de mayo de 2004, I.L. J 491, reitera la doctrina expresada en la STS de 9 de octubre de 2001, I.L. J 491, y otras posteriores que se citan en la sentencia comentada, en el sentido de que la determinación del porcentaje que debe pagar la Seguridad Social española, en el caso de prestaciones a las que se aplica el principio de *prorrata temporis*, debe hacerse exclusivamente a partir de las cotizaciones reales, esto es, no deben computarse para la prorrata las cotizaciones ficticias derivadas de la reducción en la edad de jubilación por el desempeño de determinadas tareas en un buque.

### 14. INFRACCIONES Y SANCIONES

En la STS de 27 de abril de 2004, I.L. J 449, se unifica la doctrina con relación a la revocación judicial de la sanción en los casos en que el órgano jurisdiccional mantenga la calificación de la falta. El núcleo de la controversia se encuentra en dilucidar si los órganos judiciales tienen la potestad de imponer una sanción inferior en el caso que mantengan la calificación de la conducta objeto de sanción. La única posibilidad que el Juez tiene de revisar la sanción impuesta es la que ofrece el art. 115.1.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, esto es, revocar la sanción cuando la falta cometida no haya sido adecuadamente calificada. Si el juez mantiene la calificación de la sanción pero impone un correctivo distinto está emitiendo un juicio de valor que descalifica el cuadro normativo sancionador, pues está expresando que algunas sanciones previstas para un nivel de gravedad son excesivas y no pueden ser utilizadas por el empresario, es evidente que un juicio de tales características sobrepasa las potestades que el ordenamiento otorga al Juez

Según la STS de 6 de abril de 2004, I.L. J 463, en los casos en que se haya producido un accidente de trabajo concurriendo con el incumplimiento del empresario de la obligación de adoptar medidas de seguridad, una conducta imprudente del trabajador, lo que hay que tener en cuenta es si lo determinante es la falta de medidas de seguridad. No es conforme a derecho prescindir del dato de que concurriese una imprudencia del trabajador accidentado; debe tenerse en cuenta, al menos cuando haya sido alegado por las partes. Esto no implica necesariamente que el principio de proporcionalidad deba ser estimado; si la imprudencia del trabajador constituye un elemento de notable importancia en el nexo de causalidad entre los hechos y la lesión producida, entonces procederá plantearse la posibilidad de ponderar la cuantía de la sanción por la imprudencia del trabajador; cuando lo determinante para el riesgo de lesión sea la falta de adopción de medidas de seguridad, es decir, el riesgo de lesión existía aun sin imprudencia del trabajador, entonces no procederá ponderar tal cuantía.

### 15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

#### A) Competencia e incompetencia de la jurisdicción social

Según la STS de 5 de febrero de 2004, I.L. J 77, la jurisdicción laboral es competente en relación a la pensión de jubilación de un sacerdote secularizado –particularmente en lo que respecta a las deducciones para completar el capital coste de renta y por gastos de gestión en el cálculo y exacción de dicho capital–. La fracción del capital coste que mensualmente se descuenta y los gastos de tramitación, igualmente detraídos, son conceptos inescindibles, fruto de una decisión única del ente gestor, de carácter prestacional. En este sentido, pueden verse también las SSTs de 24 de marzo de 2004, I.L. J 291, y de 20 de abril de 2004, I.L. J 358.

Para las SSTs de 7 de abril de 2004, I.L. J 330, y de 7 de abril de 2004, I.L. J 331, la jurisdicción laboral resulta incompetente para conocer de la declaración de la existencia

de obligación de cotizar y determinar el importe de la cotización. Ambos supuestos se incluyen en la gestión recaudatoria de las cotizaciones.

Completando lo anterior, la **STS de 30 de enero de 2004**, I.L. J 186, señala que la gestión recaudatoria [que se excluye de la competencia del orden social ex art. 3.1.b) LPL] no se limita, cuando se refiere a las cotizaciones, a su sentido estricto (es decir, a la actividad encaminada a hacer efectivo el cobro de la deuda ya declarada y fijada en su importe), sino que alcanza 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. También pueden consultarse las **SSTS de 20 de abril de 2004**, I.L. J 353, y de **7 de mayo de 2004**, I.L. J 499.

También la **STS de 16 de abril de 2004**, I.L. J 400, excluye la competencia del orden social en un supuesto de recaudación. El Tribunal Supremo recuerda que la acepción amplia de recaudación contenida en el art. 18 LGSS permite comprender en la exclusión competencial tanto la impugnación de las actas de liquidación de la Inspección de Trabajo como, en general, toda la gestión de la recaudación en el período voluntario. No es conveniente, por tanto, separar la actividad de cobranza y la actividad de determinar si la cobranza fue indebida, asignando a órdenes jurisdiccionales diversos lo que participa de una única y real naturaleza. Por tanto, se aplicará el principio de unidad de ámbito de la jurisdicción, tal como ya señalase la **STS de 20 de julio de 1990**. En este mismo sentido, la **STS de 26 de abril de 2004**, I.L. J 414, recuerda que la aplicación de la doctrina anterior conduce a declarar de oficio la competencia de la jurisdicción social para conocer de las cuestiones planteadas –la cuestión sobre el derecho a permanecer en alta durante todo el tiempo que dure la prestación de servicios y la materia de gestión recaudatoria–. También puede consultarse la **STS de 7 de abril de 2004**, I.L. J 486.

## **B) Reclamación administrativa previa**

Tal como señala la **STS de 24 de marzo de 2004**, I.L. J 239, la falta de reclamación previa acarrea la apertura del trámite en el que se concede un plazo de cuatro días al interesado/beneficiario para la subsanación de la omisión. El incumplimiento del precepto por el órgano judicial determina la nulidad de las actuaciones practicadas y seguidas a partir de la presentación de la demanda, con reposición del procedimiento a tal momento procesal de la misma.

## **C) Intereses**

Para la **STS de 10 de febrero de 2004**, I.L. J 141, la constitución del capital coste, con los intereses si procedieren, libera plenamente de su obligación y responsabilidad a la Mutua que lo constituye. Por ello, ni la Mutua está obligada al pago directo e inmediato de la pensión, prestación que de llevarse a cabo no la liberaría de su responsabilidad, sino a la

constitución de un capital que la libera plenamente de sus responsabilidades, por lo que nunca le es aplicable en las prestaciones periódicas vitalicias el art. 921 de la LEC. Esta conclusión no se opone a lo resuelto por la STS de 9 de diciembre de 1992 de admitir los intereses del art. 921 LEC en las condenas a las Mutuas de abonar una cantidad a tanto alzado, pues en estos casos la condena de la prestación afecta directa e inmediatamente a la Mutua. Vid., también, la STS de 18 de marzo de 2004, I.L. J 241.

### D) Sentencia

La STC de 10 de mayo de 2004, I.L. J 219, señala que la incongruencia omisiva o *ex silentio* es un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más, menos o cosa distinta de lo pedido. Partiendo de esta premisa, y pese a que no se citase el RD 1576/1990, de 7 de diciembre, las referencias citadas en fase de recurso unidas a las sucesivas ampliaciones de la demanda en la instancia y en la Sentencia recurrida, ponían de manifiesto al Tribunal *ad quem* la naturaleza terrorista del acto causante de la invalidez, circunstancia que de manera suficientemente apreciable se hizo constar en suplicación y que, en consecuencia, debió ser tomada en consideración por razones de congruencia. Otro supuesto de incongruencia omisiva lo encontramos en la STS de 29 de marzo de 2004, I.L. J 210, en el que se analiza un caso en el que se omite cualquier referencia a la petición del demandante, con lo que se infringe tanto el art. 24.1 CE como el art. 359 de la anterior LEC y el 218 de la actual. También en la STS de 12 de mayo de 2004, I.L. J 472, en la que el actor quería un pronunciamiento concreto sobre la legalidad de las disposiciones reglamentarias relativas a los efectos de las bajas en el RETA y el nacimiento y la obligación de cotizar, se da un supuesto de incongruencia omisiva, al haber ejercitado un recurso sin haber obtenido pronunciamiento alguno.

Señala la STS de 24 de marzo de 2004, I.L. J 265, que no ha lugar a la declaración de error judicial al que se le ha imputado la sentencia. Y ello porque el informe de vida laboral constituye un medio de prueba entre otros, a valorar por el juez con arreglo a la sana crítica, sin estar considerado en ningún precepto legal como elemento de convicción vinculante para el órgano jurisdiccional. Además, suponiendo que hubiese habido tal error, no puede considerarse que ello constituyese un error considerado como craso o palmario. En este sentido, también se pronuncia la STS de 27 de abril de 2004, I.L. J 374.

### E) Recursos

Según la STS de 26 de enero de 2004, I.L. J 90, no puede apreciarse la contradicción entre la sentencia impugnada y la sentencia de contraste, en la medida necesaria para estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina. De una parte, se reclama la devolución fundamentada en la extinción de las deudas por no reconocidas en el convenio de acreedores correspondiente a un procedimiento de suspensión de pagos. De otra, se alega que no queda acreditado el error de pago de hecho ni de derecho, sino que existe más bien una disconformidad en cuanto al momento de las liquidaciones

procedentes y pagos efectuados. Pues bien, tales argumentaciones no pueden entenderse que entren en suficiente contradicción con las sentencias de contraste.

Tampoco se estima la contradicción necesaria en la **STS de 11 de febrero de 2004**, I.L. J 142, ya que se da semejanza, pero no identidad, en las lesiones. En un caso se trata de hipoacusia coclear grave y en el otro de neurosensorial severa: en el supuesto de la sentencia recurrida, queda un margen de audición de aproximadamente el 20 por ciento, dato que no se recoge en la sentencia de contraste. Además, mientras en la sentencia recurrida consta que el actor puede utilizar la prótesis en el oído izquierdo y de forma no continua en el derecho, tal circunstancia no consta en la sentencia recurrida.

Según la **STS de 12 de abril de 2004**, I.L. J 462, tratándose de cuotas por débitos a la Seguridad Social, las cifras que deben tomarse en consideración –a los efectos del cálculo de la cifra de 3 millones de pesetas (18.030,36 euros) que prevé el art. 99.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, para admitir el recurso de casación por unificación de doctrina–, 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 de tiempo distintos. Vid., asimismo, las **STS de 21 de abril de 2004**, I.L. J 459, la **STS de 24 de marzo de 2004**, I.L. J 206, la **STS de 31 de marzo de 2004**, I.L. J 211, la **STS de 20 de abril de 2004**, I.L. J 458, la **STS de 18 de mayo de 2004**, I.L. J 467 y la **STS de 25 de mayo de 2004**, I.L. J 468.

La **STS de 26 de enero de 2004**, I.L. J 120, analiza las maneras de apreciar la afectación general en el recurso de suplicación. Sobre este tema, se señala que en el art. 189.1.b) LPL es necesario que las partes hayan alegado y probado la concurrencia de la afectación general. Se exceptúan de esta regla los casos de notoriedad o los casos en los que la cuestión debatida posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes. En el litigio objeto de estudio, se llega a la conclusión de que las cuestiones que en él se ventilan ponen en evidencia que las mismas afectan a un número muy elevado de trabajadores, puesto que se refieren a la responsabilidad del INSALUD (organismo que ha de abonar a los actores las cantidades que reclaman en la demanda) respecto a las cuotas de colegiación devengadas en período anterior a las transferencias sanitarias a la Comunidad Autónoma de Madrid. Sobre este mismo tema, pueden consultarse las **SSTS de 3 de octubre de 2003**, I.L. J 412, de **30 de enero de 2004**, I.L. J 40, de **30 de enero de 2004**, I.L. J 182, de **3 de febrero de 2004**, I.L. J 137; de **10 de febrero de 2004**, I.L. J 198; de **11 de febrero de 2004**, I.L. J 199; de **11 de febrero de 2004**, I.L. J 200; de **10 de marzo de 2004**, I.L. J 237; de **18 de marzo de 2004**, I.L. J 308; de **18 de marzo de 2004**, I.L. J 309; de **23 de marzo de 2004**, I.L. J 239; de **24 de marzo de 2004**, I.L. J 261; de **23 de marzo de 2004**, I.L. J 262; de **24 de marzo de 2004**, I.L. J 271; de **1 de abril de 2004**, I.L. J 313; de **1 de abril de 2004**, I.L. J 368; de **7 de abril de 2004**, I.L. J 327, y de **23 de abril de 2004**, I.L. J 364.

En la **STS de 10 de febrero de 2004**, I.L. J 153, abre la vía del art. 189.b) LPL –para los litigios que afectan a un gran número de trabajadores o de beneficiarios de la Seguridad Social–, aun cuando la cuantía litigiosa no haya alcanzado el mínimo exigi-

## IX. Seguridad Social

do de 1.803 euros, resolviendo sobre la base de la existencia de notoriedad de la afectación generalizada de la cuestión planteada –en un supuesto como el litigioso, en el que se debate el coeficiente reductor aplicable a la pensión de jubilación anticipada de los prejubilados de Telefónica–. Vid., asimismo, las SSTS de 25 de febrero de 2004, I.L. J 147, de 22 de abril de 2004, I.L. J 316, de 27 de abril de 2004, I.L. J 336, de 11 de mayo de 2004, I.L. J 423, de 17 de mayo de 2004, I.L. J 514 y de 22 de mayo de 2004, I.L. J 418. Por su parte, la STS de 28 de enero de 2004, I.L. J 181, señala que cabe el recurso de suplicación cuando concurre la afectación general, aunque la cuestión debatida haya sido resuelta en suplicación y aunque la cuantía litigiosa no exceda del importe de 1.803 euros, por lo que la inadmisión del recurso supone vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por el rechazo infundado de un recurso legal.

Sobre la cuantía de la caución para otorgar la suspensión de la resolución administrativa en el recurso de casación, la STS de 4 de febrero de 2004, I.L. J 94, concluye que el art. 129 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, conecta la adopción de medidas cautelares con la necesidad de asegurar la efectividad de la sentencia, efectividad que debe entenderse referida a la resolución que le ponga fin. Por ello, ha de estimarse parcialmente el recurso planteado por la entidad recurrente (colaboradora de la Seguridad Social), acogiendo la pretensión de reducción de la caución exigida hasta una cifra proporcionada con los intereses en juego en este mismo proceso. Por el contrario, no puede aceptarse la petición de ausencia total de toda caución, porque no existe ningún precepto legal que exonere a las Mutuas de prestar las cauciones necesarias para resarcir los perjuicios que pueda ocasionar la suspensión cautelar del cumplimiento de las obligaciones que le impongan las resoluciones judiciales, ni puede excusar de resultar posiblemente perjudicial a la causa pública un aplazamiento como el solicitado, si se tiene en cuenta que la desviación de los fondos que debieron ingresarse en el patrimonio de la Seguridad Social sí es susceptible de dañar el interés público que las prestaciones a cargo de la misma han de satisfacer.

En la STS de 25 de febrero de 2004, I.L. J 136, se desestima el recurso de revisión, debido a que el contenido del acta de la Inspección de Trabajo –sobre accidente de trabajo– ha estado siempre al alcance de las partes y de los órganos judiciales intervinientes, que en ningún caso ha sido objeto de retención y posterior conocimiento o recuperación. Se alega la falta de idoneidad del documento invocado, tal como se señala en la STS de 19 de abril de 2003, en la que se niega a las Actas de Infracción levantadas por la Inspección de Trabajo la consideración de documentos retenidos y recobrados, al poseer una antigüedad anterior a la celebración del juicio y por ser susceptibles de aportación por el interesado.

### F) Costas

Según la STS de 7 de mayo de 2004, I.L. J 511, sólo procede imponer costas al INSS cuando se aprecie temeridad en la actuación de dicho ente gestor, pues dicha entidad goza por Ley del beneficio de justicia gratuita. Ello no concurre en el caso de la sentencia recurrida, ya que del hecho de no abonar intereses al hacer el INSS la liquidación de

atrasos, o de aplicar descuentos en la liquidación de atrasos por incompatibilidad con otras prestaciones, no se deduce la existencia de temeridad imputada al INSS. También puede consultarse la STS de 25 de mayo de 2004, I.L. J 441.

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. C) Lesiones permanentes no invalidantes. **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 de familiares. C) Cuantía de las pensiones. D) Dinámica de la protección. E) Régimen de incompatibilidades.

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

## 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 16 de 2003 y 1 a 4 de 2004 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 2602 a 2761 y J 1 a 672).

### 1. DESEMPLEO

#### C) Nivel contributivo

##### b) Requisitos de acceso a la protección

En el caso planteado en la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 23 de enero de 2004, I.L. J 634, se resuelve un recurso planteado por el actor ante la denegación de la prestación por desempleo por entender que no se encuentra incluido en el ámbito de esta protección al no querer trabajar y siendo el último contrato simulado, con objeto de que le sea reconocida la prestación por desempleo.

El art. 208.1 LGSS recoge los supuestos en que un trabajador es considerado en situación legal de desempleo a efectos de la percepción de prestaciones del nivel contributivo. En el apartado f) del referido artículo se determina que se encuentra en situación legal de desempleo el trabajador por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, siempre que dichas causas no hayan actuado por denuncia del trabajador. Por tanto, la cuestión a dilucidar es si la causa referida se dio en realidad o si, por el contrario, no podemos tener en cuenta dicho contrato temporal celebrado por el actor con otra empresa, por considerar que el mismo encierra una finalidad fraudulenta, y por aplicación del art. 6, párrafo 4º, del Código Civil, no impide la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

Los actos realizados al amparo de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se consideran ejecutados en fraude de ley y no impiden la aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir. El fraude de ley es una de las modalidades de los actos nulos por infracción de normas imperativas, constituyendo en sí misma una sanción y como tal sanción ha de interpretarse restrictivamente, de modo que para su apreciación debe acreditarse la existencia de circunstancias o hechos que de forma inequívoca permitan afirmar la existencia de una clara e indiscutible voluntad de defraudar; el fraude de ley, por tanto, no puede basarse en meras suposiciones, sino en hechos plenamente acreditados deducidos del análisis de las circunstancias concretas de cada supuesto.

En este sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de julio de 2003, en la que unifica doctrina en esta materia diciendo textualmente que:

## X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

“La conclusión a la que se llega es la de que la formulación de una doctrina unificada es posible, en el sentido de declarar doblemente:

Que no existe precepto alguno que someta al trabajador, en los pleitos por desempleo, a justificar las razones por las que abandonó voluntariamente la anterior empresa; desde luego, ello no sería una consecuencia del viejo art. 1214 CC, ni del nuevo art. 217 LEC.

Que no cabe presumir, por la mera sucesión de contratos como los descritos, y sin ninguna circunstancia adicional relevante, la existencia de fraude. Ello sin perjuicio de que en casos en que concurran circunstancias especiales o significativas, sí quepa llevar a cabo una tal presunción.”

En definitiva, el Tribunal Supremo entiende que se han de tener en cuenta otras circunstancias, entre otras, por ejemplo, el contexto social en el que se mueven hoy día los trabajadores, que no excluye, razonablemente, que en una concreta relación laboral indefinida aparezcan momentos de crispación o desasosiego, que lleven al trabajador a abandonar voluntariamente su puesto de trabajo, y después, a aceptar el que se le ofrezca, aunque sea de naturaleza temporal, acuciado por las necesidades propias y de los suyos.

En base a este pronunciamiento del Tribunal Supremo, en el presente litigio, la Sala estima que el hecho de cesar el actor en su relación laboral por conclusión de un contrato de trabajo temporal eventual por circunstancias de la producción, para cinco días después celebrar un nuevo contrato de duración determinada no permite afirmar la existencia, sin ninguna duda razonable, de una clara voluntad de celebrar este segundo contrato con el específico ánimo de defraudar y obtener las prestaciones de desempleo.

Por todo ello la Sala entiende que falta la plenitud de la prueba de la intención fraudulenta de la nueva contratación, no quedando suficientemente acreditada la inexistencia de una efectiva prestación de servicios.

### c) Contenido y modalidades de la prestación

La cuestión que se suscita en la **STS de 5 de mayo de 2004**, I.L. J 425, se refiere a la posibilidad de causar derecho a la prestación de desempleo parcial como consecuencia del paso de un contrato a tiempo completo a un contrato a tiempo parcial, que se suscribe con la misma empresa a la terminación del anterior.

La sentencia recurrida había revocado la sentencia de instancia, que había reconocido la prestación y desestimado la demanda, porque consideraba que no se cumplía la exigencia de autorización administrativa para la reducción de jornada que contiene el art. 203 LGSS. Como sentencia de contraste se presenta un pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en la que se estima una pretensión sustancialmente igual, argumen-

tando que no es necesaria la autorización de la autoridad laboral, porque no estamos en un supuesto de una modificación del contrato de trabajo.

Con la nueva redacción del art. 203.2.2 LGSS la autorización resulta exigible por tener la necesaria cobertura legal, por más que pueda resultar escasamente coherente que se exija a efectos de Seguridad Social una autorización administrativa que no se requiere a efectos laborales. Sin embargo esta regulación no puede aplicarse en el presente caso, porque en el mismo no nos encontramos ante una reducción de jornada que se produce en el marco de un contrato de trabajo vigente, como modificación de una condición sustancial del mismo, sino ante un nuevo contrato que establece una jornada notablemente inferior a la que regía en otro contrato anterior ya extinguido con la misma empresa.

En supuestos como el del presente caso hay que tener en cuenta la regla del art. 221.1 LGSS que, después de establecer que la prestación o subsidio de desempleo serán incompatibles con el trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia, introduce la salvedad para el primero de que tal trabajo concurrente se realice a tiempo parcial y en este caso añade el precepto que “se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado”. La finalidad de esta norma es desalentar la aceptación de empleos a tiempo parcial por parte de los desempleados. Pero en realidad lo que se produce como consecuencia de la aplicación de esta regla es una cobertura específica del desempleo parcial dentro de una situación de desempleo total que se transforma desde el momento en que, disfrutando ya de la prestación o del subsidio, se encuentra un empleo a tiempo parcial.

En esta situación ya no tienen sentido las reglas del art. 203.3 LGSS sobre la necesidad de autorización administrativa y sobre el carácter definitivo de la reducción, porque la autorización administrativa no se puede exigir cuando la situación se origina con un nuevo contrato y lo mismo sucede con la limitación aplicable al carácter no permanente de la reducción en relación con una cobertura que por su naturaleza sólo está vinculada a la duración legal de la prestación. Esto es lo que sucede en el presente caso en el que es claro que, conforme al art. 221.1 LGSS, el trabajador hubiera podido causar derecho a la prestación de desempleo a tiempo completo por el cese del primer contrato y luego compatibilizar la prestación reconocida con la reducción prevista en aquel precepto con el nuevo empleo a tiempo parcial. Lo único que ha sucedido es que al no existir solución de continuidad entre las dos contrataciones, se ha seguido la vía de no solicitar el desempleo total por el cese en el primer contrato y recurrir al empleo parcial, diferencia que no debe llevar a la exclusión de la protección.

#### e) Supuestos especiales

El recurso de casación para la unificación de doctrina resuelto por la STS de 17 de mayo de 2004, I.L. J 500, tiene por objeto dilucidar si procede o no la pretensión de la actora de percibir la prestación por desempleo.

## X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

La actora tenía suscritos dos contratos temporales y a tiempo parcial con la misma empresa, sin embargo, estos contratos obedecían a distintas causas de temporalidad, siendo uno de interinidad por sustitución y el otro de eventualidad por acumulación de tareas.

No existe precepto alguno que impida esta contratación fraccionada con un mismo empleador, y únicamente dicha contratación podría ser tachada de ilegal cuando los contratos fueran concertados en fraude de ley, lo cual debe alegarse y probarse, cosa que no ocurrió en el presente caso.

Por tanto, el Tribunal Supremo entiende que admitida la posibilidad legal de la contratación plural, no cabe duda que la extinción de uno de los contratos, por la expiración del término pactado, ha de dar lugar a la percepción de la prestación contributiva, de conformidad con lo previsto en el art. 208.1.f) LGSS, sin que sean de aplicación las previsiones legales en orden a los supuestos de reducción de jornada a que se refiere el art. 203.3 LGSS.

### D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo

#### a) Requisitos generales

La cuestión debatida en el recurso de casación para la unificación de doctrina resuelto en la **STS de 20 de enero de 2004**, I.L. J 28, es la de si, a efectos del subsidio por desempleo, han de considerarse rentas de cualquier naturaleza “los beneficios asistenciales”, sin más concreciones o especificaciones, percibidos por el marido de la beneficiaria en un mes.

El criterio seguido por el Tribunal Supremo para estimar si los beneficios asistenciales pueden ser considerados renta a efectos de la percepción del subsidio por desempleo es la de atender a la finalidad de las prestaciones asistenciales que no es otra que la de proteger a los ciudadanos, cuando se encuentran en situaciones de necesidad que hayan de ser socialmente atendidas.

Ahora bien, en cuanto a qué rentas deben computarse como ingresos y qué se entiende por rentas de cualquier naturaleza, el Tribunal entiende que son sólo aquellas cantidades de percepción periódica que son susceptibles de servir a las necesidades personales y de subsistencia de los beneficiarios, no debiendo tener la condición legal de rentas aquellas cantidades destinadas a compensar un gasto ajeno a estas necesidades como son el plus de transporte y otros.

Después de estas consideraciones el Tribunal Supremo concluye que lo percibido un mes por el concepto de beneficio asistencial tiene naturaleza extrasalarial, no teniendo el concepto de rentas de cualquier naturaleza dado su carácter indemnizatorio y episódico.

## 2. JUBILACIÓN

### A) Jubilación contributiva

#### a) Requisitos de acceso a la protección

– Jubilación forzosa.

Ya se hizo referencia en otra crónica a la cuestión planteada como consecuencia de la derogación de la Disposición Adicional Décima del ET por la Ley 12/2001. Se ha venido planteando, al respecto, en la jurisprudencia la cuestión de si han quedado o no sin efecto las disposiciones de los convenios colectivos que preveían la jubilación forzosa de los trabajadores que alcanzasen una determinada edad y, más aun, si dicha derogación supone la prohibición de que los convenios colectivos contengan cláusulas de esta naturaleza. Hasta ahora, esta cuestión ha dado lugar a sentencias muy dispares que han acogido los diversos criterios de la doctrina científica que tampoco es pacífica en esta materia: en sentido afirmativo, SSTSSJ de Castilla-La Mancha 721/2002, de 24 de abril; de la Comunidad Valenciana 6399/2002, de 21 de noviembre, de Madrid de 29 de abril de 2003, I.L. J 1415; en sentido contrario, del País Vasco 445/2002, de 19 de febrero, de Cataluña 6141/2002, de 27 de septiembre y de 30 de octubre de 2002, en recurso 4930/2002, de Madrid 14/2002, de 11 de enero, de Aragón de 28 de mayo de 2002, de Aragón de 28 de mayo de 2002, I.L. J 842.

Sobre esta cuestión se pronuncia ahora el Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, en dos sentencias que cuentan con un Voto Particular. Las **STS de 9 de marzo de 2004**, u.d., I.L. J 160 y **de 9 de marzo de 2004**, I.L. J 173, establecen al respecto que, a partir de la derogación de la Disposición Adicional Décima del ET, no es factible ya que mediante la negociación colectiva se puedan establecer determinadas edades de jubilación forzosa. Entiende el citado Tribunal, con bastante acierto, que, desaparecida la habilitación legal, queda la negociación colectiva sin el marco habilitante para introducir limitaciones al derecho al trabajo y medidas que, sin dicha habilitación pueden considerarse discriminatorias. De forma que, “en la actualidad no existe norma con rango legal que autorice, por razones justificadas y razonables, la limitación del derecho al trabajo y el desconocimiento del principio de igualdad”.

La Sentencias establecen dos claras consecuencias: La primera es que, derogada la Disposición Adicional Décima y en ausencia de norma legal habilitante de la negociación colectiva, es de aplicación para los Convenios Colectivos que entren en vigor tras dicha derogación lo dispuesto en los arts. 4.2 y 17.1 del ET, de inequívoca inspiración constitucional. Estos dos preceptos estatutarios, que impiden cualquier tipo de discriminación, “implican que recobre actualidad la jurisprudencia establecida bajo la citada Orden –Orden Ministerial de 1 de julio de 1953–, que atribuía al derecho subjetivo al trabajo, la naturaleza de mínimo de derecho necesario absoluto. Por lo que no es actualmente posible establecer en los convenios colectivos cláusulas de jubilación forzosa”.

## X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

La segunda conclusión es que las cláusulas de jubilación forzosa vigentes en la fecha de la derogación de la Disposición Adicional Décima tenían amparo legal en dicha norma. Por tanto, su derogación no supone la pérdida de su vigencia, dado que fueron establecidas de acuerdo con una política de empleo temporalmente coincidente, al menos, con la duración de los Convenios en cuestión, cuyo equilibrio interno, construido sobre mutuas renuncias entre los recíprocos derechos de las partes negociadoras, debe salvaguardarse. Ello es conforme, además, con la Disposición Adicional Segunda del Código Civil.

Estas Sentencias cuentan, no obstante, con un Voto discrepante en el que se establece que, a pesar de haber sido derogada la Disposición del ET sigue siendo posible en nuestro derecho que por la vía de la negociación colectiva se pueda seguir fijando la jubilación forzosa de los trabajadores al llegar a una determinada edad si se cumplen determinadas condiciones: Por un lado entienden los Magistrados que el legislador ha derogado una previsión normativa sin sustituirla por otra, y de ello no puede deducirse que el legislador haya prohibido lo que antes estaba permitido, sino que tan sólo ha optado por no intervenir en esta materia deslegalizándola, pero sin que ello pueda interpretarse como una prohibición a la negociación colectiva. En segundo lugar, se considera que la posibilidad de establecer la jubilación forzosa en la negociación colectiva no es un problema de jubilación; por el contrario, puede constituir una lesión directa del derecho a la libertad sindical del art. 28 CE la prohibición absoluta de negociar una jubilación forzosa de trabajadores en empresas o sectores en las que por razones económicas, organizativas u otras en las que pudieran estar de acuerdo los negociadores aquella decisión se considerara innecesaria para defender intereses generales de los trabajadores. La conclusión a la que llegan los Magistrados en este Voto Particular es, en definitiva, que la combinación del principio de sucesión normativa con el de respeto a la autonomía colectiva y la fuerza vinculante de los convenios colectivos, junto al reconocimiento del derecho al trabajo tanto en su vertiente individual como colectiva conducen a entender que la jubilación forzosa es posible acordarla en Convenio Colectivo porque no existe ninguna norma de rango superior que lo prohíba; pero que esta posibilidad no puede hacerse libremente sino sujeta a las exigencias justificativas del trato peyorativo que en relación con otros trabajadores afectados por el mismo convenio van a sufrir los afectados por la jubilación y que derivan del art. 14 CE y art. 17 ET.

– Período de carencia.

Sobre si deben o no ser computadas las cotizaciones efectuadas durante la percepción del subsidio de desempleo a efectos de reunir el período mínimo de cotización exigido para causar derecho a la pensión de jubilación, se pronuncia la **STS de 10 de febrero de 2004**, u.d., I.L. J 140. La citada Sentencia señala 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.

Es, además, interesante la doctrina sentada en esta Sentencia sobre la retroactividad de las leyes y el principio de seguridad jurídica. Al respecto se señala que no hay retroactividad cuando una ley regula de manera diferente y pro futuro situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor y cuyos efectos aún no se han consumado. De modo que, no es retroactiva una ley porque se aplique inmediatamente desde su entrada en vigor. Además, no se infringe el principio de seguridad jurídica porque el legislador lleve a cabo modificaciones en las normas legales, que entran en el ámbito de la potestad legislativa, que no puede permanecer inerte o inactiva ante la realidad social y las transformaciones que la misma impone; modificaciones que obviamente incidirán en las relaciones o situaciones jurídicas preexistentes.

– Jubilación de religiosos secularizados: capital coste de pensión.

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 26 de marzo de 2004**, u.d., I.L. J 277, se refiere a la obligación de éstos de abonar el capital coste de la parte proporcional de la pensión de jubilación que se derive del cómputo del tiempo de actividad sacerdotal o religiosa reconocido como cotizado a la Seguridad Social. Al respecto, señala la Sentencia que con dicha obligación no se pretende establecer para ellos un nivel de protección para la jubilación que resulte discriminatorio con el que se dispensa a los demás trabajadores, sino que, por el contrario, tal obligación resulta acorde con los principios de solidaridad y de reparto que inspiran la regulación de las prestaciones de la Seguridad Social para que no implique un perjuicio para la caja del Sistema cuidando de salvar el carácter contributivo de la prestación. Se trata de una contrapartida que viene impuesta por el carácter contributivo de la prestación y en ningún caso el abono del capital coste puede considerarse como exacción obligatoria.

## **b) Contenido de la prestación**

### **a') Base reguladora**

– Determinación de la base reguladora cuando existen cotizaciones en diversos países.

De nuevo sobre esta cuestión, ya reseñada en anteriores crónicas y que sigue dando lugar a numerosos pronunciamientos judiciales, se pronuncian las **SSTS de 8 de marzo de 2004**, u.d., I.L. J 242, **de 27 de abril de 2004**, I.L. J 354, **de 5 de mayo de 2004**, I.L. J 426, **de 20 de abril de 2004**, I.L. J 447, **3 de mayo de 2004**, I.L. J 480, y **de 15 de mayo de 2004**, I.L. J 491.

En estas sentencias se abordan determinados problemas planteados en relación con el cómputo de la pensión teórica española que ha de tenerse en cuenta en el porcentaje de la *prorrata temporis*. En este sentido, las **SSTS de 8 de marzo de 2004**, u.d., I.L. J 242 y **de 27 de abril de 2004**, I.L. J 354, establecen que las cotizaciones reconocidas por la aplicación

## X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

de la escala de abono de años de cotización por edad a 1 de agosto de 1970, son cotizaciones que se asimilan a las efectivamente abonadas para un determinado período de la carrera de seguro del trabajador, así es que deben ser computadas para calcular la prestación española y, por tanto, no puede hablarse en propiedad de “cotizaciones ficticias” ya que no son cotizaciones teóricas que se proyectan sobre previsiones posteriores al hecho causante, sino cotizaciones asimiladas a las efectivamente realizadas para un determinado período de la carrera de seguro de un trabajador. Sin embargo, como determina la **STS de 15 de mayo de 2004**, u.d., I.L. J 491, las cotizaciones compensatorias de las reducciones de la edad de jubilación (como es el caso en el Régimen Especial del Mar) no se consideran para la determinación del porcentaje correspondiente a la pensión española, pues, a diferencia de los días cotizados en función de la edad, éstas sí son cotizaciones ficticias, que no tienen como título un período de seguro efectivo.

Por otro lado, en relación con la determinación del modo en que han de computarse las cotizaciones a la Seguridad Social efectuadas en un país de la Unión Europea, a fin de decidir los porcentajes de pensión de jubilación que deban ser a cargo de la entidad gestora española y la de ese otro país (aplicación de la regla del prorrateo), las **SSTS de 20 de abril de 2004**, u.d., I.L. J 447, y **de 5 de mayo de 2004**, I.L. J 426, establecen que para completar períodos de cotización bastará con tomar las necesarias del país que no está haciendo el cálculo de la prestación. Para decidir el prorrateo han de computarse todas las cotizaciones de la carrera de seguro del trabajador afectado.

– Diferencias en el porcentaje a aplicar sobre la base reguladora de jubilación: “afectación general”.

Diversas sentencias aplican la nueva doctrina unificada sentada por el Tribunal Supremo, a partir de la Sentencia de 9 de diciembre de 2003, sobre la procedencia del recurso de suplicación, en el sentido de que la afectación general ha de entenderse como una situación de conflicto generalizado, teniendo en cuenta que puede existir el conflicto aunque no se hayan incoado muchos procesos judiciales a consecuencia de la cuestión que la produce, no siendo necesaria la previa alegación de parte ni la probanza de la afectación múltiple en los supuestos de notoriedad de la misma, ni cuando el asunto posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes. En este sentido se pronuncian las **STS de 27 de abril de 2004**, u.d., I.L. J 396, **de 23 de abril de 2004**, I.L. J 407, **de 10 de febrero de 2004**, I.L. J 80, **de 21 de abril de 2004**, I.L. J 319, y **de 17 de mayo de 2004**, I.L. J 431.

– Cálculo de la base reguladora de trabajador que se incorpora a un Plan de Reconversión

La cuestión que se plantea es determinar si un trabajador que se incorpora, tras la entrada en vigor de la Ley 26/1985, a un Plan de Reconversión aprobado con anterioridad a su vigencia queda sometido necesariamente a las previsiones de dicha Ley para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, o si, por el contrario, tiene derecho a optar por el sistema que regulaba la Disposición Transitoria Primera.2 de la Ley 26/1985, cuyo contenido quedó luego incorporado a la Disposición Transitoria Tercera.3 del Texto

Refundido de la LGSS. Al respecto, las **SSTS de 18 de mayo de 2004**, u.d., I.L. J 506, y **de 17 de mayo de 2004**, I.L. J 494, determinan que el trabajador en tales condiciones no tiene derecho a optar porque la base reguladora de su prestación de jubilación se calculara conforme a la legislación anterior a la Ley 26/1985.

#### b') Cuantía de la prestación

– Complemento de mínimos y reintegro de prestaciones indebidas.

Se mantiene la doctrina en relación con la procedencia del complemento de mínimos, sobre la imputación de la titularidad de los bienes gananciales, ya que la sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica, por lo que la **STS de 6 de junio de 2004**, u.d., I.L. J 398, declara que el demandante tiene una participación en la titularidad de las rentas del capital mobiliario, de las que le es lícito disponer para subvenir a sus necesidades, por lo que el complemento de mínimos de su pensión debe ser reintegrado a la entidad gestora en la cuantía reclamada, al haberlo percibido indebidamente.

Respecto a la interpretación del art. 45.3 LGSS, señala la **STS de 25 de marzo de 2004**, u.d., I.L. J 260, que ya no se puede mantener la doctrina inspirada en principios de equidad sobre la aplicación excepcional del plazo de prescripción trimestral, sino que, por el contrario, actualmente en el art. 45.3 se reafirma sin restricciones la regla general de prescripción quinquenal; y, de otro lado, no sólo se omite cualquier mención expresa a la excepción de equidad, sino que parece cerrarse virtualmente el paso a la misma al afirmar que la norma de prescripción quinquenal ha de aplicarse con independencia de la causa que originó la percepción indebida, incluso cuando la misma se ha debido a error imputable a la entidad gestora.

#### e) Jubilación anticipada

– Prejubilaciones.

Partiendo de que la prejubilación del trabajador constituye un cese o baja en la empresa de carácter voluntario, siguen siendo numerosas las sentencias relativas al tema de la prejubilaciones, en orden a determinar su naturaleza y la cuantía y modo de cálculo de la cantidad que deban recibir los trabajadores en concepto de prejubilación.

Cuestión ya unificada por el Tribunal Supremo pero que sigue planteando numerosas controversias es la de si los trabajadores que, tras la extinción de la relación laboral por un expediente de regulación de empleo, pasan a la situación de prejubilados, se incluyen en el concepto de “situación pasiva” a efectos de las indemnizaciones que para dicha situación se prevé en los convenios colectivos. En relación a ello se declara en las **SSTS de 19 de enero de 2004**, u.d., I.L. J 27, **de 20 de enero de 2004**, I.L. J 42, **de 26 de enero de 2004**, I.L. J 65, **de 2 de febrero de 2004**, I.L. J 67, **de 26 de marzo de 2004**, I.L. J 166, **de 2 de marzo de 2004**, I.L. J 228, **de 22 de marzo de 2004**, I.L. J 258, **de 7 de**

## X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

abril de 2004, I.L. J 339, y de 5 de abril de 2004, I.L. J 448, que el concepto de “situación pasiva”, dentro del contexto del Convenio, se reserva para aquellos trabajadores que cesaran en la empresa por invalidez permanente o por jubilación, por lo que no es de aplicación a los supuestos de estos trabajadores prejubilados. Incluso en el caso de que la prejubilación pudiera considerarse una situación “pasiva” no sería posible reconocer a estos trabajadores la indemnización prevista en el convenio puesto que aquella superior voluntariamente pactada y aceptada debe estimarse que es sustitutoria y no complementaria de la prevista en la normativa legal.

También es cuestión controvertida en muchos casos la determinación del salario pensionable determinante de la prestación a abonar por la empresa, en relación con determinados complementos salariales, en los supuestos en que el trabajador se acoge a la prejubilación; a esta cuestión se refieren las SSTS de 2 de febrero de 2004, u.d., I.L. J 73, de 3 de febrero de 2004, I.L. J 75, de 3 de febrero de 2004, I.L. J 125, de 3 de febrero de 2004, I.L. J 135, de 11 de marzo de 2004, I.L. J 236, 11 de mayo de 2004, I.L. J 415, de 6 de mayo de 2004, I.L. J 482, y de 7 de mayo de 2004, I.L. J 515, sobre inclusión de dos pagas extraordinarias en la base reguladora, haciendo prevalecer la voluntad de los contratantes en el convenio de prejubilación.

### B) Jubilación no contributiva

#### b) Requisitos generales

– Determinación de la unidad familiar de convivencia.

A efectos de determinar la procedencia de la prestación de jubilación no contributiva se han de tener en cuenta los ingresos computables, para lo que es necesario determinar en cada caso la unidad familiar de convivencia del beneficiario. Al respecto, la STS de 19 de mayo de 2004, u.d., I.L. J 435 (en un supuesto en el que el grupo familiar está formado por la actora, su esposo, su hijo, la esposa de éste y una nieta) mantiene una interpretación más estricta del grupo familiar, computando únicamente dentro de la unidad de convivencia los familiares no incluidos en el art. 144.4 de la LGSS, pero deduciendo de las rentas del familiar casado incluido la parte de gananciales que le corresponde a su cónyuge.

### C) Gestión, financiación y pago

– Responsabilidad empresarial en el pago de las prestaciones.

La responsabilidad empresarial por infracotización se plantea en la STS de 19 de marzo de 2004, u.d., I.L. J 278, donde se analiza la falta de cotización del empresario por el concepto retributivo “dietas” que, pese a su denominación, se refería a remuneraciones de naturaleza salarial periódica, que incluso se percibía en vacaciones y en situación de incapacidad temporal. Como consecuencia de esta infracotización empresarial se

determina la responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de cotización. En la sentencia se determina que la repercusión del incumplimiento de la empleadora no incidió en el requisito de carencia necesario para causar el derecho pero sí en la cuantía, por lo que ha tenido trascendencia en la relación jurídica de protección. Por ello, se imputa a la empresa de forma directa la responsabilidad en el pago de la pensión consistente en la diferencia habida entre la reconocida por el Instituto Social de la Marina y la que resulta de incluir en la base reguladora las cantidades correspondientes al concepto por el que no cotizó la empresa, sin perjuicio de que la entidad gestora anticipe el pago de la prestación completa. A la misma cuestión se refiere la **STS de 2 de junio de 2004**, u.d., I.L. J 553.

Otro supuesto de responsabilidad empresarial se plantea en el caso de defectos de cotización por parte de la empresa respecto de un trabajador en situación asimilada a la de alta. En este caso, la **STS de 7 de abril de 2004**, u.d., I.L. J 357, determina la responsabilidad de la empresa en la proporción correspondiente a su descubierto, sin perjuicio del derecho de la beneficiaria a percibir íntegramente la prestación de parte del INSS que debe anticiparla en virtud del principio de automaticidad de las prestaciones.

#### **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.

##### **a) Mejoras voluntarias de Seguridad Social**

Una de las cuestiones suscitadas en relación con la pensión de jubilación complementaria consiste en determinar si el trabajador conserva derecho a causar el complemento de pensión de jubilación previsto en el convenio colectivo (de la banca privada, en este caso), pese a que cesó por despido improcedente en enero de 1997 y se le reconoció la pensión de jubilación del Régimen General de la Seguridad Social en noviembre de 2000. En la **STS de 10 de mayo de 2004**, u.d., I.L. J 488, se pone de manifiesto que la cuestión está referida a un problema de garantías de los derechos de los trabajadores en materia de seguridad social complementaria en los supuestos de cese en la relación laboral. Problema que con las nuevas obligaciones establecidas en la Ley de Planes y Fondos de Pensiones pudiera resolverse, pero que en el caso concreto planteado debe resolverse negativamente, en el sentido de que la empresa no mantiene compromisos por pensiones cuando se haya extinguido la relación laboral con los trabajadores, pese a que la propia sentencia reconoce que en casos como éste se produce un resultado que puede ser contrario a la equidad cuando personas que han mantenido una larga vinculación profesional con la empresa cesan por causa a ellos no imputable en la empresa poco antes de la fecha prevista para la jubilación.

## X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

Por otro lado, la STS de 11 de febrero de 2004, u.d., I.L. J 149, establece que el Sistema de Previsión Social constituido por la empresa y aceptado por los representantes de los trabajadores no resulta asimilable a un plan de pensiones. Este Sistema de Previsión Social fue instituido en virtud de un acuerdo, a través de un convenio extraestatutario, y la empleadora no puede ser compelida a hacer o entregar más de aquello a lo que se obligó, y la única obligación contraída por ella fue la de entregar el capital acumulado cuando se produjeran las contingencias establecidas. En consecuencia, los beneficiarios del SPS no pueden disponer del capital acumulado en caso de despido improcedente, ni tampoco puede equipararse a un plan de pensiones.

### 3. INCAPACIDAD PERMANENTE

#### A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

##### a) Concepto. Grados y baremos

##### c') Incapacidad permanente total

Conforme a la doctrina jurisprudencial ya consolidada, la valoración de la IP ha de realizarse atendiendo fundamentalmente a las limitaciones funcionales derivadas de los padecimientos del trabajador, en cuanto que tales limitaciones son las que determinan la efectiva restricción de la capacidad de ganancia. Para ello han de ponerse en relación las limitaciones resultantes con los requerimientos de las tareas que constituyen el núcleo central de la concreta profesión. Debe entenderse por “profesión habitual”: “(...) no un determinado puesto de trabajo, sino aquella que el trabajador está cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en movilidad funcional” (STSJ de Navarra de 30 de septiembre de 2003, I.L. J 2606, donde se deniega una IPT a un encargado de empresa panadera que padece lumbociática y lumbalgia mecánica, al considerar que en esta profesión “no se le exige realizar esfuerzos o adoptar posturas que sobrecarguen el raquis lumbar ni tampoco bipedestación estática o prolongada”).

##### b) Requisitos del beneficiario

La STS de 1 de diciembre de 2003, u.d., I.L. J 2730, deniega el derecho al incremento del 20 por ciento de la prestación por IPT prevista por el art. 139.2 LGSS a una trabajadora autónoma encuadrada en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, al considerar que en la fecha del hecho causante la normativa vigente no reconocía el derecho a tal incremento. Expresamente el art. 41 de la Ley 53/2002 indicaba que el incremento de la pensión de IPT para la profesión habitual [establecido en los arts. 36.2 y 41.1.c) del texto refundido aprobado por Decreto 2864/1974, de 30 de agosto], “únicamente será de aplicación a las situaciones de incapacidad permanente que se causen a partir de la entrada en vigor de la presente disposición” (cuya fecha es de 1 de enero de 2003).

El anterior incremento también se deniega por la STS de 26 de enero de 2004, u.d., I.L. J 116, en un supuesto en que el trabajador, una vez jubilado en el Régimen Especial

de Trabajadores Autónomos, se le reconoce una pensión de IPT derivada de enfermedad profesional (silicosis) en el Régimen Especial de la Minería del Carbón. La fundamentación del TS se basa en que al estar el trabajador jubilado, desaparece la finalidad perseguida por el incremento previsto en el art. 139.2 LGSS (cubrir el vacío de recursos económicos provocado por las circunstancias que dificultan la obtención de un nuevo empleo); y también en que “de otra manera se haría de mejor condición a quien se aparta del mercado laboral por su voluntad, no es obligatorio el cese en la actividad en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, que quien se mantiene en dicho mercado, obtiene un trabajo y al mismo tiempo ostenta la condición de inválido permanente total, para otra profesión u oficio”.

En cuanto a los requisitos mínimos de cotización para el reconocimiento de la prestación por IP exigidos por el art. 138.2.b) LGSS, téngase presente que se ha producido un cambio jurisprudencial a la raíz de la reforma del art. 4.4 RD 1799/1985 por la Disposición Adicional Séptima del RD 4/1998, de 9 de enero. 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 encontraran en situación de IT o prórroga de sus 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 art. 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 art. 129 de aquella norma”, en consecuencia no se aplica a situaciones en que no se percibió el subsidio de IP por falta de carencia (**SSTS de 2 de febrero de 2004**, u.d., I.L. J 70, **de 14 de mayo de 2004**, u.d., I.L. J 517, y **de 3 de febrero de 2004**, u.d., I.L. J 138).

También respecto de la exigencia de período mínimo de cotización previo para el reconocimiento de una prestación de incapacidad permanente [ex art. 138.2.b) LGSS, que como mínimo la quinta parte del período de cotización debe estar comprendido dentro de los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante] se pronuncia la **STS de 15 de marzo de 2004**, u.d., I.L. J 244. La sentencia parte de la consideración de que esta exigencia –mas allá de su literalidad– ha de ser interpretada con criterios de racionalidad

## X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

dad, circunscribiéndose a los supuestos en los que “haya existido una posibilidad real de prestar servicios y cotizar por ellos. Caso contrario, la exigencia constituiría un óbice insalvable causante de auténtica desprotección de quien es evidente está necesitado de ella y tiene cotizaciones genéricas suficientes para alcanzarla”. Ello considera que sucede en el caso concreto, donde el beneficiario reúne cotizaciones genéricas suficientes, pero no cumple con el requisito relativo a la cotización específica inmediata al hecho causante, por permanecer en prisión siete de los diez años anteriores al hecho causante. Su argumentación parte de que el condenado a pena *ex art.* 25.2 CE tiene derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de Seguridad Social, y la Ley Penitenciaria [LO 1/1979] reitera este derecho y deber del interno, imponiendo a la Administración la obligación de facilitar trabajo al mismo (art. 26), en consecuencia “si no se han cumplido las expectativas constitucionales en orden al trabajo del interno, es obvio que no puede sufrir consecuencias adversas que extiendan sus efectos más allá de la fecha en que, cumplida la condena, se halle en libertad, situación en la que la protección que por sus cotizaciones anteriores a la prisión le diera derecho, no puede verse mermada por aquella omisión de la administración penitenciaria”. Ello impone “se haya de retrotraer el requisito de la cotización específica al período inmediatamente anterior a la prisión del beneficiario”.

### c) Prestaciones económicas

#### a') Clases y cuantía de las prestaciones

Sobre el cálculo de la indemnización de 24 mensualidades prevista para IPP para la profesión habitual (*ex arts.* 9 y 13 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio), se pronuncia la **STS de 29 de abril de 2004**, u.d., I.L. J 383. Estas mensualidades han de calcularse sobre la base reguladora que haya servido para determinar la prestación económica por incapacidad temporal de la que deriva la invalidez. El procedimiento a seguir para determinar el importe de cada mensualidad difiere en los supuestos en que el trabajador perciba una retribución diaria o mensual. Si percibe una retribución mensual y ha permanecido de alta en la empresa en todo el mes natural a que el mismo se refiere la base de cotización correspondiente se dividirá por treinta, utilizando esta ficción y sin atender al número real de días de ese mes, para atender a una mayor coincidencia con el salario real percibido. En cambio, cuando la retribución es diaria, esta regla conduce a resultados perjudiciales para el trabajador, pues la base de cotización varía en función del número de días de cada mes, y el TS opta por la tesis de multiplicar la base diaria de la IT (calculada sobre el salario diario resultado de dividir el salario anual con prorrateo de pagas extras entre 365 días) por los 365 días del año, y el resultado dividirlo por 12 para obtener la mensualidad de referencia y luego multiplicarla por 24, que sería la solución más factible para calcular dos anualidades de salario real.

#### b') Base reguladora de las prestaciones

Dentro de los legitimados activamente para solicitar una revisión de la base reguladora de una IP, se encuentra la viuda del fallecido que percibía una pensión por IP, a efectos del cálculo de su pensión de viudedad; la **STS de 26 de enero de 2004**, u.d., I.L. J 124,

aclara en este sentido que la acción de fijación de la base reguladora no es personalísima del causante sino propia de la titular de la pensión de viudedad. Así pues, el titular de una pensión de viudedad derivada del fallecimiento de su cónyuge que, en el momento de ocurrir el óbito, era pensionista por incapacidad permanente, está legitimado para acudir a la Jurisdicción pidiendo la fijación de una base reguladora superior a aquella que administrativamente se había reconocido respecto de la pensión de incapacidad del causante. En estos supuestos el cónyuge superviviente está perfectamente legitimado procesalmente por el art. 17.1 LPL, al ser titular de un derecho subjetivo, al percibo de una pensión de viudedad cuya cuantía está íntimamente relacionada con la base reguladora de la prestación por incapacidad permanente del cónyuge fallecido. Se trata pues, de una “acción propia de la demandante, como titular que es del derecho a una pensión de viudedad, cuya cuantía está facultada para defender, sin que nadie pueda negarle un interés legítimo al efecto, derivado dicho interés del derecho subjetivo que (...) ostenta”.

#### c’) Responsabilidad del pago de las prestaciones

La STS de 1 de diciembre de 2003, u.d., I.L. J 2756, resuelve un supuesto carente de regulación legal: el de una IPT por enfermedad común concurrente con una IPP derivada de accidente de trabajo, donde el litigio versa sobre la entidad responsable del abono de la prestación. La sentencia –frente a la de instancia que establecía una distribución proporcional de la prestación entre la Mutua y el INSS– considera que en supuestos de IPP derivada de accidente de trabajo, con el correspondiente cargo a la Mutua, y posterior IPT derivada de contingencia común, dado que la agravación de la situación invalidante “se revela ajena al cuadro de patología derivado del accidente de trabajo, cuyas secuelas sin embargo entrantes de IPP, concurren con las lesiones derivadas de enfermedad común, a la conformación global del cuadro lesivo merecedor de la OPT, conlleva a que la responsabilidad del pago de la pensión resultante ha de recaer en este caso, sobre el INSS, en razón precisamente a que la responsabilidad en cuanto a las secuelas de accidente de trabajo ya fueron asumidas por la Mutua de Accidentes, que abonó la indemnización a tanto alzado establecida para la situación de IPP”. Sin embargo, no es un criterio omnicompreensivo de todos los posibles supuestos, pues se admite que según las circunstancias concurrentes en el caso concreto, pueden aparecer o no razones para reducir el porcentaje delimitador de la responsabilidad del INSS, y correlativamente, incrementar el de la Mutua. Pero esta situación no se da en el supuesto enjuiciado, donde “ya las solas secuelas derivadas de enfermedad común, determinan la situación de IPT”.

#### d) Dinámica de la protección

En relación a las posibilidades de revisión de la invalidez por agravación o mejoría del estado invalidante, la STC 78/2004, de 29 de abril, I.L. J 212, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la posible vulneración del art. 14 CE por el art. 143.2 LGSS cuando establece que es posible la revisión, desde la fecha establecida en la resolución administrativa de reconocimiento en tanto que el incapacitado no haya cumplido la edad mínima establecida en el art. 161 de la LGSS para acceder al derecho a la pensión

## X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

de jubilación [65 años ex art. 161.1.a) LGSS]. El TC razona que la medida no es discriminatoria porque la diferenciación entre dos grupos de personas no es la edad en sí misma, sino en cuanto “implica la línea de separación entre la situación de vida laboral activa y la finalización de ésta”. Y se trata de situaciones distintas que obedecen a diferentes fundamentos: “La jubilación, que originariamente se basaba en el declive de las facultades adecuadas para el desarrollo del trabajo, hoy se justifica también como derecho al descanso socialmente retribuido que se reconoce al trabajador como contrapartida al esfuerzo que ha desarrollado durante su vida laboral. La invalidez, por el contrario, deriva de unas reducciones anatómicas o funcionales graves, que, pese a que la persona está en edad de actividad, disminuyen o anulan su aptitud para el trabajo”. Ello da lugar a dos sistemas diferentes: por un lado, el de incapacidad permanente que se caracteriza por “disminución o anulación de la capacidad laboral” y que atiende a las “efectivas posibilidades de rendimiento para el trabajo” y por ello su régimen jurídico exige necesariamente la posibilidad de la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante, en tanto el afectado se halle en edad de actividad laboral”; por otro lado, la jubilación, que “se basa en la culminación de la vida laboral”. Luego esta diferenciación de tratamiento no se ha articulado en la ley “arbitrariamente a partir de categorías de personas o grupos de las mismas, sino en atención exclusivamente a la mencionada heterogeneidad de posiciones jurídicas, operándose en función de un elemento objetivo”. Indicando el TC además que las situaciones de vejez y de invalidez son distintas, “por lo que en principio pueden recibir diverso tratamiento legal, particularmente si se tiene en cuenta el amplio margen de decisión que tiene el legislador en la configuración del sistema de la Seguridad Social”. El TC, tras considerar que la norma enjuiciada no es inconstitucional, no obstante, cierra su pronunciamiento con un *desideratum* interesante (que desvela el condicionante político-económico de fondo): “Ciertamente, la cobertura de la necesidad derivada de una situación de gran invalidez surgida después del cumplimiento de los 65 años es un ideal claramente deseable a la luz de los principios rectores de la política social y económica que nuestra Constitución asume en sus arts. 41 y 50 (...)”. Sin embargo, este “Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable”, lo que no ocurre en el caso que se examina.

### e) Compatibilidad e incompatibilidades

La STS de 2 de marzo de 2004, u.d., I.L. J 159, declara la compatibilidad de trabajo de azulejista autónomo con la pensión de IPT derivada de la profesión habitual de albañil encargado. En sus fundamentos se considera que, 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 sentencia 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. Declaración de incapacidad para una concreta profesión cuyos efectos jurídicos no cabe extenderlos “a otras, en modo alguno analiza-

das a la hora de realizar esa calificación”, y la compatibilidad de la prestación por IPT es compatible con el ejercicio de una actividad distinta de la habitual para la que sí tenga habilidad o capacidad física, pues la prestación solamente compensa o suple el defecto de rentas de trabajo que genera la pérdida del empleo en el que desempeñaba la profesión habitual para la que se le ha reconocido incapacitado [en esta dirección, vid. STS de 28 de julio de 2003, u.d., I.L. J 1439].

### C) Lesiones permanentes no invalidantes

La doctrina jurisprudencial sostiene que el art. 150 LGSS obliga a indemnizar todas y cada una de las lesiones que pueda sufrir el trabajador, en los casos que no den lugar a una invalidez permanente o a una indemnización fijada por el baremo para una indemnización de grado superior. Así pues, las SSTs de 19 de enero de 2004, u.d., I.L. J 33, de 20 de enero de 2004, u.d., I.L. J 59, de 29 de enero de 2004, u.d., I.L. J 9, y de 2 de febrero de 2004, u.d., I.L. J 71, continúan la jurisprudencia que reconoce que, en supuestos de hipoacusia bilateral, el número 8 del baremo anexo a la OM de 15 de abril de 1969 (que recoge como lesión permanente no invalidante la hipoacusia que no afecta a la zona conversacional en un oído, siendo normal la del otro), procede —en interpretación lógica y finalista del precepto— la percepción de dos indemnizaciones del baremo 8 cuando la lesión es en ambos oídos, aunque en ninguno de ellos la hipoacusia impida la audición a nivel conversacional. Si sólo se percibiera una indemnización, quedaría sin indemnizar —sin justificación alguna— una de las lesiones producidas a consecuencia del trabajo, lo que significaría una desprotección de una lesión sufrida a consecuencia del trabajo (en idéntico sentido, SSTs de 26 de noviembre de 2003, u.d., I.L. J 2279, y de 23 de noviembre de 2003, u.d., I.L. J 2250).

Por su parte, la STS de 22 de marzo de 2004, u.d., I.L. J 233, establece la compatibilidad de percibir indemnización por lesiones permanentes no invalidantes, tanto por la limitación en la movilidad funcional del codo tras una intervención (epígrafe 73 del baremo de la OM de 15 de abril de 1969, modificada por OM de 16 de enero de 1991), derivada de enfermedad profesional, como por la cicatriz quirúrgica (epígrafe 110 del baremo). Para ello se basa en que el art. 150 LGSS contempla como daños tanto las lesiones y mutilaciones como las deformidades de carácter definitivo. Nuestro TS considera que el desarrollo reglamentario del precepto no condiciona la indemnización de las cicatrices contempladas en el epígrafe 110 a su origen no quirúrgico, sino que establece su valoración en referencia a sus características y las perturbaciones funcionales que produzcan, es decir, cuando “afecten de manera significativa al patrimonio biológico” del trabajador, de manera que la “posible afectación apreciable deberá valorarse teniendo en cuenta las circunstancias del sujeto que las padece, debiendo entenderse existe en todo caso, cuando producen una deformidad antiestética, o que limitan la funcionalidad de la zona en que se hallan o son dolorosas”. Sobre la posibilidad de indemnizar de manera individualizada cada una de las cicatrices residuales de un accidente de trabajo, todavía no existe doctrina unificada, cfr. STS de 27 de mayo de 2004, u.d., I.L. J 442.

### 4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

#### B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos

##### a) Viudedad

En un supuesto en el que se deniega la pensión de viudedad porque en el momento del hecho causante su marido no cumplía el requisito de estar al corriente en el pago de cuotas en el Régimen Especial Agrario (art. 46.2 en relación con el 53 del Decreto 3772/1972, por el que se aprueba el reglamento general del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social), que era el régimen en el que en ese momento se encontraba en situación de alta, la **STS de 1 de junio de 2004**, I.L. J 551, determina que en ese caso no puede causar el derecho en dicho régimen al no reunir los requisitos exigidos tal y como establece el art. 68.2.a) del citado reglamento:

“2. En consecuencia, las pensiones de invalidez, vejez, muerte y supervivencia a que los acogidos a alguno de dichos Regímenes puedan tener derecho en virtud de las normas que los regulan, serán reconocidas, según sus propias normas, por la Entidad gestora del Régimen donde el trabajador estuviese cotizando al tiempo de solicitar la prestación, teniendo en cuenta la totalización de períodos a que se refiere el número anterior y con las salvedades siguientes:

a) Para que el trabajador cause derecho a la pensión en el Régimen a que se estuviese cotizando en el momento de solicitar la prestación será inexcusable que reúna los requisitos de edad, períodos de carencia y cualesquiera otros que en el mismo se exijan, computando a tal efecto solamente las cotizaciones efectuadas en dicho Régimen.”

Por el contrario, es de aplicación el apartado b) del mismo precepto —pues en este supuesto en el Régimen General sí reunía carencia suficiente— pese a que en el momento del fallecimiento no se encontrara en alta, tal y como exige el art. 124.1 de la LGSS:

“b) Cuando el trabajador no reuniese tales requisitos en el Régimen a que se refiere el apartado anterior, causará derecho a la pensión en el que se hubiese cotizado anteriormente, siempre que en el mismo reúna los requisitos a que se refiere el apartado a). Igual norma se aplicará, en su caso, respecto de los restantes Regímenes.”

Pues ha de tenerse en cuenta que “aunque el trabajador no estaba en alta en el Régimen General, cumple en dicho régimen de forma completa el período de cotización, y hay que entender que desde el momento en que este apartado se remite al Régimen en el que se hubiese cotizado anteriormente, se está dispensando el cumplimiento del requisito de alta en el mismo” (reproduce el criterio ya fijado por la Sala en la Sentencia de 4 de marzo de 1993 interpretando el art. 35.2.b) del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto —RETA—, de idéntico contenido al artículo antes recogido).

### c) Prestaciones a favor de familiares

A propósito de la separación de hecho. Sobre los requisitos del derecho a las “prestaciones a favor de otros familiares”, prevista en el art. 176 de la LGSS, la STS de 10 de febrero de 2004, I.L. J 134, viene a determinar el derecho de una hija mayor del causante, casada pero en situación de separación de hecho, que convive con el causante en el domicilio de éste, con dedicación prolongada a su cuidado, y manteniéndose a sus expensas sin percibir pensión de su cónyuge. Esta sentencia considera que a la vista de los preceptos reguladores de la citada prestación en la LGSS, es claro que la separación de hecho no queda comprendida “en principio” –y esta consideración es necesario destacar pues deja la vía abierta a otra consideración–, entre los estados civiles (solteros, viudos, divorciados) o situaciones matrimoniales (separación legal), que delimitan, junto con otros requisitos, el acceso a las prestaciones a favor de otros familiares. En estos términos la cuestión queda situada en la posible aplicación analógica al supuesto de separación de hecho, no expresamente mencionado en la Ley, de la norma establecida en el art. 176.4 de la LGSS a propósito de la separación legal. El Tribunal Supremo considera que la posibilidad de llevar a cabo esta aplicación analógica depende, de acuerdo con el art. 4.1 del CC, de que entre el “supuesto específico” regulado en la Ley –la separación legal– y el supuesto en el que existe laguna legal –la separación de hecho– se aprecie “identidad de razón”, a los efectos de la acción protectora dispensada mediante tales prestaciones sociales. En el supuesto que juzga, considera que la respuesta a tal cuestión debe ser negativa, pues los familiares separados no han dado todos los pasos necesarios para reclamar y obtener en su caso a cargo del cónyuge separado en cumplimiento del deber de ayuda conyugal –por lo que en otro caso sí cabe la aplicación analógica–. Como dice la STS de 26 de junio de 1992, en tal situación de separación de hecho “existe un vínculo conyugal con toda su potencialidad de efectos económicos derivados del deber de mutuo auxilio o ayuda – art. 67 del CC–”. Para el Alto Tribunal, la distinta regulación se asienta en la distinta finalidad que persiguen una y otra situación de separación; “la separación de hecho constata la existencia de una mera crisis matrimonial que no presenta una cualificación jurídica especial, a diferencia de la separación legal que es, según opinión doctrinal autorizada, y sin perjuicio de la posibilidad de reconciliación, una situación de crisis matrimonial previa o puente a la disolución de vínculo”. En consonancia con esto, considera que la disposición de medios de vida suministrados en el marco de la institución del matrimonio no es la misma en la separación de hecho y en la separación legal; y esto es lo que impide apreciar la identidad de razón que exige la aplicación analógica, respecto de una contingencia de Seguridad Social “en cuya regulación desempeña un papel primordial la situación legal de necesidad económica de la persona que solicita la prestación”. Ahora bien, de ello se deduce la posible aplicación analógica –y esto es lo destacable de la sentencia que aquí se comenta–, pero “sólo cuando consta que se han agotado los deberes de protección recíproca en el marco de la institución matrimonial para los cónyuges separados de hecho”.

## X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

### C) Cuantía de las pensiones

El art. 174.2 de la LGSS establece que “en los supuestos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio”; sobre este precepto y en relación con el art. 84 del Código Civil (que establece que la reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto, pero los cónyuges deberán poner aquélla en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido del litigio), y en concreto determinar si la viuda del demandante tiene derecho al percibo de la pensión en su integridad, otorgando efectos *ex tunc* a la decisión judicial de dejar sin efecto la separación o, por el contrario, ha de hacerlo con sujeción al porcentaje que se extrae del tiempo de convivencia acreditada en sentido estricto, la **STS de 20 de enero de 2004**, I.L. J 12, recuerda la doctrina reiterada de la Sala, que concluye que la pensión de la (o del) sobreviviente debe ser proporcional al tiempo de convivencia como señala literalmente la norma a aplicar, aun cuando no haya que compartir dicha pensión con ninguna otra beneficiaria (o beneficiario). Y es que como adecuadamente precisa la sentencia, atendiendo al tenor literal del precepto señalado, “el art. 84 del CC únicamente establece que la reconciliación efectuada con arreglo al mismo deja sin efecto ulterior lo que se hubiese resuelto en la decisión, en la sentencia de separación, pero en modo alguno puede suponer la eliminación de la realidad material que consiste en el hecho de que durante el tiempo que media entre la separación y la reconciliación no hubo vida en común o tiempo vivido, con el cónyuge fallecido, como dice literalmente el art. 174.2 de la LGSS, puesto que, además, la ausencia de vida en común es el efecto constitutivo, típico y más característico de la sentencia de separación matrimonial (art. 83 CC)”.

A efectos de determinar la cuantía de la pensión correspondiente a dos personas que convivieron y estuvieron vinculadas por matrimonio al causante, la **STS de 27 de enero de 2004**, I.L. J 13, reitera su doctrina —ya comentada en estas mismas páginas—, que precisa que la cuantía de pensión que corresponde al divorciado “será la parte proporcional al tiempo de su convivencia matrimonial con el causante, actuando como módulo temporal de referencia el período que inicia el matrimonio que después quedó disuelto por divorcio y que termina con el fallecimiento del causante, por su parte, el derecho a la pensión de viudedad que corresponde al cónyuge supérstite, aún concurriendo con el divorciado, sigue siendo pleno, bien que restando de la cuantía de la pensión la proporción que ha de asignarse a este último”. Para el supuesto que juzga y a efectos del cálculo de la pensión de viudedad, tiene presente que el cónyuge supérstite y el causante convivieron maritalmente desde diciembre de 1965 y que contrajeron matrimonio al poco tiempo de entrar en vigor la Ley de divorcio 30/1981, una vez que el causante se divorció de su anterior esposa en abril de 1983.

### D) Dinámica de la protección

Las SSTS de 26 de febrero, 29 de marzo y de 24 de mayo de 2004, I.L. J 130, 229 y 497, reiteran la doctrina en estas páginas comentada y determina el alcance retroactivo

de la solicitud de pensión de orfandad extinguida por el cumplimiento de la edad de 18 años, posteriormente recuperada en virtud de la modificación operada en la normativa reguladora de tales prestaciones, por la Ley 24/1997, de 15 de julio, estimando que, “lejos de hallarnos ante una pensión ya reconocida que hubiera sido declarada en suspenso, nos encontramos ante la extinción de una primera prestación que se le concedió a la actora con el límite de la edad del beneficiario situada en los dieciocho años, y el nacimiento de una prestación nueva, que se origina con la Ley 24/1997, de 5 de agosto, y que cuenta con unos límites y condiciones distintos”. Esta circunstancia determina que los efectos retroactivos sólo podrán extenderse hasta los tres meses anteriores a la fecha de la nueva solicitud.

La pensión de orfandad se extingue por contraer matrimonio (art. 21 de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967), sin que este mandato tenga excepción alguna, ni en la citada Orden ni en los Reglamentos Generales de prestaciones del Sistema, ni en la LGSS. Además, como recuerda acertadamente la **STS de 1 de marzo de 2004**, I.L. J 167, no existe mandato alguno que permita rehabilitar la prestación de orfandad, sin que le sea de aplicación la rehabilitación —ésta sí reconocida por la jurisprudencia del Supremo— de la pensión de viudedad, cuando el matrimonio fue declarado nulo (y en supuesto que juzga, el matrimonio que dio lugar a la extensión de la pensión no fue declarado nulo). Es de destacar que la sentencia reconoce la situación real de necesidad en la que se encuentra el que era pensionista, y concluye que tal situación “deberá ser cubierta, en su caso, por medio de una prestación asistencial, pero sin que tal situación de necesidad pueda estimarse causa suficiente para dar lugar a la contributiva de orfandad, al no existir precepto legal ni reglamentario que la ampare”.

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

M<sup>a</sup>. NIEVES MORENO VIDA

ÁNGEL J. GALLEGO MORALES

JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS

JOSÉ MARÍA VIÑAS ARMADA

SUSANA DE LA CASA QUESADA

**XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL****Sumario:**

**1. Cuestiones preliminares. 2. Jurisprudencia contenciosa en materia de Seguridad**

**Social.** A) Organización. B) Actas de liquidación. **3. Derecho Administrativo**

**Sancionador.** A) Procedimiento sancionador. B) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias: Salud laboral.

**1. CUESTIONES PRELIMINARES**

El objeto de la presente crónica es el de poner de relieve el contenido de los pronunciamientos judiciales más relevantes aparecidos en los últimos meses en materia de Administración Laboral: concretamente, se da cuenta de las sentencias publicadas en los números 1 a 4 de 2004 pertenecientes a la revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, y asimismo se repasan también algunas otras sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que de momento no han sido recogidas en la citada colección.

En general, los pronunciamientos que se comentan no constituyen más que la aplicación y reiteración de doctrinas y criterios ya expuestos en crónicas anteriores. Se incluyen, no obstante, otras sentencias que, por su tema o su contenido, gozan de mayor interés: es el caso de la **STS de 19 de abril de 2004**, u.d., I.L. J 463, en la que el Tribunal Supremo delimita los márgenes en que la imprudencia del trabajador en las infracciones sobre prevención de riesgos permite ponderar la multa a imponer al empresario [*infra*, 3.B)].

**2. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL****A) Organización**

En este apartado vuelve a ser necesario hacer mención a un par de pronunciamientos relacionados con las auditorías practicadas a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, en los que se centra la atención tanto en cuestiones procedimentales como en asuntos de fondo. En cuanto al primer aspecto, relativo interés presenta la **STS de 30 de marzo de 2004**, I.L. J 209, Sala Tercera, en la que no se hace sino incidir en afirmaciones ya consolidadas en sentencias anteriores: primera, la

adecuada cobertura legal de los RRDD 3307/1977 y 1373/1979, por los que se regía este procedimiento; segunda, la competencia de la Secretaría General de la Seguridad Social para ejercer la tutela y control sobre las Mutuas y firmar la resolución final de un expediente de auditoría; tercera, el hecho de que las auditorías no se rijan de forma directa por la Ley de Procedimiento Administrativo, sino que sigan el procedimiento especial previsto en el art. 6 del RD 1373/1979; cuarta, el total respeto de este procedimiento a las garantías de defensa y, en concreto, al derecho de audiencia, aun cuando la Mutua sólo haya podido formular alegaciones tras el informe provisional de los funcionarios que han practicado la auditoría, y finalmente, la consolidada doctrina de que el expediente de auditoría de una Mutua no tiene carácter sancionador, por lo que al no ser aplicables las garantías específicas de este procedimiento, no existe infracción del art. 25 CE.

Por su parte, además de insistir en algunas ideas anteriores, la **STS de 29 de marzo de 2004**, I.L. J 210, Sala Tercera, se centra sobre una cuestión puramente contable: la confirmación de que las retribuciones y honorarios satisfechos a un trabajador y a un facultativo por su comparecencia en litigios merecen la calificación de gastos de administración y no la de gastos de asistencia sanitaria.

## **B) Actas de liquidación**

Nada nuevo tampoco en esta materia, en la que los pronunciamientos emitidos se han limitado a reproducir ideas más que reiteradas en estas crónicas.

Así, un buen grupo de resoluciones vuelve a incidir sobre la cuestión del régimen transitorio de recursos que corresponde a sentencias sobre impugnación de actas de liquidación, dictadas por Tribunales Superiores de Justicia con posterioridad a la entrada en vigor de la vigente Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pero mediante las que se resuelven procesos pendientes antes de esa fecha, cuya competencia, conforme a la nueva ley, correspondería ahora a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo (arts. 8.3 y 10.2). En síntesis, el Tribunal Supremo vuelve a remarcar que el régimen de recursos para estas sentencias es el fijado en la nueva Ley para las sentencias de segunda instancia, frente a las que, conforme a su normativa, no cabe recurso de casación, ni ordinario ni para la unificación de doctrina (Disposición Transitoria Primera, apartado 2, Ley 29/1998) –**SSTS de 12 de abril de 2004**, u.d., I.L. J 462; **de 15 de junio de 2004**, recurso 118/2002, y **de 13, 19 y 20 de julio de 2004**, recursos 59/2003, 320/2002 y 2388/2000; todas ellas de la Sala Tercera.

Todas estas sentencias, junto con otro nutrido bloque de pronunciamientos, aluden a una segunda causa de inadmisión y desestimación del recurso de casación, tanto ordinario como para la unificación de doctrina: la insuficiencia de las cuantías reflejadas en las actas de liquidación para alcanzar la *summa gravaminis* –o cuantía del perjuicio– que permite el acceso al recurso. En tal sentido, el Tribunal Supremo recuerda las reglas para determinar el valor de la pretensión: de un lado, remarca que, a tal efecto, sólo debe tenerse en cuenta el débito principal (cuota), pero no los recargos, las costas, ni cualquier otra

## XI. Administración Laboral

clase de responsabilidad [art. 42.1.a) Ley 29/1998]; de otro lado, insiste en que la cifra a considerar es la individual de cada acta de liquidación y no la que resulte de la suma de todas las actas impugnadas; y finalmente, vuelve a aclarar que, en cualquier caso, la cantidad a considerar es la correspondiente a las cuotas mensuales. Por todo ello, y aun cuando el principal reflejado en algunas de las actas por todo el período liquidado sí rebasa el mínimo legal establecido –más de tres millones de pesetas en el recurso de casación para la unificación de doctrina (art. 96.3 Ley 29/1998)–, lo cierto es que el Tribunal concluye que ninguna de las cuotas mensuales liquidadas en las respectivas actas alcanza el tope exigido, por lo que procede la desestimación del recurso (**STS de 20 de abril de 2004**, u.d., I.L. J 458; **de 18 y 25 de mayo de 2004**, I.L. J 467 y 468; **de 29 de junio de 2004**, recurso 6823/1999; **de 19 de julio de 2004**, recurso 93/2002; **de 20 de julio de 2004**, recursos 1264/2001 y 178/2003; todas ellas de la Sala Tercera, junto a las citadas en el párrafo anterior).

Menos iterativa y, por ello, más interesante resulta la reflexión que efectúa la **STS de 20 de abril de 2004**, u.d., Sala Tercera, I.L. J 458, respecto a la eficacia que debe otorgarse a las notificaciones de actas de liquidación o de las resoluciones que éstas originen, cuando tales notificaciones se realicen mediante correo certificado remitido al domicilio de la empresa, haciéndose constar la identificación de la persona que efectúa la recepción y firma de la misma, pero sin que se especifique la relación de esta persona con la empresa, aunque luego se acredite que se trataba de una empleada. A tal efecto, la Sentencia reproduce los fundamentos de la sentencia recurrida, en los que se remarca que la necesidad de que conste la relación existente entre el interesado y la persona que recibe la notificación no viene requerida por el art. 59.2 Ley 30/1992, sino que es una exigencia impuesta por el Tribunal Supremo, recordando a este respecto que, conforme al art. 58.3 Ley 30/1992, “las notificaciones defectuosas surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido de la resolución o acto objeto de la notificación, o interpongan el recurso procedente (...)”, razón por la que la jurisprudencia interpreta que “cuando en el proceso existen varias notificaciones firmadas por la misma persona, aunque no conste la relación si ha interpuesto recursos o hecho uso de sus derechos se tiene por válida”. En aplicación de estos razonamientos al caso concreto, la sentencia impugnada concede validez y eficacia a la notificación de una providencia de apremio derivada de un acta de liquidación, pese a la falta de constancia de la relación existente entre el receptor y el destinatario. Esta solución es ratificada por el Tribunal Supremo en la sentencia que ahora se comenta –**STS de 20 de abril de 2004**–, al considerar razonable la interpretación efectuada por el tribunal a quo:

“es perfectamente viable que las notificaciones administrativas efectuadas por correo, se entiendan con persona distinta a su destinatario, siempre que se haga constar, bien en la libreta de entrega, bien en el acuse de recibo si existió, pero no obligatoriamente en ambos, la condición del firmante y su parentesco o razón de su permanencia en el domicilio del interesado, debiendo correr la administración con la carga probatoria de la efectiva recepción por el destinatario y éste con la de su no entrega. Sobre estas premisas y acreditadas en autos tres notificaciones realizadas por correo certificado en la misma dirección y firmadas por el mismo receptor, una de ellas la que permitió al recurrente la impugnación de la vía de apremio en sede administrativa, conllevan a estimar suficientemente lógica y

razonable la presunción de efectiva recepción de las demás, entre la que se encuentra la providencia impugnada”.

Por último, no está de más hacer mención a que, pese a la reiterada y mayoritaria jurisprudencia sobre la falta de operatividad del derecho a la presunción de inocencia en los procedimientos de liquidación de cuotas por carecer éstos de carácter sancionador, la **STS de 20 de julio de 2004**, u.d., recurso 1264/2001, Sala Tercera, entra a defender el respeto a este derecho fundamental en un proceso sobre impugnación de actas de liquidación por diferencias de cotización, derivadas de la calificación salarial o extrasalarial que merecen determinadas cantidades abonadas a los trabajadores en concepto de “dietas”. En concreto, el Tribunal propugna que el derecho a la presunción de inocencia no resulta vulnerado cuando concurra un mínimo de actividad probatoria que desvirtúe tal presunción, actividad que, a su juicio, resulta en estas actas de la presunción de certeza de la que quedan revestidas y respecto a la que la Sentencia afirma que:

“dicha presunción debe extenderse también a las conclusiones, que por nexo causal con los hechos que por su notoriedad y evidencia han sido constatados por la Inspección, traen causa normal y directa de los mismos, que es lo sucedido ahora”.

### 3. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

#### A) Procedimiento sancionador

Por lo que se refiere estrictamente al procedimiento administrativo sancionador, hay que hacer referencia a dos pronunciamientos referidos al *dies ad quem* del plazo de caducidad de seis meses establecido para dictar resolución en este tipo de expedientes: en ambas ocasiones, el Tribunal Supremo confirma el criterio de las sentencias recurridas y sitúa el momento final del cómputo del plazo de caducidad en la fecha de notificación de la resolución sancionadora y no en la fecha sustantiva en que se dictó. Para justificar su respuesta, a falta de normativa laboral específica al respecto, la **STS de 18 de junio de 2004**, u.d., recurso 253/2003, Sala Tercera, apela al carácter supletorio que la Ley 30/1992 juega en el orden social (Disposición Adicional Séptima de dicha ley); y en virtud de esta supletoriedad y teniendo en cuenta que el procedimiento sancionador enjuiciado se inició en febrero de 1998, la Sentencia funda su respuesta en el art. 57.2 Ley 30/1992, por el que se dispone el principio general de demora de la eficacia de los actos hasta su publicación o notificación cuando así proceda, tal y como sí ocurre en este caso. En cualquier caso, como subraya la Sentencia, el criterio aquí defendido se encuentra hoy día normativamente ratificado, tras la redacción que la Ley 4/1999 dio al art. 44 Ley 30/1992, en cuyo texto ahora se dice expresamente que la fecha a considerar es aquella en que la resolución se “haya dictado y notificado”. Precisamente, el contenido y la incidencia de este último precepto sirven de argumento a la **STS de 21 de julio de 2004**, u.d., Sala Tercera, recurso 74/2003, en la que se reproduce la doctrina sentada por la STS de 12 de diciembre de 2001, dictada en recurso de casación en interés de la ley: en ella se recuerda

## XI. Administración Laboral

cómo la Ley 4/1999 suprimió el período de 30 días que, conforme al texto original del art. 43.4 Ley 30/1992, debía sumarse al plazo de caducidad de seis meses, y al que se remitía tanto el art. 32.4 RD 396/1996 como el posterior art. 20.3 RD 928/1998, por los que se aprueba el Reglamento sobre procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social; de ahí que el Tribunal exponga que esta remisión de las normas reglamentarias debe entenderse hoy referida a la nueva redacción del art. 44 Ley 30/1992, que, como se ha dicho, estipula que el vencimiento del plazo de caducidad se produce en la fecha en que se “haya dictado y notificado” la resolución administrativa (cfr. Disposición Adicional Única del RD 1125/2001, de 19 de octubre). Por ello, como conclusión, la STS de 12 de diciembre de 2001 establece que:

“Suprimido el plazo de treinta días, adicional al de seis meses, que establecía la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común antes de la modificación introducida por la Ley 4/1999, la falta de norma expresa al efecto determina que, por aplicación subsidiaria del nuevo art. 44.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el *dies ad quem* (día final) del plazo de caducidad sea el de la notificación de la resolución del expediente. (...) Procede, en suma, (...), fijar la siguiente doctrina legal: “El cómputo del plazo de caducidad de seis meses que establece el artículo 20.3 del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 928/1998, se inicia en la fecha del acta de infracción levantada por la Inspección, y no en la fecha de la visita de inspección de la que traiga causa si ésta fuera anterior, y termina en la fecha de notificación de la resolución del procedimiento sancionador.”

En cuanto a la revisión por la jurisdicción contencioso-administrativa de la resolución administrativa sancionadora, existen dos resoluciones que se han pronunciado sobre los criterios de cuantificación de la pretensión a efectos de acceder al recurso de casación para la unificación de doctrina. Sobre este tema, la misma **STS de 21 de julio de 2004**, u.d., Sala Tercera, recurso 74/2003, aclara que, tratándose de un acta en que se acumulen diversas infracciones diferenciadas, procede aplicar la previsión del art. 41.3 Ley 29/1998, y en consecuencia, “es la cuantía individualizada de cada una de las sanciones, y no la suma de todas, la que determina objetivamente la cuantía del proceso contencioso-administrativo a efectos de casación”: por ello, en el caso enjuiciado sólo se admite el recurso respecto a la sanción que supera los tres millones de pesetas (art. 96.3 Ley 29/1998) y, en cambio, se declara inadmisibles respecto a las otras dos sanciones que, aun contempladas en la misma acta de infracción, no alcanzan dicho tope. Por su parte, también la **STS de 22 de junio de 2004**, u.d., Sala Tercera, recurso 154/2003, declara la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina por razón de la cuantía, ya que, en una infracción de connivencia entre empresario y trabajador para la percepción indebida de prestaciones de desempleo, la sanción impuesta se fijó en 550.000 pesetas, por lo que el valor de la pretensión se encuentra lejos de alcanzar el mínimo legal para tener acceso al recurso: en este caso, no admite el Tribunal la alegación del infractor de que la cuantía del procedimiento supera los 18.000 euros, como resultado de sumar la multa referida a otras consecuencias económicas derivadas, tales como cotizaciones a la Seguridad Social, impuestos, prestaciones al trabajador o subvenciones a la empresa; y ello lo entiende así

el Tribunal porque, según razona la Sentencia, la pretensión de la demanda se reduce a impugnar el acto por el que se impone la sanción económica comentada, “a la que no pueden añadirse otros conceptos o responsabilidades”.

En un orden jurisdiccional distinto, cabe subrayar que la cuestión sobre la determinación del valor económico de la pretensión a efectos de acceso al recurso se ha planteado también en la **STS de 5 de mayo de 2004**, u.d., Sala Cuarta, I.L. J 536, si bien, en este caso, respecto a una infracción de los trabajadores en que la revisión de la resolución administrativa sancionadora se sustancia en la jurisdicción social. En el caso enjuiciado, la citada Sentencia declara la procedencia del correspondiente recurso de suplicación, por cuanto, de un lado se trata de una sanción consistente en la extinción –y no mera suspensión– de la percepción de desempleo reconocida, sin posibilidad de acceder a ninguna prestación o subsidio que pudiera corresponder por el agotamiento del derecho extinguido y con la consecuencia de dejar sin efecto su inscripción como demandante de empleo, con pérdida de todos los derechos inherentes a tal condición; y de otro lado, porque, además, la prestación extinguida tenía una duración de 217 días que implicaba que su cuantía excediera del tope de 1.803 euros fijado por el art. 189.1 LPL.

Finalmente, cabe completar este apartado mediante el análisis de ciertos pronunciamientos en que se constata la interrelación de las actas de infracción y el consiguiente procedimiento sancionador con el proceso laboral. De un lado, esta conexión se aprecia claramente en los procesos de oficio regulados en el art. 149 LPL, respecto a los que, dentro del período que examinamos, cabe destacar dos nuevas resoluciones judiciales, ambas referidas a la incoación de estos procedimientos como consecuencia de un acta de infracción por cesión ilegal de trabajadores. La primera de estas resoluciones es la **STS de 3 de marzo de 2004**, u.d., Sala Cuarta, I.L. J 172, en la que se aclara que del tenor del art. 149.2 LPL no cabe interpretar que la apertura del proceso de oficio sólo sea posible cuando las partes hayan impugnado o cuestionado la competencia de la autoridad laboral para resolver sobre la infracción y consiguiente sanción, dado que este dato resulta indiferente a los efectos procesales; por el contrario, el verdadero presupuesto para poder abrir el procedimiento de oficio es que de las alegaciones del sujeto responsable se deduzca que la cuestión de fondo que motivó la infracción es competencia de la jurisdicción social: en concreto, en este caso, las alegaciones efectuadas llevaban a tener que determinar si la relación entre ambas empresas constituía un arrendamiento de servicios o una cesión ilegal de trabajadores, lo que claramente queda dentro de la competencia de los tribunales laborales. A partir de aquí, una vez subrayada la incuestionable competencia de la autoridad laboral para resolver el procedimiento administrativo sancionador, el Tribunal Supremo explica cómo la iniciación del proceso laboral de oficio se convierte en causa de suspensión del expediente sancionador:

“El problema se produce cuando (...) se plantea una cuestión previa de fondo de naturaleza laboral acerca de la cual se plantea una discusión propia de un proceso judicial, y es para estos casos para los que el legislador ha previsto una solución de prejudicialidad suspensiva del procedimiento administrativo a través del procedimiento judicial ‘de

## XI. Administración Laboral

oficio' de los arts. 146 y siguientes LPL. La solución judicial a este problema de fondo no elimina la competencia de la Autoridad Laboral para resolver aquella impugnación, aunque lo condicione hacia una solución derivada de la decisión a aquella cuestión previa.”

Por su parte, la **STS de 26 de abril de 2004**, u.d., Sala Cuarta, I.L. J 446, insiste sobre esta última idea y, reproduciendo la doctrina sentada en sentencias anteriores, hace hincapié en la finalidad de estos procedimientos de oficio como instrumentos para evitar futuros conflictos competenciales:

“de lo que se trata es de que los Tribunales de este orden jurisdiccional clarifiquen si ha existido o no la situación jurídica de cesión ilegal de trabajadores (en el caso que nos ocupa), como cuestión prejudicial a efectos de que la Autoridad administrativa pueda resolver, con base en ello, si procede o no la sanción, que debido a una presunta cesión ilegal, le había propuesto la Inspección de Trabajo. Con ello se trata de evitar el planteamiento del conflicto de competencia al que alude el art. 12 de la LPL, en el caso de que los Tribunales del orden contencioso-administrativo hubieran de resolver un recurso de esta última clase contra la resolución que en el expediente de infracción adoptara en su día la Autoridad administrativa laboral”.

De otro lado, la relación existente entre el procedimiento sancionador y el proceso laboral puede también valorarse desde la perspectiva del valor probatorio que los tribunales del orden social conceden a las actas de infracción extendidas por la Inspección de Trabajo. A este respecto, y al margen de las circunstancias concretas del caso, la **STS de 25 de febrero de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 136, resulta concluyente respecto a la falta de eficacia revisoria de las actas e informes de la Inspección relativos a la comisión de una infracción, dado que, por lo que se refiere al motivo de revisión previsto en el art. 510.1 LEC, dichas actas e informes no tienen la consideración de documentos “retenidos” y “recobrados”, al poseer una antigüedad anterior a la celebración del juicio y ser susceptibles de aportación por el interesado.

### **B) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias: Salud laboral**

Para cerrar esta crónica, respecto a las concretas infracciones y sanciones tipificadas en la LISOS tan sólo cabe hacer mención a la **STS de 19 de abril de 2004**, Sala Tercera, I.L. J 463, que en relación a una infracción muy grave cometida en materia de prevención de riesgos que dio lugar a un accidente de trabajo por deficiencias en las medidas de seguridad, se plantea una cuestión de indudable interés: la incidencia de la imprudencia del trabajador accidentado sobre la cuantificación final de la sanción, en atención al principio de proporcionalidad. En realidad, de esta sentencia se dio ya cuenta en la crónica anterior, identificada con el número de recurso de casación 274/2002. Ahora, su lectura se facilita por su incorporación a la revista bajo la referencia I.L. J 463, no estando de más que, a la vista de la importancia del tema, se vuelva a insistir sobre la doctrina sentada por el Tribunal Supremo.

En síntesis, recuérdese que, como afirmación de principio y en abstracto, el Tribunal Supremo resuelve que la concurrencia de imprudencia en el trabajador sí “debe ponderarse o valorarse en estos casos de lesión del operario por falta de adopción de medidas de seguridad por parte de la empresa”. Ello lo entiende así el Tribunal “al menos cuando haya sido alegado por las partes”. Ahora bien, la propia Sentencia advierte que esta aseveración debe ser inmediatamente matizada en cada caso concreto, pues, aun cuando la imprudencia del trabajador concurra, sólo podrá ponderarse a efectos de rebajar la sanción infligida a la empresa cuando su culpa haya incidido de forma considerable en la producción del accidente, pues, en otro caso, si el peligro de accidente estuviera igualmente presente con independencia de la imprudencia del trabajador, no procedería reducir la multa impuesta, tal y como ocurre en el supuesto enjuiciado: “Es decir, incluso en el caso de que esa imprudencia se produzca, no procede ponderar la cuantía de la sanción cuando lo verdaderamente determinante sea que la empresa no adoptó las medidas oportunas de seguridad, de modo tal que (con o sin imprudencia del trabajador), el riesgo de lesión fuera cierto”.

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) Competencia territorial. Pactos de sumisión expresa y tácita. B) Conflictos suscitados entre cooperativas y socios trabajadores. C) Corresponsal de prensa. Relación laboral. **3. Jurisdicción laboral. Incompetencia.** A) Obligaciones de cotización y recaudación. B) Libertad sindical. Participación de un sindicato en la Mesa Sectorial de Sanidad de una Comunidad Autónoma. C) Minusválidos. Ayudas. D) Expediente de regulación de empleo. Relación de trabajadores afectados. E) Personal estatutario de los Servicios de Salud. Impugnación de convocatoria para cubrir un puesto. F) Becario. Inexistencia de relación laboral.

**4. Conciliación extrajudicial. Reclamación previa: nulidad de actuaciones. 5. Actos de comunicación procesal. Citación por edictos. 6. Demanda. Reconvención: necesidad de anunciarla en el acto de conciliación administrativa. 7. acumulación. Acciones.**

**8. Excepciones.** A) Cosa juzgada. Base reguladora invalidez permanente. B) Inadecuación de procedimiento. C) Litispendencia. D) Falta de legitimación activa. E) Caducidad. F) Prescripción. **9. Práctica de la prueba.** A) Valoración de la prueba. Facultad del Juez a quo. B) Interrogatorio de la parte demandada en la persona del letrado. C) Práctica de diligencia final (para mejor proveer). **10. Sentencia.** A) Incongruencia. a) Existencia. b) Inexistencia. B) Hechos probados. Insuficiencia. **11. Despido. Salarios de tramitación.** A) Descuento de lo percibido en otro empleo. B) Limitación temporal. Requisitos. C) Incapacidad temporal. D) Reclamación al Estado. Interposición de querrela.

**12. Recurso de suplicación. Afectación general. 13. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** A) Contradicción: requisitos materiales. B) Escrito de preparación. C) Contenido casacional. **14. Recurso de revisión.** A) Maquinación fraudulenta. B) Documentos que habilitan el recurso. **15. Recurso de amparo.** A) Agotamiento de la vía judicial previa. B) Plazo. **16. Ejecución de sentencia. Intereses: capital coste pensión. 17. Costas.**

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica jurisprudencial analiza las resoluciones judiciales de especial interés que se refieren a cuestiones relativas al proceso laboral, y que han sido publicadas en los números 1 a 4 (ambos inclusive) del año 2004 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*. Se destaca la multitud de sentencias del TS dictadas en materia de afectación general como requisito de acceso al recurso de suplicación con independencia de la cuantía.

## 2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

### A) Competencia territorial. Pactos de sumisión expresa y tácita

Según la STS de 16 de febrero de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 201, la sumisión expresa a una determinada jurisdicción no puede ser aceptada en el ámbito de las relaciones laborales debido a que, dada su situación de preeminencia y superioridad, el empresario puede forzar al trabajador a someterse a una jurisdicción que le resulte especialmente dificultosa. No obstante, no cabe mantener el mismo criterio respecto a la sumisión tácita, ya que ésta no potencia la situación de prevalencia del empresario y, además, al contrario de lo que ocurre en el caso de la sumisión expresa, este tipo de sumisión opera sobre un proceso ya iniciado, por lo que al demandado le es posible valorar las consecuencias de la misma.

### B) Conflictos suscitados entre cooperativas y socios trabajadores

La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 28 de enero de 2004, I.L. J 620, recuerda que, de conformidad con el art. 82 de la Ley de Cooperativas, serán los Estatutos o el Reglamento de régimen interno de la cooperativa en cuestión los que establezcan el régimen disciplinario de los miembros de la misma, regulando los tipos de faltas que puedan producirse en la prestación del trabajo. Ello no impide, no obstante, que el orden social sea el competente para conocer de las cuestiones contenciosas que se susciten entre la cooperativa y sus socios trabajadores en su condición de tales, según establece el art. 87 de la citada Ley.

### C) Corresponsal de prensa. Relación laboral

La STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de marzo de 2004, I.L. J 672, analiza si debe ser calificada o no como laboral la relación de servicios existente entre un corresponsal de prensa y una empresa dedicada a la obtención y distribución de información española e internacional. En este supuesto, la concurrencia de las notas de voluntariedad, retribución y ajeneidad eran indudables. La nota de dependencia, a juicio del TSJ, se daba, pero atenuada por la ausencia de sujeción a horarios. No obstante, el TSJ considera que en determinados supuestos, la nota de dependencia no puede contemplarse de forma rígida y unidireccional, no siendo necesaria una subordinación absoluta y califica la relación de laboral.

### 3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

#### A) Obligaciones de cotización y recaudación

La STS de 19 de enero de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 8, confirma la doctrina del Alto Tribunal según la cual el orden jurisdiccional laboral es incompetente para conocer de las controversias que tengan por objeto la declaración de la existencia de la obligación de cotizar o la determinación del importe y alcance de las cotizaciones, siendo irrelevante a estos efectos que haya o no un acto administrativo previo de liquidación. Este mismo criterio es mantenido en las SSTS de 26 de enero y 30 de enero –dos– de 2004, todas de la Sala Cuarta, I.L. J 56, 186 y 43. Esta última sentencia cita, para ello, las siguientes razones: por una parte, que el concepto de gestión recaudatoria, que según el art. 3.1.b) LPL queda excluido de la competencia del orden social, debe entenderse en sentido amplio, incluyendo la declaración de la obligación de cotizar; en segundo lugar, que la noción de recaudación, claramente excluida del orden jurisdiccional social, comprende tanto la recaudación en vía ejecutiva como voluntaria, y esta última incluye las operaciones de declaración de deuda; y, finalmente, que, en virtud del principio de unidad del ámbito jurisdiccional, no cabe separar la actividad de cobranza de la que delimita si dicha cobranza fue o no indebida. Estos argumentos se recogen también en la STS de 7 de abril de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 330. La STS de 30 de enero de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 55, sigue la línea de las anteriores, matizando, no obstante, que el orden social sí es competente para determinar si el demandante (en este caso, un médico del INSALUD que presta servicios de forma eventual) tiene o no derecho a permanecer en alta durante todo el tiempo que dura la relación laboral y no sólo durante los días en que presta servicios.

#### B) Libertad sindical. Participación de un sindicato en la Mesa Sectorial de Sanidad de una Comunidad Autónoma

La STS de 28 de enero de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 121, analiza si el orden social es competente para conocer de una demanda de tutela de la libertad sindical interpuesta por un sindicato frente a la resolución de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Canario de la Salud, que impidió la participación de dicho sindicato en la Mesa Sectorial de Sanidad de esa Comunidad Autónoma. En este sentido, el TS entiende que esta cuestión debe ser conocida por el orden contencioso-administrativo, ya que en realidad se trata de la impugnación de un acto emanado de una Administración Pública.

#### C) Minusválidos. Ayudas

Según la STS de 26 de mayo de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 563, el orden social no es competente para conocer de la reclamación sobre el derecho a una ayuda a personas con discapacidad: la regulación de dicha ayuda está contenida en una norma de ámbito autonómico y no se trata de una prestación de la Seguridad Social.

**D) Expediente de regulación de empleo. Relación de trabajadores afectados**

La STSJ de Andalucía (Granada) de 7 de enero de 2004, I.L. J 576, declara que el orden social es incompetente para conocer de la impugnación de la extinción de un contrato de trabajo incluido expresamente entre los 1.790 contratos de trabajo que una empresa había sido autorizada a extinguir en virtud de autorización administrativa. La razón esgrimida para ello es que, al contener dicha autorización una relación de los concretos puestos afectados, la comunicación de cada extinción no es sino la ejecución de dicha autorización y cualquier cuestión relativa a la misma debe ser conocida por el orden contencioso-administrativo.

**E) Personal estatutario de los Servicios de Salud. Impugnación de convocatoria para cubrir un puesto**

En el supuesto analizado en la STSJ de Andalucía (Málaga) de 8 de enero de 2004, I.L. J 585, el actor, personal estatutario del Servicio Andaluz de la Salud, impugna ante el orden contencioso-administrativo la resolución por la cual se realiza la convocatoria para la cobertura de un determinado puesto. La sentencia entiende que, a pesar de que, con carácter general, el orden social es competente para conocer de las cuestiones relativas al personal estatutario, en este caso, es el orden contencioso-administrativo el competente por tratarse de una promoción interna prevista en la Disposición Adicional Séptima de la Ley 30/1999, de 5 de octubre, de selección y provisión de plazas de personal estatutario de los Servicios de Salud.

**F) Becario. Inexistencia de relación laboral**

La cuestión a determinar en la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 8 de marzo de 2004, I.L. J 640, gira en torno a la calificación o no como laboral de la relación existente entre un becario y la Fundación Orquesta Filarmónica de Gran Canaria. En este supuesto, el TSJ concluye que dicha relación no es de naturaleza laboral, ya que lo determinante de la relación entre las partes era la formación teórica y práctica del becario.

**4. CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL. RECLAMACIÓN PREVIA: NULIDAD DE ACTUACIONES**

La STS de 24 de marzo de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 239, analiza las consecuencias jurídicas derivadas de la falta del requisito preprocesal de reclamación previa a la vía judicial. El TS entiende que este incumplimiento acarrea la apertura de un trámite en el que debe concederse al demandante un plazo de cuatro días para subsanar la omisión y la nulidad de las actuaciones practicadas a partir de la presentación de la demanda, con reposición del procedimiento al momento procesal de presentación de la misma.

## **XII. El Proceso Laboral**

### **5. ACTOS DE COMUNICACIÓN PROCESAL. CITACIÓN POR EDICTOS**

Al amparo de lo dispuesto en el art. 59 LPL, la STS de 16 de enero de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 57, establece que sólo cabe acudir a la citación edictal cuando no conste el domicilio del interesado o se ignore su paradero. De esta forma, la validez constitucional de este cauce exige que se hayan agotado previamente otras modalidades de citación que aseguren en mayor medida la recepción por el destinatario de la correspondiente notificación. Ello implica, según el TS, un mayor nivel de diligencia del órgano judicial en la realización de los actos de comunicación.

### **6. DEMANDA. RECONVENCIÓN: NECESIDAD DE ANUNCIARLA EN EL ACTO DE CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA**

La STS de 6 de abril de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 373, establece que es inadmisibles la reconvencción formulada por la parte demandada en el acto del juicio oral sin haber sido anunciada previamente en el acto de conciliación, y ello aunque dicha parte no hubiera sido citada para la celebración del acto de conciliación. El TS entiende que la viabilidad de la reconvencción viene supeditada a su proclamación en el acto de conciliación, pues, si se admitiera sin el previo anuncio en sede de conciliación, la parte demandante reconvenida se vería sorprendida por la reconvencción en el acto del juicio oral, lo que podría causarle indefensión. Igualmente, el TS considera que la inadmisión de la reconvencción por tal motivo no genera indefensión al demandado, ya que la reconvencción constituye una verdadera demanda y, por ello, puede ejercitar su pretensión en un proceso posterior con todas las garantías legales y constitucionales.

### **7. ACUMULACIÓN. ACCIONES**

La STS de 12 de febrero de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 81, afirma que fue errónea la Providencia del Juzgado de lo Social que declaraba acumulación indebida de acciones en un supuesto en el que cuatro trabajadores reclaman contra la empresa por despido, tres de ellos solicitando la declaración de improcedencia del despido y el cuarto solicitando su nulidad. El TS entiende que no se estaban ejercitando acciones distintas, sino la misma, ya que la nulidad o la improcedencia del despido son efectos distintos del despido, pero, en todo caso, se basan en la misma causa de pedir.

### **8. EXCEPCIONES**

#### **A) Cosa juzgada. Base reguladora invalidez permanente**

La STS de 10 de mayo de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 519, aprecia la excepción de cosa juzgada y desestima la pretensión de modificar la base reguladora de la invalidez permanente absoluta, por cuanto dicha base reguladora fue fijada en un procedimiento anterior mediante una sentencia ya firme. El TS argumenta que esa primera sentencia

firme fijó “(...) no sólo el grado de invalidez permanente, sino también la base reguladora de la prestación reclamada (...)” y, en consecuencia, “(...) ambos factores conjunta e indisolublemente unidos pasan a formar parte del reconocimiento del derecho (...)”, no siendo posible volver a discutir ninguno de ellos en un procedimiento posterior, ya que coinciden las tres identidades del art. 1252 CC y, por consiguiente, existe cosa juzgada.

### **B) Inadecuación de procedimiento**

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 26 de marzo de 2004, I.L. J 643, establece que el cauce procesal del procedimiento de tutela de libertad sindical no es el adecuado para conocer de una impugnación de la actuación de la empresa en el marco de un proceso electoral, ya que el procedimiento adecuado sería el especial de proceso electoral. Por su parte, la STS de 21 de abril de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 402, considera que el procedimiento por conflicto colectivo no es el adecuado para conocer de una pretensión en la que se reclama el reconocimiento de los trabajadores eventuales como fijos discontinuos –en su modalidad de a tiempo parcial por tiempo indefinido–. La sentencia afirma que “(...) se trata no de un conflicto colectivo, sino de un conflicto plural indeterminado y afectante a trabajadores concretos (...)” y, por consiguiente, declara que que los empleados afectados deben acudir a demandas individuales.

### **C) Litispendencia**

La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 4 de febrero de 2004, I.L. J 630, afirma que las acciones de despido y de cesión ilegal, cualquiera que sea el orden en el que tales acciones hayan sido planteadas, “(...) no son acciones aptas para causar la litispendencia, pues la satisfacción del derecho que amparan prevalece sobre el riesgo de una eventual contradicción circunstancial que nunca podrá ser plena (...)”. Asimismo, la STS de 23 de marzo de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 245, conoce de un supuesto en el que se siguen dos procesos (uno por reclamación de cantidad y otro por despido) y en ambos se plantea la excepción de falta de jurisdicción por inexistencia de relación laboral. El TS desestima la excepción de litispendencia argumentando que el elemento de conexión entre ambos procedimientos (la existencia o no de relación laboral) sería susceptible de determinar un efecto positivo de cosa juzgada, pero no reúne las exigencias necesarias para apreciar la completa identidad propia de la litispendencia. En el mismo sentido, la STS de 30 de abril de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 386, rechaza la existencia de litispendencia entre un proceso de impugnación de convenio colectivo y otro proceso colectivo en el que se reclama contra determinadas prácticas empresariales que, en opinión de los actores, realizan una incorrecta aplicación del convenio colectivo. Aunque las pretensiones que se ejercitan mediante los dos procedimientos son sustancialmente idénticas (ambas pretenden unos fallos parecidos en sus efectos prácticos), el TS declara la inexistencia de litispendencia, ya que no concurren ni identidad subjetiva (en el proceso de impugnación del convenio colectivo las partes fueron las mismas que negociaron dicho convenio y, sin embargo, en el otro proceso colectivo la empresa demandada es una empresa concreta y determinada), ni identidad objetiva (en el proceso de impugnación del convenio se pretende la nulidad

## XII. El Proceso Laboral

de unos preceptos del convenio, mientras que en el proceso colectivo se intenta combatir una práctica de la empresa por incorrecta aplicación del convenio). Por todo ello, concluye el TS declarando la inexistencia de litispendencia en el caso analizado.

### D) Falta de legitimación activa

La STS de 26 de enero de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 124, afirma que una viuda está perfectamente legitimada para acudir a la jurisdicción social pidiendo la fijación de una base reguladora superior a aquella que administrativamente se había reconocido respecto de la pensión de incapacidad del causante fallecido. El TS determina que la viuda (...) es la titular del derecho subjetivo al percibo de la pensión de viudedad y la cuantía de esta pensión está íntimamente relacionada y es inseparable de la que hubiera debido tener la base reguladora de la prestación que por incapacidad venía percibiendo su esposo en el momento de fallecer (...). Añade la sentencia que (...) no estamos en presencia de una acción personalísima del causante, sino de una acción propia de la demandante, como titular que es del derecho a una pensión de viudedad, sin que nadie pueda negarle un interés legítimo (...). Por su parte, la STS de 27 de abril de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 351, establece que el Comité de Empresa de la empresa usuaria no tiene legitimidad activa para formular un conflicto colectivo en relación con las condiciones retributivas de los empleados en misión de la ETT que prestan servicios en dicha empresa usuaria. La sentencia analiza el art. 17.1 de la Ley 14/1994, por la que se regulan las ETTs, que concede a la representación legal de los trabajadores de la empresa usuaria la representación de los trabajadores de la ETT en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral. El TS interpreta este precepto en el sentido de negar, en este caso, legitimidad activa al Comité de Empresa de la empresa usuaria, ya que una reclamación sobre el sistema retributivo excede del alcance del precepto estudiado. Las reclamaciones que, en su caso, pretendan interponer los trabajadores de la ETT deberán ser dirigidas directamente por ellos o sus representantes contra ésta.

### E) Caducidad

La STS de 12 de febrero de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 81, entiende que la presentación de una demanda por despido suspende el plazo de caducidad, aunque posteriormente el actor tuviera que interponer una nueva demanda por declarar el Juzgado de lo Social que existía una acumulación indebida de acciones en la primera demanda presentada. El plazo de caducidad debe ser suspendido con la presentación de la primera de las demandas por despido porque, con su presentación, se estaba ejercitando la acción por despido. La STC 30/2004, de 4 de marzo, recurso de amparo 5876/2001, I.L. J 108, establece que la solicitud por el trabajador de designación de abogado de oficio y el reconocimiento del beneficio de justicia gratuita suspende el plazo de caducidad de la acción por despido; dicho plazo se reanuda en la fecha en la que se produzca la designación de abogado de oficio.

### F) Prescripción

Las SSTs de 5 de diciembre de 2003 y 27 de enero y 8 de marzo de 2004, todas de la Sala Cuarta, I.L. J 654, 52 y 273, establecen que la prescripción sólo puede ser tenida en

cuenta en favor de la parte que la haya alegado, ya que no es aplicable de oficio a todos los codemandados en la litis. Por otro lado, la STS de 20 de abril de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 342, establece que en las acciones por daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo, el cómputo del plazo de prescripción de un año se inicia cuando el trabajador “(...) tiene un cabal conocimiento de las secuelas del accidente y de las mermas que tales secuelas producen, tanto en su capacidad de ganancia, como en su patrimonio biológico (...)”. Ese “cabal conocimiento” se da cuando se notifica la correspondiente resolución firme del INSS declarando la incapacidad del trabajador. Por último, la STS de 31 de marzo de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 301, entiende que la pendencia de un recurso contencioso-administrativo interrumpe el plazo de prescripción de las acciones judiciales en materia laboral de los trabajadores y, por tanto, el *dies a quo* de tales acciones debe ser la fecha en la que adquiere firmeza la resolución judicial que resuelve la impugnación del acto administrativo recurrido.

## 9. PRÁCTICA DE LA PRUEBA

### A) Valoración de la prueba. Facultad del Juez *a quo*

La STSJ de Andalucía (Granada) de 10 de febrero de 2004, I.L. J 596, es rotunda al afirmar que es el Juez de instancia el único competente para la valoración de la prueba, eligiendo las más atinadas o de superior valor científico; y, salvo error del Juzgador evidenciado por pruebas documentales o periciales, tal valoración de la prueba ha de ser inamovible, lo que en modo alguno implica una absoluta soberanía en la apreciación probatoria, pues la CE exige una deducción lógica partiendo de datos ciertos y obtenidos de modo racional.

### B) Interrogatorio de la parte demandada en la persona del letrado

La parte actora recurre la sentencia de instancia solicitando la nulidad de actuaciones, por cuanto entiende que se le causó indefensión al haberse practicado la prueba de interrogatorio de parte en la persona del letrado. Basa la recurrente la indefensión en el hecho de que no se pudo interrogar a dicho letrado sobre determinados extremos, lo que debió tener como consecuencia tener por confesa a la demandada. La STSJ de Andalucía (Málaga) de 20 de febrero de 2004, I.L. J 603, desestima este motivo del recurso razonando que la recurrente no formuló la debida protesta en el acto de juicio contra la práctica de la prueba de confesión en la persona del letrado de la demandada, lo que constituye un requisito imprescindible para poder declarar la nulidad de actuaciones en el recurso de suplicación.

### C) Práctica de diligencia final (para mejor proveer)

La práctica de diligencia final (anteriormente denominada “para mejor proveer”), es potestativa para el Juez *a quo*, sea o no solicitada por las partes. Por ello, si dicha prueba

## XII. El Proceso Laboral

es denegada, no puede generar indefensión ni esa denegación necesita de motivación concreta. Ésta es la conclusión que alcanza la STSJ de Andalucía (Granada) de 3 de febrero de 2004, I.L. J 593.

### 10. SENTENCIA

#### A) Incongruencia

##### a) Existencia

Tras exponer sucintamente la doctrina del TS sobre el principio de congruencia –se incurre en incongruencia cuando la sentencia deja de resolver alguna de las pretensiones y cuestiones planteadas en la demanda; no se vulnera tal principio por el hecho de utilizar fundamentos jurídicos distintos siempre que no se sustituya el hecho básico objeto de la pretensión; es suficiente con que la sentencia se pronuncie categóricamente sobre las pretensiones formuladas– la STS de 12 de mayo de 2004, Sala Tercera, I.L. J 472, declara que existe incongruencia por cuanto el TSJ no se pronunció sobre la legalidad de las disposiciones reglamentarias en las que se fundamentó el acto administrativo impugnado: el actor ejercitó un recurso indirecto contra un Reglamento sin haber obtenido pronunciamiento alguno al respecto. También acoge la alegación de incongruencia *extra petita*, la STS de 7 de mayo de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 518, al haberse declarado en la instancia la nulidad de un precepto convencional que no se discutió por las partes y que nada tenía que ver con lo solicitado, omitiéndose pronunciamiento alguno sobre lo realmente solicitado.

##### b) Inexistencia

La STS de 18 de marzo de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 250, declara la inexistencia de incongruencia de la sentencia de instancia, por existir sólo un error material en la redacción de su fallo y no una discordancia entre éste y la fundamentación jurídica. Otro supuesto de inexistencia de incongruencia (esta vez, *extra petita*) se analiza en la STS de 26 de marzo de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 298.

#### B) Hechos probados. Insuficiencia

El STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 20 de enero de 2004, I.L. J 639, declara la nulidad de la sentencia de instancia por cuanto la misma no recoge todos los elementos fácticos para que el Tribunal *ad quem* pueda pronunciarse en justicia. Con cita expresa de las SSTs de 7 de noviembre de 1986, 6 de marzo de 1987, 10 de abril de 1990 y 20 de marzo y 6 de mayo de 1991, el TSJ manifiesta que “(...) el Juzgador de instancia debe recoger en la declaración fáctica de su Sentencia todos los hechos que puedan tener interés para resolver la cuestión debatida, y no sólo los que sirvan de base a él para dictar la sentencia que estime correcta (...)”.

## 11. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

### A) Descuento de lo percibido en otro empleo

La STS de 5 de mayo de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 424, admite que, en trámite de ejecución de sentencia, se descuenta de los salarios de tramitación aquellos percibidos de otro empleo, aun cuando éste hubiera existido antes de dictarse sentencia y no conste probado en la instancia. No obstante, a esta sentencia se formula Voto Particular por un Magistrado de la Sala. Por su parte, la STSJ de Andalucía (Málaga) de 27 de febrero de 2004, I.L. J 602, declara que, una vez acreditado que el trabajador ha prestado servicios para otro empleador durante la tramitación de la demanda, la empresa demandada no queda obligada a acreditar la cuantía exacta de los salarios percibidos por ese otro empleo, existiendo una presunción de que al menos se ha percibido el salario mínimo interprofesional a efectos del correspondiente descuento.

### B) Limitación temporal. Requisitos

La STSJ de Cataluña de 23 de enero de 2004, I.L. J 413, declara que para limitar el devengo de los salarios de tramitación, tienen que concurrir tres requisitos: (i) reconocimiento empresarial de la improcedencia del despido; (ii) ofrecimiento de la indemnización legal, y (iii) la consignación de dicha cantidad en el Juzgado de lo Social en las 48 horas siguientes al despido. En el caso analizado, no sólo el empresario hizo al trabajador una oferta global con saldo y finiquito, sino que no consignó en el Juzgado de lo Social la indemnización correspondiente, sustituyendo este requisito por una transferencia bancaria. En consecuencia, el TSJ declara el devengo de los salarios de tramitación hasta la fecha de notificación de la sentencia. Por su parte, la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 26 de febrero de 2004, I.L. J 638, declara la posibilidad de que una Administración Pública —en este caso, un Ayuntamiento— limite el devengo de los salarios de tramitación consignando las correspondientes cuantías en las 48 horas siguientes a la resolución de la reclamación previa. No obstante, para ello, resulta necesario que dicha reclamación previa se haya resuelto dentro del plazo de un mes legalmente establecido al amparo de lo dispuesto en el art. 69.2 LPL.

### C) Incapacidad temporal

La STS de 24 de mayo de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 440, declara la viabilidad de resolver en trámite de ejecución de sentencia la incidencia de la situación de IT en el devengo de los salarios de tramitación. Se trata de un supuesto en el que consta probado en la instancia la situación de IT en el momento del despido y el fallo no condena al pago de cantidad líquida en concepto de salarios de tramitación. Entiende el TS que resolver esta incidencia no contradice lo ejecutoriado.

### D) Reclamación al Estado. Interposición de querrela

La STS de 11 de mayo de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 523, declara que si la sentencia que declara la improcedencia del despido se dicta transcurridos más de 60 días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda, la empresa podrá reclamar al Estado el abono de los salarios de tramitación que excedan de dicho plazo, incluyendo aquellos correspondientes al período durante el cual se suspendió el plazo para dictar sentencia para acreditar la presentación de una querrela por falsedad de documento. Sin embargo, el TS declara que no se incluyen a tal efecto, los salarios de tramitación devengados durante el período de tramitación del proceso penal, unificándose la doctrina en este sentido.

### 12. RECURSO DE SUPPLICACIÓN. AFECTACIÓN GENERAL

La STS de 26 de febrero de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 133 y la STS de 2 de marzo de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 169, establecen que la denegación del acceso al recurso se producirá de forma efectiva, a menos que concurra en el caso “afectación general”, lo que supone la existencia de una situación real de litigio sobre la cuestión que afecte a un número muy elevado de trabajadores. Sobre el mismo particular, la STS de 2 de marzo de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 164, conviene que la cuestión planteada debe resolverse a la luz de la nueva doctrina unificada de las SSTs de 3 y 6 de octubre de 2003, dictadas en Sala General, doctrina que abandona expresamente la anterior doctrina unificada que establecieron las SSTs de 15 de abril de 1999, aplicada por la sentencia que ahora se recurre. Tal y como expone la STS de 12 de febrero de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 146, esta nueva doctrina jurisprudencial afirma que la afectación general ha de entenderse como una “situación de conflicto generalizado” apreciada por el Juez, y no es necesaria la previa alegación de parte y la probanza de la afectación múltiple. En el mismo sentido, se pronuncia la STS de 5 de marzo de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 171. No obstante, las SSTs de 5 de marzo y 23 de abril de 2004, ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 154 y 364 exigen dicha alegación y la prueba de la afectación múltiple. La STS de 3 de febrero de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 137, reconoce que la afectación debe considerarse notoria y que la afectación múltiple se trata de una materia de competencia funcional que puede ser determinada de oficio por la Sala *ad quem*. Igualmente, la STS de 26 de enero de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 120, señala que las Salas de lo Social de los TTSSJ al resolver el recurso de suplicación, y la Sala de lo Social del TS al examinar el recurso de casación para la unificación de doctrina gozan de libertad de decisión, en lo que concierne a esta concreta materia de la afectación múltiple, toda vez que, a pesar del carácter extraordinario de ambos recursos y de la naturaleza excepcional del segundo, se trata de una materia de competencia funcional que puede ser examinada de oficio por la Sala *ad quem*, sin necesidad de cumplir con las rigurosas exigencias propias de dichos recursos. En el mismo sentido se dictan las SSTs de 24 de marzo y 1 de abril de 2004, ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 261 y 368. De otro lado, la STS de 30 de enero de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 40, señala que la notoriedad regulada en el art. 189.1.b) LPL no es la misma que la regulada en el art. 281.4 LEC de forma absoluta y rigurosa. Se trata, en definitiva, de que la afectación general quede de manifiesto por la intrínseca y peculiar naturaleza de las reclamaciones efectuadas y a la vista de los elementos circunstancias propias de tales reclamaciones y demás datos operantes en autos. En el mismo sentido se pronuncian las SSTs de 20 y 27 de enero de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 36 y 4.

### 13. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

#### A) Contradicción: requisitos materiales

La STS de 7 de mayo de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 607, señala que los pronunciamientos confrontados en el recurso no son contradictorios a los efectos del art. 217 LPL por la falta de la necesaria identidad fáctica. Se exige, por tanto, que las resoluciones que se aportan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales.

#### B) Escrito de preparación

La STS de 24 de febrero de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 177, desestima la pretensión de un recurso de casación para unificación de doctrina en el que se solicita que se declare la responsabilidad del FOGASA por las indemnizaciones de despido no abonadas por el empresario en un supuesto de insolvencia. El escrito de formalización, que debe recoger con detalle una exposición clara y explícita de los puntos sometidos a contradicción, contiene defectos insubsanables, al haber omitido una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada y una fundamentación suficiente de la infracción legal denunciada. En el mismo sentido se pronuncian las SSTs de 29 de abril y 2 de junio de 2004, ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 560 y 605.

#### C) Contenido casacional

La STS de 20 de enero de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 122, desestima el recurso de casación para unificación de doctrina, inadmitiendo el proceso por la carencia de contenido casacional. Señala la Sala que, de conformidad con las previsiones del art. 205 LPL, sobre los motivos en los que puede fundarse la casación, la falta de agotamiento de la vía previa a la interposición de la demanda (vía previa consistente en la petición ante la Comisión Paritaria del convenio colectivo cuyo plus de penosidad se reclama) no tiene hoy día acceso al recurso de casación, por ser éste un recurso extraordinario que sólo puede entablarse con base en motivos legalmente tasados, en los que no encaja la presunta infracción alegada.

### 14. RECURSO DE REVISIÓN

#### A) Maquinación fraudulenta

La STS de 2 de febrero de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 68, establece que no concurre maquinación fraudulenta por parte del actor a la hora de señalar un domicilio supuestamente falso de la empresa demandada para que ésta no reciba las oportunas notificaciones. La empresa debe actuar diligentemente si a posteriori modifica su domicilio con el riesgo de no recibir notificaciones. Por otro lado, la STS de 3 de mayo de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 481,

## XII. El Proceso Laboral

desestima el recurso por no probarse cumplidamente la concurrencia de un elemento subjetivo. La maquinación fraudulenta debe ser realizada personalmente o con auxilio de un tercero por la parte que ha obtenido un pronunciamiento favorable. No cabe apreciar maquinación fraudulenta puesto que ésta no puede nunca suponerse.

### B) Documentos que habilitan el recurso

En la STS de 12 de febrero de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 178, se desestima el recurso de revisión, puesto que el documento que se invoca carece de las condiciones requeridas por el art. 510.1 LEC, ya que el documento de referencia, de fecha anterior a la sentencia cuya revisión se pretende, no fue indisponible por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiera dictado. La STS de 26 de abril de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 538, desestima el recurso de revisión ya que el documento que se invoca fue emitido el 12 de enero de 2001 y la sentencia que se pretende revisar data del 25 de enero de 2000. Aunque la actual redacción de las causas de revisión (art. 510 LEC) se refiere a documentos que se “recobraren u obtuvieren” después de pronunciada la sentencia, se mantiene la doctrina consolidada del TS, según la cual estos documentos son aquellos que existían con anterioridad a la fecha de la sentencia.

## 15. RECURSO DE AMPARO

### A) Agotamiento de la vía judicial previa

Las SSTC 62/2004, 64/2004, 66/2004 y 103/2004, de 19 de abril (las tres primeras) y de 2 de junio, recursos de amparo 6273/2001, 6520/2001, 955/2002 y 4248/2002, I.L. J 215, 214, 213 y 224, declaran que no existe infracción del principio de subsidiariedad del amparo en los supuestos en que la sentencia de instancia pone fin a la vía judicial, al no ser dicha sentencia susceptible de recurso alguno al amparo de lo dispuesto en el art. 132.1.b) LPL (materia electoral). Por su parte, la STC 60/2004, de 19 de abril, recurso de amparo 4071/2000, I.L. J 216, desestima el amparo solicitado por falta de agotamiento de la vía judicial previa: en el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto previamente, el TS no pudo pronunciarse al no haberse aportado sentencia de contraste. Razona por tanto el TC que, como el recurso que ponía fin a la vía judicial previa no se formalizó conforme a las normas que resultan de aplicación, la propia impericia del demandante frustró la posibilidad de reparación del derecho en la vía judicial. De otro lado, la STC 83/2004, de 10 de mayo, recurso de amparo 740/2000, I.L. J 219, admite el amparo, aun cuando los recursos que pusieron fin a la vía judicial previa fueron de dudosa procedencia (incidente de nulidad de actuaciones y recurso de súplica).

### B) Plazo

La STC 85/2004, de 10 de mayo, recurso de amparo 5459/2000, I.L. J 221, razona sobre la extemporaneidad de una demanda de amparo. El TC aclara que el plazo para interponerla es de 20 días desde la notificación de la resolución que ponga fin a la vía judicial, siendo este plazo de caducidad, improrrogable y no susceptible de suspensión.

**16. EJECUCIÓN DE SENTENCIA. INTERESES: CAPITAL COSTE PENSIÓN**

La STS de 18 de marzo de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 241, considera que no procede el abono de intereses en los casos de condena a las Mutuas al abono de una pensión vitalicia, ya que las Mutuas no son condenadas al pago de una cantidad líquida de la pensión reconocida, sino a la constitución del capital coste, que no puede fijar la sentencia por depender de cálculos actuariales que debe realizar la Entidad Gestora correspondiente. Por tanto, no resulta aplicable a este caso el art. 576 LEC, ya que, para poder recurrir, la Mutua ha de consignar el capital coste renta y con dicha consignación queda liberada de toda obligación.

**17. COSTAS**

La STS de 20 de mayo de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 437, no condena en costas al Servicio Andaluz de Salud, aunque entiende que no existe contradicción real apreciable entre las sentencias comparadas. La sentencia de referencia para la contradicción que presenta la recurrente mantuvo el criterio de que el INSS no puede ser condenado al pago de costas, por gozar del beneficio de justicia gratuita. Sin embargo, se produce la circunstancia de que mientras que el INSS está formalmente reconocido como Entidad Gestora de la Seguridad Social en nuestra normativa básica, no ocurre tal cosa con el Servicio Andaluz de Salud. No obstante, aunque se entiende que no existe contradicción, se considera como doctrina reiterada que, aunque los Servicios de Salud de las CCAA no tienen consideración formal de Entidades Gestoras de la Seguridad Social, sí que desarrollan materialmente sus funciones y son entidades públicas que ejercen una función de Seguridad Social, por cuya razón merecen el mismo tratamiento que aquéllos en relación con exención de la condena en costas. La STS de 7 de mayo de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 511, resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina en el que se concluye que no procede imposición de costas al INSS. Para que excepcionalmente proceda la condena en costas a una Entidad Gestora que goza por Ley del beneficio de justicia gratuita debe existir por parte de ésta una conducta que demuestre su actuación temeraria, por ejemplo, cualquier actuación que demore injustificadamente la ejecución de sentencia. En cambio, no se deduce la existencia de temeridad imputada al INSS del hecho de no abonar intereses al realizar la liquidación de atrasos, o por aplicar descuentos en dicha liquidación por incompatibilidad con otras prestaciones. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 25 de mayo de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 441.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ

FÉLIX BOLAÑOS GARCÍA

PAZ DE LA IGLESIA ANDRÉS

ENRIQUE LALAGUNA HOLZWARTH

**XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO****Sumario:**

**Consideraciones preliminares. 1. El recargo de prestaciones por omisión de las medidas de seguridad.** A) Naturaleza jurídica. B) Responsabilidad solidaria entre la empresa contratista y subcontratista. C) Procedimiento para la imposición del recargo.

**2. Infracciones y sanciones por incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales.** A) Graduación de las sanciones. a) Principio de proporcionalidad.

**3. La responsabilidad del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo.**

A) Acción de daños y perjuicios: prescripción. B) Responsabilidad solidaria en los supuestos de subcontratación.

**CONSIDERACIONES PRELIMINARES**

La presente crónica da cuenta de los pronunciamientos que sobre esta materia se recogen en los números 1 a 4 del año 2004 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*. Hay que destacar, por un lado, la Sentencia del TS de 17 de mayo de 2004, I.L. J 420, que viene a declarar la ilegalidad del artículo 16.2 OM de 18 de enero de 1996 y, por tanto, de la suspensión del procedimiento de imposición del recargo de prestaciones cuando se siga causa penal. Por otro, se observa la desestimación de varios recursos de casación para la unificación de doctrina con argumento en la falta de contradicción con la sentencia de contraste en materia de indemnización de daños y perjuicios y de recargo de prestaciones.

La exigencia de controversias esencialmente iguales con pronunciamientos distintos se presenta como un límite cuando se trata de identificar identidades a la hora de enjuiciar comportamientos que, por las particulares circunstancias de cada accidente, “raramente se repiten” a la hora de calificar jurídicamente “acciones u omisiones integrantes de culpa, dolo o negligencia” (STS de 2 febrero de 2004, I.L. J 196) o, como señala la STS de 16 de marzo de 2004, I.L. J 230, se trata de supuestos “en los que el enjuiciamiento afecta más a la fijación y valoración de los hechos singulares que a la determinación del sentido de la norma en una línea interpretativa de carácter general”. De esta forma, el enjuiciamiento de la contradicción se desplaza a los hechos probados en las sentencias confrontadas y, salvo que se dé la identidad más absoluta en los hechos, la Sala de lo

Social resolverá por falta de contradicción, pues como refiere esta última sentencia “es distinta la máquina, el proceso industrial, la categoría profesional y la actividad laboral desarrollada, por lo que es evidente que no existe el requisito de identidad”, aun cuando se trate en ambas sentencias (recurrida y de contraste) de un riesgo de atrapamiento por partes móviles que provoca una lesión en las extremidades superiores.

Este criterio también se extiende al recargo de prestaciones rechazando la identidad no sólo cuando las infracciones de medidas de seguridad y el modo de producirse los accidentes son distintos (STS de 20 de enero de 2004, I.L. J 45), sino también cuando la diferencia alcanza a la propia fundamentación, ya que a la sentencia recurrida son de aplicación la LPRL y el RD 1627/1997 y, en cambio, la de contraste se funda en normas anteriores y distintas, concluyendo que podría haberse inadmitido en trámite anterior. A igual resultado llega la STS de 24 de marzo de 2004, I.L. J 275, por falta de contradicción respecto de la fundamentación.

Se manifiesta, así, una tendencia que tendrá su reflejo en numerosos autos de inadmisión y situará extramuros del recurso de casación en unificación de doctrina las controversias que se susciten para reclamar la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de las medidas de seguridad o por recargo de prestaciones, que raramente pasarán de órganos inferiores.

## **1. EL RECARGO DE PRESTACIONES POR OMISIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD**

### **A) Naturaleza jurídica**

La STS 22 de abril de 2004, I.L. J 406, considera, *obiter dicta*, que el recargo de prestaciones no es una prestación de Seguridad Social “sino un incremento a cargo del empresario, que no se incluye en la acción protectora de la Seguridad Social, aunque tome como módulo de cálculo el importe de la prestación”.

### **B) Responsabilidad solidaria entre la empresa contratista y subcontratista**

La doble dirección doctrinal del TS sobre la responsabilidad solidaria, tanto en los supuestos de contrata de obras y servicios referidos a la propia actividad y desarrollados en el centro de trabajo de la empresa principal como en aquellos supuestos en los que el contrato instrumental no está vinculado a la propia actividad del comitente, confluyen en la STS de 29 de abril de 2004, I.L. J 382, al considerar que no existe contradicción entre las sentencias recurrida y alegada pese a que en ambas se debate la procedencia o no de extender la responsabilidad a la empresa principal en supuestos de contrata y subcontratas por infracciones a la normativa de prevención de riesgos. Ambas sentencias llegan a soluciones distintas: en la sentencia recurrida se estima que la responsabilidad solidaria se extiende al recargo de prestaciones en los supuestos de subcontratación, en

### XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

cambio, en la sentencia de contraste se considera que la empresa principal sólo responde solidariamente del recargo cuando el accidente también es imputable a dicha empresa como sujeto infractor, sin que sea suficiente su mera posición como empresa principal. Esta divergencia tiene como punto de partida la existencia de hechos distintos, así como otras diferencias sustanciales y relevantes en cada caso que el TS hace recaer sobre la distinta actividad de las respectivas empresas principales y la distinta titularidad del lugar donde se realiza la actividad subcontratada, puesto que al no realizarse la actividad en el centro de trabajo de la empresa principal ésta no viene obligada a vigilar los trabajos que se realizan.

No obstante, la sentencia objeto de reseña evoca la doctrina sentada por el TS en relación con la responsabilidad solidaria de la empresa principal en el caso de subcontratación de obras y servicios y su extensión al recargo de prestaciones, ya se refieran o no a la propia actividad de la empresa principal. Junto al criterio sustentado ya desde la Sentencia de 18 de abril de 1992 y reiterado en otras sentencias –la responsabilidad solidaria comprende el recargo de prestaciones y el empresario principal puede ser infractor a los efectos del artículo 123 Ley General de Seguridad Social, ya que “cuando se desarrolla el trabajo en el centro de trabajo de la empresa principal, con sus instrumentos de producción y bajo su control es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños al empleado de la contrata”– añade que lo decisivo no es tanto la calificación o que se esté en presencia de una actividad referida a la propia actividad “como que el accidente se haya producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad”, en un ámbito productivo que se encuentra bajo su control, citando expresamente la STS de 5 de mayo de 1999, que resuelve un supuesto de contrata de obra o servicio no referido a la propia actividad con extensión de la responsabilidad solidaria a la empresa principal por recargo de prestaciones.

#### C) Procedimiento para la imposición del recargo

La cuestión resuelta por la STS de 17 de mayo de 2004, I.L. J 420, aborda la suspensión de la tramitación del expediente del recargo de prestaciones en vía administrativa cuando de la falta de medidas de seguridad se derivan actuaciones penales por el mismo accidente, para concluir que no procede la suspensión por no ser de aplicación el artículo 16.2 OM de 18 de enero de 1996 puesto que no existe un fundamento legal que la sustente. La resolución judicial tiene como trasfondo la actuación previa de la Inspección de Trabajo para imponer el recargo de prestaciones y la resolución del INSS acordando suspender dicha tramitación por haberse abierto causa penal. El trabajador impugna el acuerdo de suspensión ante la Jurisdicción social y es estimada tanto en la instancia como por la Sentencia de 1 de abril de 2003 del TSJ del País Vasco, que considera que la existencia de un proceso penal no es suficiente causa para suspender el expediente del recargo, ya que la LISOS ordena paralizar el procedimiento sancionador, pero el procedimiento para la imposición del recargo no constituye propiamente un proceso sancionador. Solución que difiere de la contenida en la Sentencia de 2 de diciembre de 1997 del TSJ de Castilla-La Mancha, alegada por el INSS, que establece que tanto el procedimiento sancionador como el promovido para imponer el recargo de prestaciones se ven afectados en aquellos

supuestos en que haya actuaciones penales, con la consiguiente paralización hasta que se ponga fin al proceso penal mediante la correspondiente resolución.

Para resolver la cuestión jurídica que subyace, el TS opone el artículo 16.2 OM de 18 de enero de 1996 –que prevé la suspensión del expediente administrativo para imponer el recargo de prestaciones en el supuesto de que recaiga procedimiento penal– con el artículo 86.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, que establece la no suspensión del procedimiento laboral cuando se siga causa criminal por los hechos debatidos. Asimismo, contrasta la previsión contenida en la OM con la eventual existencia de “un sustrato legal que le sirva de fundamento” que, en su caso, permita justificar la excepción al principio de celeridad que preside la resolución de los expedientes en materia de prestaciones. Rechaza que sea aplicable la previsión contenida en el artículo 3.2 del TR de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (RDL 5/2000) porque la paralización afecta sólo al procedimiento sancionador y el recargo de prestaciones tiene “una consideración *sui generis* que le aparta de la sanción propiamente dicha al ser beneficiarios de su cuantía el trabajador o sus causahabientes”. Por otra parte, con auxilio de la doctrina constitucional y de la propia Sala, señala que la imposición de este recargo no afecta al principio *non bis in idem* dada la naturaleza jurídica y características de esta singular institución. La sentencia considera, además, que no es de aplicación la paralización prevista en la LISOS porque, de un lado, la cuantía del recargo es compatible “por mandato legal, con las que puedan derivarse de la causa penal” y, de otro, el distinto e independiente alcance que tienen la responsabilidad penal y el recargo de prestaciones, ya que “Lo determinante para la imposición del recargo es la ausencia de medidas de seguridad, requisito objetivo, independiente de la persona física responsable de su ausencia”. De ahí que concluya que la paralización del expediente administrativo prevista en la OM de 18 de enero de 1996 “carece de un mandato legal que lo sustente, pues no puede entenderse por tal el otro precepto legal, el artículo 3.2 del RDL 5/2000, cuya infracción también se denuncia”. Los efectos que se derivan de esta sentencia tienen una clara repercusión sobre los expedientes pendientes de resolución por suspensión condicionada a las actuaciones penales, ya que al ser expulsada esta norma del ordenamiento de Seguridad Social los eventuales beneficiarios del recargo de prestaciones no tienen que esperar a que recaiga sentencia firme, pudiendo exigir la reanudación del procedimiento cualquiera que sea la fase procesal en que se encuentre, toda vez que hace ineficaz la utilización de los recursos en materia penal con una finalidad dilatoria.

## **2. INFRACCIONES Y SANCIONES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES**

### **A) Graduación de las sanciones**

#### **a) Principio de proporcionalidad**

La STS de 19 de abril de 2004, Sala Tercera, I.L. J 463, resuelve en el correspondiente recurso de casación para unificación de doctrina el debate sobre la concurrencia de culpas

### XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

y su toma en consideración a efectos de garantizar el principio de proporcionalidad en el ámbito sancionador. Es decir, si en la imposición de una sanción administrativa a una empresa por incumplimiento de su obligación de adoptar medidas de seguridad e higiene en el trabajo debe ponderarse y, por tanto, tenerse en cuenta la conducta imprudente del trabajador a efectos de determinar su cuantía.

Los hechos que constituyen la base fáctica son anteriores a la entrada en vigor de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y queda acreditado que el trabajador se subió a un poste de hormigón para reparar ciertos elementos de una derivación de una línea eléctrica de alta tensión sin que se hubiera comunicado que dicha línea estaba en servicio, por lo que el trabajador recibió una descarga eléctrica en un brazo y cayó al suelo desde ocho metros. Estos hechos son tipificados en el artículo 11.4 de la Ley 8/1988, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, como una infracción muy grave, en relación con los artículos 7.2 y 62.1 de la Ordenanza de Seguridad e Higiene en el Trabajo, de 9 de marzo de 1971, puesto que generan un riesgo grave e inminente para la integridad física o salud del trabajador. Por otra parte, la Jurisdicción social declaró la efectiva imprudencia del trabajador que sufrió el accidente al enjuiciar el recargo de prestaciones impuesto por los mismos hechos.

La resolución judicial considera, con carácter general, que ha de ponderarse o valorarse por los órganos judiciales la conducta imprudente del trabajador y su concurrencia en la lesión causante del accidente cuando sea alegada por las partes (el empresario). Sin embargo, reconoce que este criterio no puede aplicarse con tal generalidad y “la solución de los casos que puedan plantearse ha de ser cuidadosamente matizada”. Por ello, “para fijar la cuantía de la sanción a imponer en vía administrativa y para pronunciarse sobre esa fijación en vía judicial debe atenderse al dato de que en el nexo de causalidad entre los hechos acaecidos y la lesión sufrida sea un elemento concurrente de notable importancia la imprudencia del trabajador”. De la sentencia parece deducirse que el principio de proporcionalidad debe garantizarse cuando la conducta del trabajador sea relevante en el concurso causal, lo cual nos sitúa ante el problema de graduar su imprudencia: ¿Imprudencia temeraria, simple, profesional...? No obstante, la perplejidad que produce esta resolución es mayor cuando a continuación afirma que la interferencia causal de la conducta del trabajador no tiene ninguna incidencia sobre dicho principio y “no procede ponderar la cuantía de la sanción cuando lo verdaderamente determinante sea que la empresa no adoptó las medidas oportunas de seguridad, de modo tal que (con o sin imprudencia del trabajador) el riesgo de lesión fuera cierto”. En resumen, se plantea la cuestión relativa a la concurrencia de culpas del empresario infractor y del propio trabajador víctima del accidente en las infracciones administrativas por imprudencia, que se produce cuando ambos, con sus respectivos comportamientos, han contribuido causalmente a la producción del resultado. El TS sitúa en la relación de causalidad ambas conductas, pero imputa al empresario la íntegra responsabilidad administrativa cuando la infracción contribuya causalmente al eventual resultado lesivo con independencia de la interferencia en el curso causal de la conducta del trabajador. Por tanto, la ponderación o valoración de la conducta del trabajador se restringe a aquellos incumplimientos empresariales en los que sólo existe una mera situación de peligro, pero que podría dar lugar, llegado el caso, a una exclusión de la responsabilidad empresarial. Sin embargo, puede objetarse a

esta sentencia que parece más razonable considerar irrelevante la conducta del trabajador, ya que lo que se enjuicia en la responsabilidad administrativa es la antijuridicidad y culpabilidad del empresario incumplidor de sus obligaciones preventivas tipificadas previamente y no la participación causal de la víctima en el incumplimiento, que no es sujeto responsable de la infracción, de ahí que tomar en consideración la conducta del trabajador resulta cuando menos técnicamente discutible para modular el principio de proporcionalidad, puesto que la adecuación de la sanción a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción debe realizarse dentro de los márgenes posibles tanto en su vertiente de la antijuridicidad como de la culpabilidad del empresario.

### **3. LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO**

#### **A) Acción de daños y perjuicios: plazo de prescripción**

La STS de 20 de abril de 2004, J 342, parte de una doble consideración para fijar el *dies a quo* o inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción para reclamar la indemnización por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo cuando ha mediado declaración de invalidez permanente. De un lado, mantiene la doctrina recogida en la STS de 10 de diciembre de 1998 del ejercicio de la acción, de modo que el plazo se inicia desde el momento en que las acciones pudieron ser ejercitadas si existe proceso penal previo, pero, en ausencia de dicho proceso, acoge la teoría del conocimiento que es tamizada por la propia Sala de lo Social a partir de su doctrina sobre la reparación única del daño a través de los diversos mecanismos de tutela concurrentes: prestaciones de seguridad social, mejoras voluntarias y responsabilidad civil derivada del incumplimiento culpable de las medidas preventivas. En consecuencia, “la acción exigiendo la responsabilidad por los daños y perjuicios sufridos no puede iniciarse hasta que el beneficiario tiene un cabal conocimiento de las secuelas del accidente y de las mermas que tales secuelas producen, tanto en su capacidad de ganancia, como en su patrimonio biológico”. De esta forma, rechaza el criterio contenido en la sentencia impugnada que considera la fecha de alta médica como fecha de iniciación del plazo de prescripción y, en su lugar, entiende que es “cuando se ha dictado la correspondiente resolución firme en proceso de invalidez cuando el beneficiario conoce cuáles van a ser las consecuencias que las secuelas le van a producir y cuáles son los perjuicios que de ella se van a derivar”. Este criterio permite, además, deducir del eventual montante indemnizatorio por los daños y perjuicios aquellas prestaciones de Seguridad Social reconocidas al trabajador.

#### **B) Responsabilidad solidaria en los supuestos de subcontratación**

La responsabilidad por daños y perjuicios derivados de un incumplimiento de las obligaciones de coordinación de la actividad preventiva establecidas en el artículo 24.2 LPRL tiene carácter solidario. La STSJ de Andalucía de 10 de febrero de 2004, atribuye a la empresa titular del centro de trabajo la responsabilidad por la omisión de medidas

### XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

preventivas, en particular, por incumplir su obligación de informar a la empresa contratista sobre los riesgos existentes en el área de trabajo donde los empleados de la contratista debían realizar las labores de reparación y mantenimiento y por los riesgos derivados de la cubierta por donde debían acceder, ya que una placa de poliéster translúcido cedió al pisar el trabajador accidentado cayendo de una altura de siete metros, infringiendo, igualmente, el artículo 4 del RD 486/1997, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, así como su Anexo I. Por otra parte, las omisiones imputables a la empresa principal no eximen a la empresa contratista “pues esta última debió cerciorarse, antes de comenzar el trabajo, de que se podía llevar a cabo sin riesgo para la persona que lo iba a efectuar en aplicación para ambas empleadoras del artículo 14 Ley 31/1995”. Además, aquel incumplimiento constitutivo de la conducta culposa de la empresa principal “no descarga de culpa a la contratista, que también debió adoptar las medidas necesarias de precaución”, exigiendo de ésta una mayor diligencia ya que debía “en caso de duda, preguntar a los técnicos de la principal sobre los elementos estructurales por los que debían o podían pasar sus obreros para reparar la avería”. Comportamientos culposos de los que hace derivar la responsabilidad solidaria de los artículos 1101 y siguientes del Código Civil, llegando a la conclusión de que la empresa principal no puede “quedar eximida de responsabilidad (...) por el hecho de que la actividad de la subcontratista no forma parte de su propia actividad”, solución a la que llega a partir de configurar una “obligación a velar por el cumplimiento de las medidas de seguridad en el centro de trabajo, también en relación con los trabajadores del contratista o subcontratista” de carácter solidario. Obligación que, si bien parece exceder el marco obligacional del artículo 24.2 LPRL, tras la promulgación del RD 171/2004 sobre coordinación podría deducirse del deber que tiene el empresario titular del centro de trabajo de dar las instrucciones en materia preventiva y su eventual comprobación.

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

MARGARITA APILLUELO MARTÍN

MANUEL GONZÁLEZ LABRADA

ELISA SIERRA HERNÁIZ



# Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

**JOSÉ GUERRERO ZAPLANA**

**Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria. Doctrina, legislación y formularios**

[Lex Nova, 4ª edición, Valladolid, junio 2004, 650 páginas]

LEX NOVA

La presente monografía, ya en su cuarta edición, analiza y estudia la Ley reguladora del consentimiento informado en materia sanitaria (Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información clínica) adaptando sus exposiciones a la nueva distribución competencial derivada del traspaso de funciones y servicios sanitarios a las Comunidades Autónomas. GUERRERO ZAPLANA aborda de forma práctica el sistema de reclamación en supuestos de incumplimiento de las relaciones contractuales y extracontractuales que se plantean dentro del Derecho a la Salud.

Cuando la prestación asistencial y sanitaria es deficiente y provoca un resultado defectuoso, el perjudicado puede reaccionar escogiendo de entre una serie de vías de reclamación que a lo largo de la obra se muestran desde una perspectiva práctica y actual, prescindiendo de todos aquellos elementos que alteren una exposición clara y sistemática; además, son frecuentes las citas a sentencias de distintos órdenes resolviendo los problemas más frecuentes y actuales.

El primer capítulo del libro se encarga de exponer las reclamaciones a través de la vía civil. Dentro de este ámbito el sistema de responsabilidad extracontractual será

subjetivo y, en consecuencia, para que prospere una reclamación será necesaria una acción u omisión ilícita; un daño; un nexo causal entre la acción u omisión y el daño, y una situación de culpabilidad. Todos y cada uno de estos elementos son tratados de forma individual y con apoyo jurisprudencial.

El capítulo II contempla otra de las vías de reclamación, la administrativa, donde la responsabilidad patrimonial derivará de las relaciones jurídicas que la Administración entabla sometida a su propio derecho con otros sujetos y que, a diferencia de la responsabilidad de las reclamaciones civiles, se va a constituir en una responsabilidad directa y objetiva por el daño producido como consecuencia del “anormal” funcionamiento de los Servicios Públicos.

Después de tratar la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria, el capítulo III contempla las peculiaridades que esta responsabilidad va a presentar dentro de la mencionada Administración debido a su especial actuación y a las obligaciones que asume. El autor incluye aquí un aspecto esencial para comprender la materia, como es la *lex artis*, siendo ésta un criterio fundamental y un límite a la hora de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Además se ofrece un tratamiento singular de determinados supuestos de los que se pueden derivar obligaciones como son los casos de errores de diagnóstico y tratamiento, las transfusiones de sangre contaminada y las listas de espera.

Los capítulos IV y V están dedicados, por un lado, a las cuestiones más básicas de la responsabilidad patrimonial sanitaria y, por otro, al tratamiento jurídico que ha de recibir el beneficiario de la Seguridad Social que no acude al Sistema Nacional de Salud sino a servicios ajenos, reclamando posteriormente los gastos acarreados por su utilización.

Por último, los dos bloques finales se centran en el estudio de la necesaria obtención del consentimiento informado de los pacientes o familiares, en su caso, antes de cualquier intervención médica y en la exposición de los diferentes procedimientos a los que se puede acudir para realizar este tipo de reclamaciones.

La obra se completa con un extenso apartado jurisprudencial, un anexo normativo y un CD-ROM, en calidad de elemento auxiliar de trabajo, que incluye los formularios necesarios ante cualquier reclamación en supuestos de daños derivados de la prestación asistencial sanitaria defectuosa. Se configura así un trabajo dotado de gran rigor jurídico cuyos fines principales son garantizar los derechos del individuo perjudicado y establecer las condiciones y circunstancias en que a los profesionales de la medicina se les pueden reclamar responsabilidades.

VVAA

### Código de Normas Laborales y de Seguridad Social

[Lex Nova, 10ª edición, Valladolid, junio 2004]

LEX NOVA

La nueva edición de la presente obra surge como consecuencia del considerable incremento que la normativa básica del área laboral y de la Seguridad Social va experimentando a medida que surgen nuevas realidades sociales y ocupacionales. En ella se ponen de manifiesto las mismas ventajas que poseían las anteriores ediciones, es decir, comodidad de tener recogidas en un único y práctico volumen las disposiciones laborales básicas, seguridad de tener en todo momento actualizada dicha normativa a través de entregas periódicas para su correspondiente actualización, y sencillez y fácil manejo para su consulta.

El código –fruto de la labor conjunta de abogados, inspectores y subinspectores de Trabajo y de la Seguridad Social, personal docente y licenciados en Derecho, profesores de la Es-

cuela de Relaciones Laborales y técnicos de la Administración de la Seguridad Social– recoge en un volumen de hojas cambiables, cuya puesta al día se lleva a cabo a través de actualizaciones habituales, la normativa elemental vigente en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, debidamente anotada y concordada.

La estructura de la publicación se distribuye en seis bloques diferenciados. Los distintos índices del volumen (sistemático, cronológico y analítico) abren la obra y preceden al texto de la Constitución Española, que constituye la segunda parte antes de los capítulos estrictamente laborales. El tercero de los apartados desglosa las normas relativas al Derecho del Trabajo y viene dividida en ocho secciones: normativa general; empleo y contratación (derecho de información, fomento del empleo, modalidades contractuales, relaciones laborales especiales,...); trabajadores extranjeros; salario; jornada; expedientes de regulación de empleo y traslados colectivos; autotutela colectiva y libertad sindical, y negociación colectiva.

Por su parte el Derecho de la Seguridad Social divide su contenido en normativa general; normas relativas a inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores; cotización y recaudación; prestaciones, y regímenes especiales.

Los dos últimos apartados normativos se componen, por un lado, de las leyes relativas al procedimiento –LPL, Ley de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, Reglamento sobre procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones del Orden Social, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común– y, por otro, de las referentes a la Seguridad y Salud en el trabajo –Ley y Reglamento de Prevención de Riesgos Laborales, etc.–

En definitiva, lo sencillo en el empleo y en la actualización regular del volumen y, sobretodo, lo completo de su contenido hacen del código una útil herramienta tanto para estudiantes universitarios, como para organismos colegiados, departamentos académicos o profesionales especializados.

J. LLANEZA ÁLVAREZ

### **Ergonomía y psicología aplicada. Manual para la formación del especialista**

[Lex Nova, 4ª edición, Valladolid, octubre 2004, 510 páginas]

LEX NOVA

La presente monografía, que ya alcanza su cuarta edición, surge con el objetivo, por un lado, de unificar la Ergonomía y la Psicología aplicada en un solo tratado, puesto que hasta ahora se habían publicado manuales sobre Ergonomía y manuales de Psicología, y, por otro, con la intención de 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 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), y estableciendo los métodos de análisis de las condiciones de trabajo.

En los capítulos siguientes, el ambiente físico es abordado con proyección no sólo sobre el 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 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, 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.