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 de Cantabria. **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 de Cantabria.

© LEX NOVA 2004

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

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

Justicia Laboral
REVISTA de DERECHO del TRABAJO y de la SEGURIDAD SOCIAL **Nº 17** FEBRERO 2004

Sumario:

EDITORIAL:

[5] **La depuración del modelo de formación profesional continua por la jurisprudencia constitucional**
IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
JESÚS R. MERCADER UGUINA

DOCTRINA:

[13] **Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivos de datos**
JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

[55] **Trabajo fijo discontinuo y protección por desempleo**
REMEDIOS ROQUETA BUJ

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

[81] I. FUENTES DEL DERECHO
JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

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

[133] III. EMPRESARIO
JESÚS CRUZ VILLALÓN

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

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

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

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

[219] VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA
JAVIER GÁRATE CASTRO

[229] IX. SEGURIDAD SOCIAL
JULIA LÓPEZ LÓPEZ

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

[271] XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL
JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

[281] XII. EL PROCESO LABORAL
LOURDES MARTÍN FLÓREZ

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

[307] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Editorial

LA DEPURACIÓN DEL MODELO DE FORMACIÓN PROFESIONAL CONTINUA POR LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

La Formación Continua, entendida ésta como el conjunto de acciones formativas que pueden ser desarrolladas respecto de trabajadores en activo, se había consolidado a partir de determinados instrumentos contractuales y de diversos procesos de diálogo social. La experiencia se inició en 1992 con la firma del Acuerdo Nacional de Formación Continua entre las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y del Acuerdo Tripartito en Materia de Formación Continua de los Trabajadores Ocupados, suscrito en Madrid el 22 de diciembre de 1992 por el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas (UGT, CCOO, CEOE y CEPYME), con una vigencia temporal de cuatro años. A su término, en diciembre de 1996, se suscribieron dos nuevos acuerdos, el II Acuerdo Tripartito y el II Acuerdo Nacional de Formación Continua, con una vigencia también de cuatro años. A su término, el III Acuerdo Nacional de Formación Continua suscrito por CEOE y CEPYME y por CCOO, UGT, CIG, y el III Acuerdo Tripartito de Formación Continua, suscritos por los anteriores y el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Con el anterior telón de fondo, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de resolver diversos conflictos de competencias en relación con la concesión presupuestaria de recursos económicos para la financiación de estas actividades y que han llevado a la modificación del sistema de formación continua. El Real Decreto 1046/2003, de 1 de agosto, por el que se regula el subsistema de formación profesional continua diseña un nuevo modelo sobre dicha formación. Las páginas que siguen van destinadas a repasar el contenido de los pronunciamientos constitucionales habidos en esta materia.

El primero de los pronunciamientos que marca el arranque del proceso de depuración del modelo de formación profesional continua se encuentra en la STC 95/2002, de 25 de abril, por la que se estima un recurso de inconstitucionalidad y un conflicto positivo de competencia acumulados, planteados ambos por el Consejo de la Generalidad de Cataluña, declarando inconstitucional el párrafo segundo de la Disposición Adicional Vigésima Tercera de la Ley 39/1992, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1993, así como diversos apartados del Acuerdo Tripartito en Materia de Formación Continua de los Trabajadores Ocupados, suscrito en Madrid el 22 de diciem-

bre de 1992 por el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas (UGT, CCOO, CEOE y CEPYME), por vulnerar el orden constitucional de distribución de competencias, al excluir a la Generalidad de Cataluña de la percepción de los correspondientes fondos públicos destinados a financiar la formación continua en su ámbito territorial. El referido pronunciamiento estima las alegaciones de la Generalidad, la cual consideraba que los términos del Acuerdo Tripartito vulneraban su competencia en cuanto a la gestión de las acciones de formación profesional continua, por considerarlas encuadradas en la materia de enseñanza, materia en la que el artículo 15 del Estatuto de Autonomía de Cataluña atribuye plenas competencias a la Generalidad.

El Acuerdo Tripartito establecía la creación de una Comisión Mixta Estatal de Formación Continua que debía estar integrada por representantes de las organizaciones firmantes del Acuerdo y a la que correspondería "administrar y distribuir los fondos disponibles para las acciones de formación continua".

Los recursos presentados contra la Disposición Adicional Vigésima Tercera de la Ley 39/1992 y el Acuerdo Tripartito, que se han acumulado en el mismo procedimiento, presentan una dimensión competencial y otra relativa a la vulneración de los preceptos constitucionales relativos a igualdad, libertad sindical, libertad de asociación y pluralismo, con expresa invocación de los artículos 1, 7, 22 y 28 de la Constitución.

Por lo que respecta a la reivindicación competencial, circunscrita al segundo párrafo de la Disposición Adicional de la Ley 39/1992, ésta disponía que: "De la cotización a Formación Profesional a que se refiere el artículo 98, ocho, 2.3, de esta Ley, la cuantía que resulte de aplicar a la base de dicha contingencia un 0,1 por ciento se afectará a la financiación de acciones formativas acogidas al Acuerdo Nacional sobre Formación Continua. El importe de la citada cantidad, que figura en el presupuesto del Instituto Nacional de Empleo, se pondrá a disposición del Ente Paritario de ámbito estatal de las representaciones sindicales y empresariales, dotado de personalidad jurídica, que las partes firmantes del Acuerdo designen". El Tribunal Constitucional considera que "procede declarar la inconstitucionalidad de la citada Disposición Adicional Vigésima Tercera, en su párrafo segundo, por vulnerar el orden constitucional de distribución de competencias, al excluir a la Generalidad de Cataluña de la percepción de los correspondientes fondos públicos destinados a financiar la formación continua en su ámbito territorial".

En cuanto a la posible vulneración de los artículos 1, 7, 22 y 28 de la Constitución por parte de la Disposición Adicional "...por el menoscabo que produce a otras organizaciones sindicales y empresariales el hecho de que sólo participen en el Acuerdo Tripartito las Organizaciones UGT, CCOO, CEOE y CEPYME, atribuyéndoles la gestión del mismo", la Sentencia del Tribunal Constitucional estima que "resulta del todo innecesario examinar las aducidas tachas de inconstitucionalidad material, de modo que el reconocimiento a favor de la Comunidad Autónoma de Cataluña de la gestión de los recursos o subvenciones sitúa en otro plano la intervención de los interlocutores sociales firmantes del Acuerdo y la posible discriminación alegada respecto de otras organizaciones sindicales y empresariales".

El Tribunal Constitucional concluye señalando que "al dirimir tanto el conflicto competencial como el recurso de inconstitucionalidad (en el que subyace una controversia de la misma índole) promovidos por la Generalidad de Cataluña, a favor de ésta, como titular de la función ejecutiva o de gestión sobre la materia controvertida, nuestro pronunciamiento descansa en la vulneración de las reglas competenciales, producida en virtud de la gestión centralizada que el Gobierno de la nación asume y encomienda a las organizaciones sindicales y empresariales, en materia de formación profesional continua, con exclusión de toda participación en dicha actividad de ejecución de la Generalidad de Cataluña, respecto de las acciones y programas formativos concernientes a la población trabajadora radicada en su ámbito territorial" (FJ 21).

Finalmente, al acotar los efectos del pronunciamiento, entiende el Tribunal Constitucional que las disposiciones recurridas "han agotado ya sus efectos y que se podría estar afectando a situaciones consolidadas", motivo por el que "procede entender que la pretensión autonómica puede estimarse satisfecha mediante la declaración de titularidad de la competencia controvertida, sin necesidad de anular los preceptos objeto de la impugnación".

La STC 190/2002, de 17 de octubre, constituye el segundo momento de la evolución que comentamos. La misma resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por la Junta de Galicia contra la Disposición Adicional Segunda de la Ley 41/1994, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1995, así como todos aquellos otros preceptos frente a los cuales proceda por conexión o relación causal.

El TC recalca, ante todo, que el problema de fondo ya se ha solventado en la STC 95/2002, de 25 de abril. Con esta advertencia, el TC comienza por examinar el encuadramiento competencial.

Recuerda que, en la STC 95/2002, de 25 de abril, ya rechazó la incardinación de las actuaciones objeto del presente recurso de inconstitucionalidad en la materia "bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica" (art. 149.1.13 CE) y que las acciones formativas de los trabajadores ocupados y la financiación correspondiente deben incardinarse en la materia "legislación laboral". Asimismo, señala que debe igualmente partirse de la afirmación contenida en la STC 95/2002, FJ 13, por la que no puede considerarse que la financiación del Acuerdo Tripartito pueda ser considerada como un fondo de ámbito nacional o de empleo pues: "ninguno de los rasgos identificadores propios de estos fondos concurren en las acciones formativas cuya gestión encomienda el Gobierno a los interlocutores sociales, pues, con independencia de que, como hemos señalado, no quepa identificar la asignación de recursos por vía de dotación presupuestaria con los controvertidos fondos, lo cierto es que, en este concreto caso, no se constata la existencia de una calificación formal como tales fondos respecto de las acciones formativas objeto de controversia". En consecuencia, no puede identificarse como fondo de ámbito nacional o de empleo la regulación sustantiva ni el dispositivo financiero para la formación continua contenidos en el Acuerdo tripartito sobre el que se traba la reivindicación competencial. Por ello, también en el presente recurso de inconstitucional se afirma que "la financiación objeto de regulación en la disposición adicional segunda de la Ley 41/1994 no constituye un fondo nacional o de empleo, razón por la

cual no quedan reservadas al Estado respecto de la misma todas las competencias, sino que, en virtud de su configuración como medida "laboral", ha de ser la Comunidad Autónoma de Galicia quien adopte las medidas aplicativas o de ejecución que la legislación estatal disponga al respecto" (FJ 7).

A partir de este punto, aborda el examen del contenido de la disposición adicional recurrida. Y declara, en primer lugar, que el primer párrafo de la disposición controvertida [1. "*De la cotización a Formación profesional a que se refiere el artículo 105.nueve.2.3 de esta Ley, la cuantía que resulte de aplicar a la base de dicha contingencia un 0'25 por ciento se afectará a la financiación de acciones formativas acogidas al Acuerdo Nacional sobre Formación Continua, de 16 de diciembre de 1992*], no implica vulneración alguna de las competencias de la Junta de Galicia, puesto que la controversia se limita "exclusivamente a los aspectos aplicativos o de ejecución".

Por el contrario, considera que son contrarias al orden constitucional de competencias y, por tanto, inconstitucionales y nulas, las facultades que el párrafo segundo de dicha disposición adicional atribuye a la Fundación para la Formación Continua y a la Comisión Tripartita de Seguimiento [a cuyo tenor: "2. *El importe de la citada cantidad, que figura en el presupuesto del Instituto Nacional de Empleo, se pondrá a disposición de la Fundación para la Formación Continua, creada al amparo del citado Acuerdo, salvo el importe que la Comisión Tripartita de Seguimiento acuerde destinar a la Formación Continua en las Administraciones públicas, cuyas acciones formativas se financiarán en el marco presupuestario público, al amparo de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas*"]. En particular, como hiciera en la STC 95/2002, se señala que "el principio contenido en el primer inciso de la disposición adicional recurrida, según el cual los fondos destinados a formación continua se pondrán "a disposición de la Fundación para la Formación Continua", vulnera las competencias de la Junta de Galicia, pues corresponde a esta Comunidad Autónoma gestionarlos tras su puesta a disposición por el Estado de acuerdo con los criterios objetivos que determinen la territorialización correspondiente entre las Comunidades Autónomas competentes".

Pero, en el presente caso, el TC precisa que este criterio sólo es extensivo al primer inciso del párrafo examinado, pues su segundo inciso se refiere a un aspecto diferente: el de la exclusión de la puesta a disposición de la Fundación para la Formación Continua de una parte de los fondos presupuestados, los cuales, por ir destinados a la "formación continua en las Administraciones públicas, se financiarán al amparo de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas". Exclusión que el TC considera constitucional, al ser "legítimo que el Estado destine una parte de los fondos destinados a formación continua a través del cauce específico de la Ley 9/1987 para similar finalidad en el ámbito de las Administraciones públicas, ya que las acciones formativas que se realicen en el seno de estas Administraciones deberán encuadrarse, desde la perspectiva del orden constitucional de competencias, en las materias "bases ... del régimen estatutario de sus funcionarios" o "legislación laboral", según que la relación de los empleados públicos con la Administración sea de carácter funcionarial, estatutaria

o laboral. El Estado puede, así pues, canalizar una parte de los fondos públicos destinados a la formación continua hacia esta específica formación en el seno de las Administraciones públicas, siempre que tal destino no ponga en cuestión las competencias normativas y de gestión que al respecto ostenta la Comunidad Autónoma de Galicia, la cual deberá disponer de los fondos territorializados según criterios objetivos que le correspondan con el fin de aplicarlos a la expresada finalidad. Sin embargo, el Pleno del TC considera, por el contrario, que no es ajustado al orden constitucional de distribución de competencias el criterio que también se contiene en este inciso de que deba ser la Comisión tripartita de seguimiento quien acuerde el importe de la financiación estatal que haya de destinarse a la formación continua en las Administraciones públicas.

Finalmente, declara que el tercer párrafo de la Disposición Adicional recurrida [*3. Si, durante el ejercicio de 1995, se produjeran Acuerdos al amparo de lo establecido en el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores, se habilitará la correspondiente financiación en el seno de los presupuestos del INEM, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 del Texto Refundido de la Ley*] no vulnera las competencias de la Junta de Galicia en cuanto se refiere a su dimensión normativa, pues se limita a prescribir, en el ámbito estrictamente normativo, al que no alcanza la reivindicación competencial, que pueden habilitarse con cargo a los presupuestos del INEM nuevos fondos para formación continua como consecuencia de lo acordado en el ámbito de los Acuerdos o convenios colectivos, y ello con sujeción a lo regulado en el artículo 64 de la Ley General Presupuestaria respecto de los créditos extraordinarios o suplementarios. Sin embargo, aunque el párrafo nada diga respecto a la territorialización de estos fondos, ha de interpretarse que los mismos deben trasladarse también a las Comunidades Autónomas para su gestión.

El tercer paso dentro de la referida evolución se sitúa en la STC 228/2003, de 18 de diciembre, que examina el conflicto planteado de nuevo por la Generalidad de Cataluña pero, en este caso, contra la Orden de 4 de mayo de 1995 del Ministerio para las Administraciones Públicas, por la que se aprueban las bases reguladoras de la concesión de ayudas para el desarrollo de planes de formación en el marco del Acuerdo de Formación Continua en las Administraciones Públicas de 21 de marzo de 1995 (suscrito por la Administración General del Estado, la Administración de las Comunidades Autónomas, la Federación Española de Municipios y Provincias y las organizaciones sindicales) y su aplicación por las Resoluciones del Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) en las que se efectuaba la primera y segunda convocatoria, respectivamente, para el ejercicio de 1995 de concesión de ayudas en el marco del citado Acuerdo. Estas disposiciones extienden a los empleados públicos (con independencia de la relación jurídica) las actuaciones formativas que a partir de los Acuerdos de 1992 se pusieron en marcha para los trabajadores asalariados del sector privado.

La STC 228/2003 afirma que el "el Estado puede establecer, al amparo de sus competencias en las materias implicadas (artículos 149.1.7 y 18 CE), las condiciones que deben cumplir los planes de formación del personal de las Comunidades Autónomas, de modo que dichos planes se sujeten a ello. Pero debe poner a disposición de las Comunidades la financiación que a cada una de ellas le corresponda para tal menester, distribuyendo los fondos disponibles según criterios objetivos, de manera que no se aviene con lo expues-

to que los planes que se elaboren según lo indicado sean sometidos a continuación a un proceso centralizado de concesión subvencional" en régimen de concurrencia competitiva. Por ello, declara que los preceptos de las disposiciones impugnadas en los que se declara que los promotores de los planes de formación (Administración del Estado, las Comunidades Autónomas, la Administración local y los sindicatos firmantes), presentan dichos planes a la Comisión General para la Formación Continua en las Administraciones Públicas para, una vez aprobados dichos planes, presentarlos ante el INAP, concurriendo todos ellos entre sí para la obtención de las ayudas correspondientes, vulneran las competencias de la Generalidad de Cataluña.

Del mismo modo, el Pleno declara vulneradas las competencias aplicativas o ejecutivas asumidas estatutariamente por la Generalidad de Cataluña en lo concerniente a las atribuciones que las normas impugnadas asignan al INAP en relación con la convocatoria, tramitación, resolución y pago de estas ayudas, sin que en tal caso sea de aplicación la doctrina del FJ 8.d) de la STC 13/1992, que prevé la excepcional gestión centralizada de las ayudas inscritas en el ámbito competencial autonómico cuando se trate de garantizar la igualdad de todos los perceptores, lo que aquí tiene lugar en razón a que la uniformidad de las condiciones de vida en todo el territorio nacional impone la conexión de estas ayudas con el artículo 149.1.1 CE, por cuanto este precepto "sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata, con los derechos que la Constitución reconoce. De lo contrario ... quedaría desbordado el ámbito y sentido del artículo 149.1.1 CE, que no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento".

Finalmente, la Sentencia entiende que la remisión de fondos de formación efectuada a la Generalidad por medio de un Acuerdo de gestión (Resolución del INAP de 20 de junio de 1995), aunque producida *de ipso*, no cumple con la forma exigida a tal efecto por la STC 13/1992, FJ 8.b), que exige "convenios de colaboración ajustados a los principios constitucionales". Y ello porque "la financiación sólo se ha remitido, según se deriva del preámbulo de dicha resolución y del contenido de ella misma, una vez resuelto por el INAP el proceso concurrencial que se ha estimado vulnerador de las competencias de la Generalidad, siendo así que el respeto de las mismas hubiera reclamado que la remisión de la financiación, de no hacerse en los propios presupuestos, se hubiera realizado sin el sometimiento a la condición de que el INAP acordara previamente la concesión de la ayuda, pues todo ello impide que la Generalidad haya ejercido sus competencias de modo efectivo".

El último momento cabe situarlo en la STC 230/2003, de 18 de diciembre, en la que se examina la conformidad constitucional de la Resolución de 25 de julio de 2003, de la Dirección General del Instituto Nacional de Empleo, por la que se prorrogan las convocatorias de ayudas para planes de formación continua de demanda y de oferta, publicadas en el ejercicio 2002, para la formación continua correspondiente al ejercicio de 2003.

La Sentencia fija el objeto de la controversia (la Resolución impugnada para cuyo examen se deberán estudiar las Resoluciones prorrogadas en su vigencia aunque no fueran impugnadas en su momento, en razón del principio de la indisponibilidad de las competencias) y de las competencias que la Generalidad considera infringidas: centralización de la gestión de estas ayudas, pues las Resoluciones de 2002 prorrogadas prevén que la tramitación, resolución y pago de las ayudas corresponda a órganos estatales o de integración de representantes estatales y de las organizaciones empresariales y sindicales; así como reivindicación para que se le remitan los fondos necesarios para la realización de estas operaciones. Asimismo, afirma que la controversia no ha perdido su objeto como consecuencia de la aprobación del Real Decreto 1046/2003, de 1 de agosto, por el que se regula el subsistema de formación profesional continua y que, en alegación del Abogado del Estado, diseña "al parecer" un nuevo modelo sobre dicha formación pues, según la Disposición Final Tercera de este Real Decreto, no entra en vigor hasta el día 1 de enero de 2004, salvo en lo relativo a la constitución de la Comisión Estatal de Formación Continua y de la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo, constitución que, en sí misma, no incide directamente en los aspectos controvertidos.

A partir de aquí reitera que es de aplicación la doctrina ya contenida en las SSTC 95 y 190/2002 porque las Resoluciones prorrogadas por la impugnada son desarrollo del III Acuerdo Tripartito de Formación Continua y tanto éste como el II prolongan las líneas esenciales del anterior y mantienen un sistema de gestión del que quedan excluidas las Comunidades Autónomas. Por ello, sobre la base de que el título competencial es el artículo 149.1.7 CE, pues las ayudas conciernen a la regulación de un derecho de los trabajadores en el seno de una relación laboral que atribuye derechos al trabajador y correlativos deberes al empresario, concluye que la gestión administrativa de las ayudas vulnera dicho título competencial al haberse atribuido por ambas Resoluciones a órganos de la Administración del Estado o a la Fundación Tripartita para la Formación en el Empleo, que integra a representantes de las organizaciones empresariales, sindicales y del Gobierno de la Nación, suscriptores todos ellos del III Acuerdo Tripartito de 19 de diciembre de 2000 y que, en definitiva, excluye de la gestión de estas ayudas a las Comunidades Autónomas en relación con las acciones formativas que se realicen en su territorio. Por los mismos motivos, declara que vulneran las competencias de la Generalidad de Cataluña, en lo relativo a las acciones formativas que se realicen en su territorio, las funciones de ejecución atribuidas al Patronato de la Fundación y a la Dirección General del INEM reguladas en la Resolución de 10 de octubre de 2002, que modifica la Resolución de 13 de junio de 2002 en la modalidad de planes de formación continua de oferta y de demanda.

Del mismo modo, declara que el artículo único de la Resolución de 25 de julio de 2003, que prorroga la vigencia de las Resoluciones de 2002 durante el ejercicio presupuestario 2003, incurre en infracción del orden constitucional de competencias aunque sólo contenga prescripciones normativas, en la medida en que su párrafo primero otorga vigencia a preceptos de las Resoluciones que sí incurren en dicha infracción.

Ignacio García-Perrote Escartín
Jesús R. Mercader Uguina

doctrina

Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivos de datos[1]

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad Pública de Navarra

Sumario:

1. Introducción. Acotación desde una perspectiva negativa de las conductas lesivas de derechos fundamentales. 2. Los medios informáticos y el procesamiento de los datos laborales. A) Los derechos fundamentales comprometidos en el procesamiento de datos. B) El engarce constitucional del derecho a la protección de datos. C) Aplicación al ámbito laboral de la protección de datos. D) Los datos de carácter personal protegidos. E) Violaciones en los procesos de recogida, almacenamiento y tratamiento de datos del trabajador. a) El principio de consentimiento y la toma de conocimiento intrusiva de los datos sensibles del trabajador. b) El principio de adecuación y la recogida de datos innecesarios con relación al cumplimiento del contrato de trabajo. c) El principio de finalidad y la aplicación indebida de datos informáticos del trabajador. F) Violaciones en relación con la creación y funcionamiento de los ficheros de datos en el ámbito laboral. a) La creación de ficheros no declarados o con un fin ilícito. b) La no adopción por las empresas de medidas de seguridad, en concreto en ficheros con datos sensibles. c) La revelación de datos reservados de los trabajadores. d) Denegar u obstaculizar el acceso a la información. e) La negativa a corregir o enmendar los datos falsos o inexactos. f) La negativa a cancelar datos inadecuados

(1) Ponencia presentada en las XIV Jornadas Catalanas de Derecho Social, el 7 de febrero de 2003 en Terrassa, Barcelona.

o inexactos del trabajador. g) La cesión de datos personales sin el consentimiento previo del trabajador. **3. El control sobre los sistemas de comunicación de los trabajadores: el correo electrónico e internet.** A) La vigilancia del correo electrónico de los empleados y el secreto de las comunicaciones. B) La legitimidad del control de las páginas visitadas en Internet por los trabajadores.

1. INTRODUCCIÓN. ACOTACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA NEGATIVA DE LAS CONDUCTAS LESIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El propósito del presente análisis es identificar las posibles vulneraciones de derechos fundamentales que pueden surgir en el ámbito de la empresa al hilo de los desafíos característicos del mundo actual en terrenos tan tecnificados y sofisticados como la informática y los sistemas de comunicación.

La perspectiva que se nos propone examinar es cuando menos novedosa, por no decir genérica y relativa, porque supone identificar en una perspectiva negativa y en el vacío de la tipificación legal, las posibles acciones y omisiones informáticas contrarias a los derechos fundamentales del trabajador.

Ha de tenerse en cuenta, por una parte, que lo sancionado por leyes, como la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal, a los que se ha de acudir en búsqueda de criterios interpretativos y aplicativos, son facultades que autorizan al titular para obrar válidamente y exigir de los demás el comportamiento correspondiente. Esta ley, a diferencia de alguna otra ley eventualmente aplicable, como la Ley Orgánica 1/1982 de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que delimita el ámbito de protección de los derechos en negativo, mediante una identificación de las intromisiones ilegítimas en los referidos derechos, no incluye una casuística de agresiones al bien jurídico protegido. Ofrece una perspectiva positiva, concentrada en las facultades que tiene el titular del derecho. Por tanto, analizar desde la vertiente de las lesiones a esos derechos, no deja de ser una perspectiva singular, en tanto que supone circunscribir el estudio a las conductas antijurídicas, obviando la temática de más amplio alcance de los poderes jurídicos atribuidos a los titulares del derecho.

No obstante, no puede desconocerse por completo la temática sustantiva y general de la libertad informática y de los derechos afectados. Una referencia somera y previa al ámbito en que se efectúa la protección de los datos y a las disposiciones reguladoras del uso informático de tales datos personales, y a otros aspectos de los derechos fundamentales afectados, constituye una exigencia metodológica fundamental. Y ello no sólo por

razones de determinabilidad de las conductas lesivas conforme a cánones objetivos –la labor definitoria no puede ser concretada sin la ayuda del conjunto de principios y límites dispuestos al uso de la informática–, sino por razones de seguridad jurídica, pues la identificación no puede quedar al albur de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete.

Debe advertirse, por otra parte, el carácter relativo que presenta cualquier desglose que se haga de las conductas lesivas de los derechos fundamentales del trabajador en esta materia. La relatividad deriva, por una parte, de la ausencia de taxatividad o definición legal de las distintas conductas informáticas constitutivas de infracción. Bien es verdad, que junto a la delimitación en positivo, la LOPD contiene una tipificación de las conductas constitutivas de infracción administrativa sancionable (Título VII, art. 43). Ellas se pueden tomar como pautas a la hora de la identificación de las conductas atentatorias, toda vez que la incorporación de la potestad sancionadora a la construcción constitucional se basa en los principios de garantía del derecho fundamental reconocidos en la propia Ley. Pero tampoco se puede actuar con total mimetismo porque el legislador ha configurado los tipos administrativos con otra finalidad, inspirándose en la búsqueda de protección de las normas, sean éstas orgánicas u ordinarias, de manera que la tipificación puede haber ido más allá de la protección de los valores consustanciales del derecho fundamental, careciendo en algún caso de virtualidad significante desde la perspectiva constitucional.

LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS PRESENTA UNA DELIMITACIÓN EN POSITIVO DEL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS, CENTRÁNDOSE EN LAS FACULTADES QUE TIENE EL TITULAR

Por otra parte, la relatividad emana del propio alcance impreciso, e inasible a veces, de las facultades reconocidas, y de las obligaciones y deberes, cuyo desconocimiento o incumplimiento, en su caso, determinan la violación del derecho fundamental. Aun conociendo el esfuerzo hecho por el legislador para definir los principios y valores admitidos socialmente desde la perspectiva del ordenamiento jurídico y especialmente de la Constitución, los conceptos legales no alcanzan, porque "no pueden alcanzar por impedirlo la propia naturaleza de las cosas, una claridad o precisión absolutas" (STC 69/1989), por lo que no es posible abarcar todos los supuestos susceptibles de ser tipificados como conductas informáticas lesivas de derechos fundamentales del trabajador. Hay que contar, pues, con el carácter limitativo que ofrecerá cualquier labor exegética que realice el intérprete del alcance de las disposiciones reguladoras del uso informático de datos.

Todo lo cual explica que lo que aquí se pretende realizar sea una simple identificación genérica sin pretensión alguna de exhaustividad, de las más importantes acciones u omisiones contrarias a los derechos fundamentales del trabajador susceptibles de ser llevadas a cabo por el empresario o quienes actúan en su nombre, mediante el uso de los medios informáticos y los sistemas de comunicación.

Al mismo tiempo, se hace necesario advertir que el tema es difícilmente reconducible a un esquema unitario. A pesar de la evidente relación entre los instrumentos informáticos (creación de archivos incluidos) y los nuevos sistemas de comunicación, en especial el correo electrónico o redes de comunicación como Internet, que generan problemáticas similares –la tecnología informática ha entrado en las comunicaciones y todos los datos personales pueden ser tratados informáticamente–, cada uno de ellos presenta perfiles propios y ofrece autonomía en su régimen jurídico. En un caso ha de tomarse en consideración la relación de tratamiento de datos nacida de la creación de ficheros personales de los trabajadores por el empresario, que habrá de regirse por los principios específicos de la protección de informaciones personales, sancionados por la normativa de desarrollo del art. 18.4 CE, y en otro el control de las comunicaciones en el seno de la empresa, en que el límite viene marcado principalmente por el secreto de las comunicaciones.

Todo ello obliga a considerar por separado, por un lado, los principios y garantías a las que debe someterse la recogida y tratamiento de datos, como criterio útil para delimitar las conductas lesivas que se desarrollan valiéndose de medios informáticos y, por otro, los elementos que pueden justificar la intervención empresarial sobre las comunicaciones a efectos de determinar las intrusiones vedadas en las comunicaciones realizadas por el trabajador desde la empresa, a través del correo electrónico.

2. LOS MEDIOS INFORMÁTICOS Y EL PROCESAMIENTO DE LOS DATOS LABORALES

Los peligros que entraña el poder informático para los derechos de los trabajadores derivan, básicamente, de su capacidad de recopilar y de transmitir datos sobre la persona del trabajador, así como de la capacidad de tratamiento o de elaboración de información[2]. La informática permite un ilimitado e indiscriminado acarreo de datos personales del trabajador, facilitando que datos que se encuentran diseminados, aparezcan instantáneamente reunidos en una base de datos, y sin someter a una elaboración previa sobre su relevancia en relación con los requisitos de aptitud o con las obligaciones derivadas del contenido de la prestación laboral. Además, posibilita los procesos de recogida sin control por parte del trabajador afectado, de modo que el empresario puede acceder al conocimiento de los datos personales del trabajador con total ignorancia de éste. Así, en los

(2) *Vid.* una referencia a los peligros de la informática en: LUCAS MURILLO, P.: *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 107 y ss.; DE VICENTE PACHÉS, F.: *El Derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, CES, Madrid, 1998, pág. 137; MARTÍNEZ FONS, D.: *El poder de control del empresario en la relación laboral*, CES, Madrid, 2002, pág. 230.

procesos de selección no es extraño obtener datos de ficheros de que pueden disponer otras empresas o de distintas bases de datos privados o accesibles al público. Al mismo tiempo, la capacidad de interconexión y transmisión de datos del ordenador permite multiplicar el flujo de información de datos personales. Con lo que la posibilidad de que la información obtenida o suministrada al empresario llegue a terceras personas constituye un peligro real. Se vive, así, en la permanente inquietud de no saber a quiénes llegarán los datos, cuya comunicación se autoriza, ni a qué se destinarán.

El poder de la informática se caracteriza también por la amenaza, quizás más preocupante, de la ilimitada posibilidad de elaboración y tratamiento de los datos. Como ya advirtiera en su Exposición de Motivos la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (LORTAD), el conocimiento ordenado de "los más diversos datos –sobre la infancia, sobre la vida académica, profesional o laboral, sobre los hábitos de vida y consumo, sobre el uso del denominado dinero de plástico, sobre las relaciones personales o, incluso, sobre las creencias religiosas e ideológicas, por poner sólo algunos ejemplos– relativos a las personas" "puede dibujar un determinado perfil o configurar una determinada reputación o fama que es, en definitiva, expresión del honor". En efecto, a partir de datos aparentemente intrascendentes, y mediante su conexión con otros dispersos en archivos, se puede obtener una nueva información, que pone en juego no sólo la intimidad de la persona sino la identidad de la misma. Y es que no puede olvidarse que esas elaboraciones se producen no sólo a espaldas del afectado, sino por asociación e interpretación de ciertos datos descontextualizados, que no aportan una certeza absoluta sobre los resultados obtenidos.

Además, hay que tener en cuenta sus posibles efectos sobre el empleo, porque –como observara también la citada Exposición de Motivos– esa elaboración o ese "perfil puede ser luego valorado favorable o desfavorablemente para las más diversas actividades públicas o privadas, como puede ser la obtención de un empleo". Es decir, que el tratamiento de informaciones permite que el sujeto no sólo no se entere de que está siendo objeto de indagación sobre los hechos íntimos de su vida mediante utilización de una información incompleta, sino que desconozca que es objeto, además, de discriminación con base en supuestas características o comportamientos anormales detectados a través de la información elaborada (piénsese, por ejemplo, en las discriminaciones fundadas en las características genéticas extraídas a través de análisis genéticos realizados en los reconocimientos médicos generales).

A) Los derechos fundamentales comprometidos en el procesamiento de datos

Partiendo de que la información sobre la que se aplican las posibilidades técnicas de acopio y tratamiento de datos por medios informáticos se refiere a la persona, no ha de extrañar que entre los derechos afectados se considere, en primer lugar, el derecho a la intimidad, pues este derecho supone la "facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimiento intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos" (STC 186/2000), y los

mecanismos de recogida y utilización de información relativa a la persona sin consentimiento del titular por medios informáticos vendrían a ser una especie de intromisión ilegítima en una esfera que el titular quiera reservar para él.

Pero el derecho a la intimidad sólo abarca una dimensión negativa de las manifestaciones de atentado informático; se agota en la facultad de repulsa de la intromisión en la esfera privada que el titular quiere reservar para sí, y en la de rechazo a consentir la difusión de tal información. Sin embargo, lo que pone en cuestión el poder informático es además la capacidad de afirmación de la propia libertad y de control el uso de los propios datos personales insertos en un archivo o fichero[3]. Hay, así, una vertiente positiva de la relación jurídica del tratamiento de datos no cubierta por el derecho a la intimidad, que consiste en la autodeterminación informativa.

En este sentido, se ha identificado la concurrencia de un segundo derecho afectado en el empleo de procedimientos informáticos de recogida y tratamiento de datos. Es el derecho a la protección de datos, que "garantiza a la persona un poder de control y disposición sobre sus datos personales "(STC 290/2000), considerado por el Tribunal Constitucional como un derecho autónomo y no vinculado necesariamente a la intimidad.

A esta facultad se le ha llamado también libertad informática porque tradicionalmente se ha relacionado con los datos insertos en un programa informático, pero ese entendimiento ha ido ampliándose, de forma que en la actualidad alcanza un concepto jurídico más extenso, que comprende un poder de control sobre cualquier soporte en donde conste la información de la persona. El derecho resulta, así, aplicable no sólo al tratamiento automatizado, sino también al tratamiento convencional.

Dicho derecho –como ha declarado el Tribunal Constitucional en su STC 290/2000– "confiere a su titular un haz de facultades que son elementos esenciales del derecho fundamental a la protección de datos personales, integrado por los derechos que corresponden al afectado a consentir la recogida y el uso de sus datos personales y a conocer los mismos". Estos derechos que son los nutrientes básicos del sistema de protección, se hacen efectivos a través de otra serie de garantías instrumentales como son el "derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué finalidad, así como el derecho a oponerse a esa posesión y uso exigiendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de tales datos". De este modo, el derecho comprende "un conjunto de derechos que el ciudadano puede ejercer frente a quienes sean titulares, públicos o privados, de ficheros de datos personales, partiendo del conocimiento de tales ficheros y de su contenido, uso y destino, por el registro de los mismos. De suerte que es sobre dichos ficheros donde han de proyectarse, en última instancia, las medidas destinadas a la salvaguardia del derecho fundamental".

(3) *Vid.* FROSINI, VITTORIO: "Diritto alla riservatezza e calcolatori elettonici", en AAVV, *Banche dati telematica e diritti della persona*, Edizioni Cedam-Padova, Bologna, 1984, pág. 33.

B) El engarce constitucional del derecho a la protección de datos

El derecho a la protección de datos no está consignado como tal en la Constitución Española. Si se repara en la expresión utilizada por el art. 18.4 CE, comprobaremos que no hay un derecho específico de protección de datos. El art. 18.4 CE sólo dice que la "Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos". Es un simple mandato al legislador para que éste limite el uso de la informática. No existe un reconocimiento expreso del derecho de libertad informática, o de la autodeterminación informativa.

Pero es que tampoco hubo intención política por parte del Constituyente de hacerlo explícito. Varias enmiendas pretendieron recoger de forma clara e inequívoca un derecho a la protección de datos[4]. Así, por ejemplo, la enmienda presentada por el Diputado D. Emilio Gastón Sanz, que abogaba por introducir en el art. 18 CE un último apartado del siguiente tenor:

> "La ley regulará el acopio, uso y difusión de los datos personales contenidos en los archivos o registros susceptibles de acceso automático, con objeto de garantizar las libertades públicas y el ordenamiento constitucional."

LA CONSTITUCIÓN NO RECOGE EXPLÍCITAMENTE EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS, SINO QUE SÓLO RECONOCE SU VERTIENTE NEGATIVA AL RECHAZAR EL USO DE LA INFORMÁTICA QUE SUPONGA UN ATENTADO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Pero todas fueron rechazadas. Por tanto, el Constituyente fue consciente en todo momento del déficit material que representaba la actual disposición y optó deliberadamente por este diseño normativo que sólo viene a reconocer la vertiente negativa del derecho, en concreto, el de rechazo del uso de la informática que suponga un atentado a los derechos fundamentales, sin llegar a contemplar realmente un derecho activo de control sobre el uso de los propios datos.

Esta limitación plantea la cuestión del fundamento constitucional del derecho a la protección de datos que tiene, además, sus claras repercusiones respecto del marco constitucional en el que ha de operar la protección de datos. El Tribunal Constitucional, según el sentir mayoritario de sus componentes –hago esta mención porque el Tribunal no se ha expresado de forma unánime al respecto–, ha fijado en todo momento en el art. 18.4 CE las bases constitucionales íntegras del dere-

(4) El debate parlamentario en torno a este asunto, con las enmiendas y las intervenciones que se produjeron, lo ha sintetizado LUCAS MURILLO, P.: *El derecho a la autodeterminación informativa*, *op. cit.*, págs. 150 y ss.

cho a la protección de datos. En su más reciente sentencia, varias veces citada –STC 290/2000–, luego de afirmar, siguiendo una doctrina ya establecida en las SSTC 254/1993, 143/1994, 11/1998, 94/1998 y 202/1999, que el precepto contiene un instituto de garantía del derecho a la libertad informática, que se identifica con "el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento automatizado de datos", incorpora al ámbito material tutelado por el derecho fundamental las facultades, que anteriormente se han mencionado, relacionadas con el derecho activo de control de datos no encuadrables en esa dimensión negativa del derecho.

Parece evidente que se trata de una interpretación claramente ampliatoria del diseño constitucional, porque el art. 18.4 CE solo concibe la libertad informática en el mejor de los casos como un derecho de carácter instrumental de salvaguardia de otros derechos fundamentales frente al uso ilegítimo del poder informático. En este sentido, no les falta razón a los Magistrados discrepantes de la opinión mayoritaria, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera y don Rafael de Mendizábal Allende, cuando indican que "nuestro Tribunal reconoce y protege ahora un derecho fundamental, el derecho de libertad informática, que no figura en la Tabla del texto de 1978".

En todo caso, esa limitación constitucional del art. 18.4 CE no debe ser un obstáculo de imposible superación para el reconocimiento del derecho fundamental a la protección de datos. Pues, aun en el supuesto de mantener la duda sobre su encaje en el art. 18.4 CE, siempre queda la posibilidad de considerarlo como un derecho fundamental a partir de su vinculación a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), y de Acuerdos Internacionales de interpretación constitucional (art. 10.2 CE) como el Convenio 108 del Consejo de Europa para la Protección de personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter personal, firmado en Estrasburgo por los Estados miembros del Consejo de Europa el 28 de enero de 1981, como se argumenta en el voto particular. Nuestro propio Tribunal ha convertido aspectos instrumentales de la dignidad como "la inviolabilidad del domicilio" en auténticos derechos fundamentales, y nada hubiera tenido de extraño el que lo hubiera hecho también en este ocasión.

En desarrollo del mandato contenido en el art. 18.4 CE, se aprueba una primera ley, la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (LORTAD). Su objeto es, de acuerdo con el texto constitucional, limitar el uso de la informática para salvaguardar el honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de los derechos fundamentales (art. 1). No obstante, la Ley va a "recoger una serie de principios en los que –según la Exposición de Motivos– ha cristalizado una *opinio iuris* de dos décadas", que son los principios establecidos en el referido Convenio 108 para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (1981), dando así un primer paso hacia la recepción de una dimensión positiva del derecho al control de la protección de datos, que en absoluto está implícito en la lógica del art. 18.4 CE.

Posteriormente, la aprobación por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta el tratamiento de datos personales y a la libre circulación de datos, obligará a revisar el referido marco jurídico de la protección de datos y se promulgará, en sustitución de la ley anterior, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD), que constituye el derecho hoy vigente. Esta ley ya no habla de limitar el uso de la informática, sino de garantizar y proteger derechos y libertades en lo concerniente al tratamiento de los datos personales (art. 1). Esta modificación en el objeto supone un paso definitivo en el reconocimiento de la especificidad del derecho a la protección de datos.

C) Aplicación al ámbito laboral de la protección de datos[5]

La mencionada Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD), delinea el marco jurídico común de la protección de datos personales y es plenamente aplicable al ámbito de las relaciones laborales. El contenido principal de la ley viene delimitado por una serie de principios generales, que definen las pautas a las que debe atenerse la recogida, registro y uso de los datos personales y por una serie de garantías de la persona, que se configuran como derechos subjetivos encaminados a hacer operativos los principios genéricos.

Estos principios y derechos alcanzan una plena relevancia en el ámbito laboral, no ya sólo por el necesario flujo de información entre el trabajador y el empresario (los inevitables datos personales que se han de revelar al empresario), sino por el carácter personalísimo de la prestación del contrato de trabajo en la que se ponen en juego valores esenciales de la persona, que convierte el ámbito laboral en especialmente propicio para el surgimiento de violaciones de los derechos fundamentales derivados del uso y tratamiento de la información[6].

En los procesos de recogida, registro y uso de datos personales del candidato o trabajador, el empresario habrá de respetar los principios y derechos que a los titulares de estos datos reconoce el ordenamiento jurídico, en general, y la LOPD en particular.

No obstante, esta ley ha sido algo más previsora que otras normas relativas a derechos humanos, al atender a las características que presenta la relación de tratamiento de datos nacida entre el empresario, en cuanto responsable del fichero, y el trabajador, en cuanto

(5) Sobre la tutela de la libertad informática en el ámbito laboral, en general, *vid.* DEL REY GUANTER, S.: *Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo*, RL 1993, II, págs. 135 y ss.; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Utilización y control de datos laborales automatizados*, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1997; CARDONA RUBERT, M.B.: *Informática y contrato de trabajo. Aplicación de la Ley 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: *Los derechos de los trabajadores frente al tratamiento de datos personales (Comentario a la Directiva 95/46/CE relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación)*, RL, 1996, T II; DE VICENTE PACHÉS, F.: *El Derecho del trabajador...*, *op. cit.*; MARTÍNEZ FONS, D.: *El poder de control del empresario en la relación laboral...*, *op. cit.*

(6) Cfr. MARTÍNEZ FONS, D.: *El poder de control del empresario en la relación laboral...*, *op. cit.*, p. 203.

sujeto afectado por el tratamiento de los datos. En este sentido, la LOPD recoge –como vamos a ver– algunas singularidades, que hacen que la libertad informática de los trabajadores esté sometida a excepciones y límites. La principal peculiaridad va a consistir en la exceptuación de la regla del consentimiento para recabar datos personales del trabajador. Pero no debe verse en estas singularidades una voluntad de limitar los poderes del empresario o de reconocer derechos al trabajador; sino la de establecer límites o sacrificios a los derechos del trabajador con el objeto de conciliar los intereses prevalentes de la empresa.

D) Los datos de carácter personal protegidos

Para una adecuada delimitación de la protección de datos, resulta primordial la correcta definición de datos de carácter personal o, dicho de otra manera, determinar qué datos se protegen, o sobre qué datos se extiende el poder de control y de disposición de datos personales por parte del titular.

Tanto la Directiva 95/46/CE como la LOPD, en su art. 3.a), definen los datos personales como "cualquier información concerniente a personas identificadas o identificables". Es una definición muy amplia que incluye cualquier información o dato referido a una persona cuya identidad pueda ser determinada.

Así las cosas, y por lo que se refiere a la relación que une al empresario con el trabajador, la noción de datos se extiende, en principio, a todo tipo de datos personales o profesionales del trabajador, obtenidos antes de la contratación o durante la ejecución del contrato (inclusive los relativos a la vida privada, la salud, ideológicos o sindicales, entre otros).

No obstante, no todos los datos merecen la misma protección. Dentro del concepto de datos de carácter personal existen los denominados "datos sensibles" o "datos especialmente protegidos" (art. 7 LOPD) que gozan de una mayor protección en función de que se trata de datos más íntimamente ligados a la privacidad de la persona.

La Ley distingue tres tipos de datos, estableciendo respecto de cada uno de ellos unas especiales exigencias, en cuanto a la recogida, almacenamiento y cesión:

a) Datos sobre ideología, afiliación sindical, religión y creencias. Nadie está obligado a declarar sobre estos datos. Existe una prohibición general de indagar respecto de estas circunstancias, que deriva directamente del art. 16.2 CE y que se proyecta en el ámbito laboral a través de los arts. 4.2.c) y 17.1 ET. El trabajador no tiene obligación de facilitar este tipo de datos. No obstante, cuando la recogida de estos datos responda a necesidades justificadas y haya que proceder a recabar el consentimiento, antes se ha de advertir al trabajador acerca de su derecho a no prestar el consentimiento (art. 7.1). Si una vez advertido accede a facilitar algún dato de este tipo o consiente que sea objeto

de tratamiento, deberá hacerlo de forma expresa por escrito (art. 7.2 LOPD)

b) Datos que se refieren al origen racial, salud y vida sexual. Estos datos sólo serán susceptibles de ser recabados, tratados y cedidos mediante consentimiento expreso o una habilitación legal expresa, habilitación, que, según la LOPD, ha de fundarse en razones de interés general. Se requiere, por tanto, consentimiento expreso, aunque no escrito (art. 7.3 LOPD) del trabajador. Todo ello, naturalmente, en el hipotético supuesto en que la recogida resulte justificada desde el interés empresarial y sea proporcional al fin perseguido, como más adelante se indicará.

c) Finalmente, datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas. Estos datos sólo pueden figurar en los ficheros de las Administraciones Públicas competentes en los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras (art. 7.5 LOPD).

LA APLICACIÓN DE PROCESOS INFORMÁTICOS EN LA RECOGIDA, REGISTRO Y TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES DEBE ATENERSE BÁSICAMENTE A TRES PRINCIPIOS: EL DE CONSENTIMIENTO, EL DE ADECUACIÓN Y EL DE FINALIDAD

E) Violaciones en los procesos de recogida, almacenamiento y tratamiento de datos del trabajador

La LOPD no consagra, como hemos dicho, los supuestos de atentado contra el derecho de protección de datos. Sólo se limita a tipificar unos supuestos genéricos de responsabilidad administrativa. No obstante, vamos a tratar de precisar, de acuerdo con el contenido esencial del derecho, y las facultades o posibilidades de actuación necesarias que lo hacen reconocible (STC 11/1981), así como con la ayuda de la tipificación de infracciones, el alcance de las posibles violaciones del derecho de autodeterminación informativa que pudieran resultar del tratamiento informatizado de datos.

Para ello la metodología que nos proponemos seguir es, primero, analizar las violaciones que se pueden cometer en los procesos de recogida, almacenamiento y tratamiento de datos personales y, después, identificar las que se pueden originar mediante la creación de ficheros por parte del empresario. Ello nos obligará a realizar una breve referencia previa, en el primer estudio, a los principios generales a los que debe atenerse la recogida, tratamiento y cesión de datos de carácter personal y que tratan de garantizar tanto la veracidad de la información contenida en los archivos, cuanto la congruencia y la racionalidad en la utilización de los datos y, en el segundo, a las garan-

tías que otorgan virtualidad normativa y eficacia a esos principios, permitiendo controlar y reaccionar, en su caso, al titular de los datos contra la posible utilización ilegítima.

Por lo que respecta a la aplicación de procesos informáticos en la recogida, registro y tratamiento de datos personales, los principios generales a las que debe atenerse y de cuyo incumplimiento puede resultar violado el derecho fundamental, se pueden sintetizar básicamente en tres: a) principio de consentimiento, b) principio de adecuación y c) principio de finalidad.

a) El principio de consentimiento y la toma de conocimiento intrusiva de los datos sensibles del trabajador

El principio de consentimiento otorga –como señala la Exposición de Motivos de la LORTAD– a la persona la posibilidad de determinar el nivel de protección de datos a ella referentes. En este sentido, la LOPD exige, en su art. 6.1, el consentimiento inequívoco del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal, salvo que la ley disponga otra cosa. Ese tratamiento de datos incluye, según lo define la propia LOPD, cualquier operación y procedimiento técnico de carácter automatizado o no, que permita la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias [art. 3.c)]. Es decir que, para que la recogida de datos o cualquier operación de las indicadas anteriormente sea lícita, el ciudadano debe prestar su consentimiento; un consentimiento que, además, ha de ser consciente e informado.

No está claro el significado de los términos "consentimiento inequívoco". En la práctica comercial y de seguros, el precepto se viene interpretando en el sentido de que para obtener el consentimiento basta con avisar a los titulares de que sus datos están siendo incluidos en un fichero. Si el titular no se opone o guarda silencio, se considera como una señal inequívoca de que el titular ha prestado su consentimiento. Sin embargo, teniendo en cuenta que ha de haber una manifestación de voluntad del afectado y que debe ser indubitada y específica [art. 3.h)], no parece que el mero recurso al silencio pueda resultar suficiente para su legitimidad.

De todas formas, la cuestión interpretativa suscita poco interés en el ámbito laboral, porque el art. 6.2 LOPD exceptúa de la regla del consentimiento los datos personales del trabajador, al disponer que "no será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal (...) se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento". Se entiende que el consentimiento va implícito en la mera aceptación de la oferta o en la perfección del contrato[7]. El empresario no tiene, así pues, que obtener el consentimiento para recoger datos del candidato al empleo o del trabajador.

(7) *Vid.* APARICIO SALOM, J.: *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 72.

No obstante, conviene matizar la conclusión anterior, porque la excepción no alcanza a los datos especialmente protegidos. Como se ha puesto de manifiesto anteriormente, algunos datos sensibles como la ideología, afiliación sindical, religión y creencias, requieren siempre y en todo caso el consentimiento por escrito del afectado. Otros, como el origen racial, salud y vida sexual, sólo son disponibles mediante el consentimiento expreso. Y otros, como las relativas a infracciones penales y administrativas, no deben constar en los archivos del empleador.

A la vista de ello, una primera vulneración del derecho a la protección de datos vendría constituida por la toma de conocimiento intrusiva de datos sensibles del trabajador. La vulneración concurrirá tanto en el supuesto de recogida y tratamiento de los datos de carácter personal, que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias, sin recabar el consentimiento expreso y por escrito del candidato al empleo o trabajador afectado, como en el supuesto de recogida y tratamiento de los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual, sin consentimiento expreso del afectado.

La agresión así identificada no sólo pone en cuestión la vida íntima de las personas en la medida en que se accede a un conocimiento de datos que pertenecen a la esfera privada de las personas, sino otros valores individuales de la personalidad como la libertad ideológica o la libertad sindical, al tomar conocimiento de aspectos que el empresario está obligado a prescindir en la contratación o en sus decisiones. Pero la mayor relevancia la adquiere en relación con la libertad de autodeterminación o de control de sus propios datos, que siempre queda mermada si el acceso y el tratamiento informatizado es desconocido para el titular.

En cuanto al incumplimiento de la obligación de no incluir en ficheros los datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas, no cabe entender que se comete violación por el mero hecho de recoger tal dato, porque al no establecerse un régimen especial respecto del consentimiento, no existe limitación alguna para la recogida de este dato. Otra cosa distinta es que la indagación sobre los antecedentes penales o administrativos pudiera no ser pertinente porque no guarde relación con la tarea a desempeñar. Se trataría en ese caso de una violación relacionada con el principio de adecuación –que se analizará a continuación– y no con la regla del consentimiento, con independencia de que pudiera integrar también una conducta discriminatoria prohibida por los arts. 4.2.c) y 17.1 ET.

b) El principio de adecuación y la recogida de datos innecesarios con relación al cumplimiento del contrato de trabajo

El principio de adecuación o pertinencia garantiza que los datos de carácter personal sólo se podrán recoger y tratar "cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido" (art. 4.1 LOPD). Ello supone que tiene que haber una correspondencia o relación entre las informaciones personales que se obtengan y la legítima finalidad

perseguida. Su observancia resulta necesaria para evitar una intromisión ilimitada en la privacidad de la persona.

Este principio obliga a matizar tanto la inicial regla de la inexigencia del consentimiento para la recogida, almacenamiento y tratamiento de datos personales del trabajador, como su excepción referida a informaciones de naturaleza sensible.

De este principio se desprende, en primer lugar, que en la recogida y tratamiento de datos personales del trabajador el empresario ha de tener en cuenta siempre la idoneidad o adecuación de la información que pretende recabar. En consecuencia, no existe libertad para recabar cualquier información personal del trabajador, sino que la recogida de datos ha de resultar justificada desde un interés objetivo y, asimismo, debe ser adecuado al legítimo fin perseguido. No ya sólo no se pueden recoger datos innecesarios o que nada tengan que ver con el desarrollo o el cumplimiento de la prestación laboral, sino que queda prohibido el recoger más datos de los estrictamente imprescindibles para el fin legítimo. Se impone, así pues, una proporcionalidad en la recogida de datos.

Por otra parte, de la aplicación del principio de pertenencia se deriva que, en el supuesto de recogida y tratamiento de informaciones sensibles del trabajador, el consentimiento no puede convertirse en el único requisito de legitimidad. Los datos de naturaleza sensible sólo se podrán recabar y tratar –como ya se ha apuntado anteriormente– cuando respondan a necesidades objetivas y se respete la proporcionalidad. Por consiguiente, el mero recurso al consentimiento para recabar información de carácter especialmente protegido por la LOPD resulta insuficiente para su legitimidad[8].

Haciendo un somero análisis de cada uno de los datos calificados como especialmente protegidos por la Ley, se observa que pocos son los que presentan relevancia en el ámbito de la relación de trabajo y sobre los que puede venir justificada la recogida de tales datos.

Por lo pronto, la ideología, afiliación sindical, religión o creencias son datos que, salvo en empresas ideológicas y para ciertos puestos de trabajo, resultan jurídicamente irrelevantes. No se puede negar un interés del empresario en conocer esta información. Pero tanto la Constitución como la LOPD y el ET han proclamado su irrelevancia, sea en la fase de la contratación o sea en la ejecución de la prestación laboral, a fin de impedir discriminaciones entre los trabajadores. Por tanto, su recogida y tratamiento resultan totalmente injustificados. Sólo en situaciones excepcionales, tratándose de empresas ideológicas y cuando las informaciones relativas a ideología, creencia o religión del trabajador constituyan un requisito de aptitud, podrán recabarse y tratar datos de este tipo. Pero, incluso en estos supuestos, los datos susceptibles de ser recogidos serán los estrictamente funcionales al fin legítimo.

(8) *Vid.* MARTÍNEZ FONS, D.: *El poder de control del empresario...*, *op. cit.*, pág. 211.

Dentro del segundo grupo de datos sensibles, los relativos al origen racial y vida sexual, presentan, igualmente, escasa relevancia laboral. No es fácil imaginar supuestos en los que alguno de estos datos se revele como condición de aptitud para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación laboral. No obstante, cabe la posibilidad de algún supuesto extraño, donde la información pueda ser relevante. Es el caso, por ejemplo, de datos sobre la vida sexual de un trabajador en un proceso de investigación interna sobre acoso sexual[9]. En todo caso, la indagación sobre tales circunstancias personales debe quedar limitada a aquellos estrictos supuestos en que resulte justificada desde un punto de vista objetivo, pues como es evidente la indagación sobre la vida sexual supone una intromisión en la intimidad del trabajador.

LOS DATOS RELATIVOS A LA IDEOLOGÍA, AFILIACIÓN SINDICAL, RELIGIÓN O CREENCIAS, ASÍ COMO LOS RELATIVOS AL ORIGEN RACIAL O VIDA SEXUAL, DIFÍCILMENTE PUEDEN CONSIDERARSE RELEVANTES PARA LA EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN LABORAL

Mayor relieve ofrece, sin embargo, el dato relativo a la salud del candidato o trabajador. El empresario necesita recoger y tratar informaciones relativas a la salud del trabajador, bien para comprobar la idoneidad y aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo, bien para cumplir su deber de prevenir riesgos laborales y proteger la seguridad y salud de los trabajadores. La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales permite el acceso a este tipo de información, si bien bajo estrictas medidas cautelares que buscan garantizar la intimidad del trabajador. Una de ellas es la limitación en cuanto al acceso y conocimiento de los datos obtenidos a través de los reconocimientos médicos.

El art. 22.4 LPRL distingue entre el acceso a una información médica completa y el acceso a una información médica restringida[10]. El acceso a información médica de carácter personal queda reservada al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud. Esta información no podrá facilitarse al empresario o a otras personas sin el consentimiento expreso del trabajador. Existe por tanto, un deber de sigilo profesional para el personal médico, y una prohibición para el empresario de recabar datos por su cuenta sobre el reconocimiento practicado. En cambio, la LPRL prevé el acceso a una información limitada, en favor del empresario y de otras personas u órganos con responsabili-

(9) *Ibidem*, pág. 211.

(10) *Vid.* BLASCO PELLICER, A.: "El deber empresarial de vigilancia de la salud y el derecho a la intimidad del trabajador", en AAVV (Dir. Efrén Borrajo Dacruz) *Trabajo y Libertades Públicas*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1999, págs. 273 y ss.

dades en materia de prevención, como pueden ser los servicios de prevención propios o ajenos, los delegados de prevención, el comité de seguridad y salud, o los representantes unitarios y sindicales de los trabajadores. Esta información limitada a la que puede tener acceso el empresario, se refiere a las "conclusiones" derivadas de los reconocimientos médicos. Dichas conclusiones no podrán versar más que sobre las consecuencias laborales de los datos médicos, en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar medidas de protección y prevención. En consecuencia, ninguna información médica propiamente dicha puede ser facilitada al empresario sin el consentimiento expreso del trabajador.

A la vista del alcance que puede atribuirse al principio de pertinencia, las posibles vulneraciones que se pueden cometer mediante la informática en el ámbito de la protección de la autodeterminación informativa se circunscriben a todos aquellos tratamientos de datos personales que no sean adecuados, o pertinentes y sean excesivos en relación con el cumplimiento de las obligaciones y derechos específicos del interesado en el ámbito de la relación laboral.

En este sentido, se debe reputar ilícita la recogida de datos dirigida a adquirir conocimiento de circunstancias personales, hechos o pautas de comportamiento sin relevancia alguna en el ámbito laboral, o que sólo sirven para una valoración de conveniencia o para prever las posibles repercusiones de factores personales en el rendimiento óptimo y deseable del trabajador.

Al mismo tiempo, se ha de entender que es una forma ilegítima de tratamiento la recogida de datos del trabajador, cualquiera que sea su naturaleza, que no se limita a los datos imprescindibles. Por ejemplo, en los reconocimientos médicos, cuando se realizan pruebas o controles claramente innecesarios por no suministrar información útil para la prevención de riesgos laborales o la comprobación de la aptitud del trabajador.

Desde la perspectiva de la vigilancia de la salud, supone también una lesión del derecho a la protección de datos en el ámbito laboral, la trasgresión de la prohibición empresarial, señalada anteriormente, de acceder a la información médica del trabajador. Así pues son actos contrarios a la tutela constitucional tanto la transmisión al empresario de esa información por personal médico, como el acceso directo y antijurídico al contenido de los informes médicos del trabajador.

c) El principio de finalidad y la aplicación indebida de datos informáticos del trabajador

Como complemento al principio de pertenencia de los datos, el art. 4.2 LOPD establece otro principio, el de adecuación a la finalidad, que impide que puedan usarse los datos de carácter personal objeto de tratamiento "para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos".

La redacción del texto sorprende por el empleo del término "finalidad incompatible", que supone un cambio significativo frente a la derogada Ley Orgánica 5/1992, que hablaba de "finalidades distintas". Algún autor lo ha interpretado como un intento de flexibilizar las posibilidades de alteración del uso de los datos personales recabados, de manera que ya no se prohíbe el uso cuando exista una simple diferencia entre el objetivo para la obtención y aquél al que finalmente se aplican los datos, sino cuando la diferencia llegue a suponer una auténtica incompatibilidad.[11]

No es fácil determinar el alcance de los límites de dicha incompatibilidad. En todo caso, es indudable que el contenido de esta obligación ha quedado reducido y que la obligación parece estar ahora reservada a los nuevos usos de datos personales que no tienen la aptitud para integrase en una misma finalidad.

Por otro lado, llama la atención el que no se haya recogido en el apartado correspondiente de las infracciones, una conducta específica relacionada con esta obligación. La única posibilidad residual de entender tipificada es a través del art. 4.d), que establece como infracción muy grave: "No cesar en el uso ilegítimo de los tratamientos de datos de carácter personal cuando sea requerido para ello por el Director de la Agencia de Protección de Datos o por las personas titulares del derecho de acceso". Ello no es óbice, sin embargo, para que deba entenderse que existe vulneración del derecho fundamental a la libertad informática cuando se produce un uso ilegítimo de los datos personales de la persona.

Sobre la eficacia de este principio de finalidad en el ámbito laboral, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse, a propósito del uso indebido realizado por RENFE de datos informáticos relativos a la afiliación sindical de los trabajadores, y no ha dudado en considerar atentado al derecho de protección de datos, el uso de los datos suministrados por el trabajador más allá del fin que justificó su recogida. Así lo ha estimado en una larga serie de sentencias del año 1998 (SSTC 11/1998, 35/1998, 45/1998, 60/1998, 77/1998, 94/1998, 95/1998, 104/1998, 105/1998, 106/1998, 105/1998, 106/1998, ...)[12], en las que se ha enjuiciado la decisión de la empresa de practicar la retención del salario a todos los trabajadores afiliados a los sindicatos convocantes de la huelga, sirviéndose de un dato conocido, cual era la afiliación sindical, comunicada por el trabajador a la empresa para descontar la cuota sindical. El Tribunal Constitucional considera que "se utilizó un dato sensible que había sido proporcionado con una determinada finalidad, para otra radicalmente distinta: distinta con menoscabo del legítimo ejercicio del derecho de libertad sindical" (STC 11/1998).

F) Violaciones en relación con la creación y funcionamiento de los ficheros de datos en el ámbito laboral

Siguiendo la sistemática expuesta, corresponde analizar ahora las posibles violaciones en relación con la creación y funcionamiento de los ficheros, a partir de las limitaciones y

(11) Así, APARICIO SALOM, J.: *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos...*, *op. cit.*, pág. 97.

(12) Un comentario a las sentencias puede hallarse en ORTÍZ LALLANA, M.C.: "El derecho del trabajador a la intimidad informática y el respeto a su libertad sindical", en AAVV *Trabajo y libertades públicas* (Dir. E. BORRAJO), La Ley, Madrid, 1999, págs. 281 a 293.

obligaciones impuestas al responsable del fichero y de los derechos reconocidos a los titulares de los datos personales, que inciden de forma determinante en la configuración de las mismas.

a) La creación de ficheros no declarados o con un fin ilícito

Por fichero se entiende "todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso" [art. 3.b) LOPD]. En esta definición de la LOPD se ha producido un cambio significativo respecto de la derogada LORTAD, puesto que ya no se habla de "fichero automatizado" ni de "tratamiento automatizado"[13]. Lo que quiere decir que quedan incluidos ahora en la noción fichero, tanto los ficheros informatizados como los manuales o no informatizados, de manera que la noción cubre cualquier tratamiento de datos realizado por medio informático o no.

La creación de ficheros de datos personales de titularidad privada no está sujeta a autorización administrativa alguna. Existe un régimen de libertad de creación: quien lo desee puede proceder sin la autorización previa o la inscripción constitutiva en un registro. La voluntad del titular del fichero sólo viene condicionada a que haya una actividad u objetivo legítimo por parte de la persona o entidad que pretenda crear el fichero (lo cual excluye la creación de ficheros con un fin ilícito) y a que resulte necesario para el logro de dicha actividad u objeto. Es importante resaltar la finalidad del fichero porque "la finalidad determina la legitimidad de los datos almacenados, su utilización o, en fin, la legalidad de su cesión"[14].

Una vez creado el fichero, hay obligación de declararlo a la Agencia de Protección de Datos. Puede hacerse por Internet. Si la notificación se ajusta a los requisitos exigidos por la LOPD y las normas reglamentarias (señaladamente, el Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, que desarrolla determinados aspectos de la LORTAD, y que continúa en vigor)[15], el Registro General de Protección de Datos inscribirá el fichero.

Es preciso observar que las normas sobre protección de datos son aplicables desde que se crea materialmente el fichero, previamente incluso a la notificación a la Agencia, pues

(13) Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M.: "Aspectos principales de la legislación española de protección de datos en las telecomunicaciones", en AAVV *Jornadas sobre protección de la privacidad. Telecomunicaciones e internet*, Pamplona 22 y 23 de junio de 2000, Agencia de Protección de Datos-Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2001, pág. 28.

(14) Cfr. MARTÍNEZ FONS, D.: *El poder de control del empresario...*, *op. cit.*, pág. 213.

(15) El art. 6 exige la especificación de los siguientes extremos: a) Nombre, denominación o razón social, documento nacional de identidad o código de identificación fiscal, dirección y actividad u objeto social del responsable del fichero; b) Ubicación del fichero; c) Identificación de los datos que se pretendan tratar, individualizando los supuestos de datos especialmente protegidos; d) Dirección de la oficina o dependencia en la cual puedan ejercerse los derechos de acceso, rectificación y cancelación; e) Origen o procedencia de los datos; f) Finalidad del fichero; g) Cesiones de datos previstas; h) Transferencias temporales o definitivas que se prevean realizar a otros países, con expresión de los mismos; i) Destinatarios o usuarios previstos para las cesiones o transferencias; j) Sistemas de tratamiento automatizado que se vayan a utilizar; k) Medidas de seguridad".

el fichero puede existir y funcionar antes de que se declare o mientras se tramita su notificación a la Agencia; por lo que el titular del fichero y todos los que intervengan en los tratamientos de datos que en él se produzcan, están obligados a observar todas las reglas, derechos y procedimientos de la LOPD y contraerán, en caso de incumplimiento, las responsabilidades correspondientes.

En relación con las posibles violaciones de derechos fundamentales en esta materia, cabe identificar un supuesto de vulneración del derecho de protección de datos en la conducta incumplidora absoluta del deber de notificación por parte del titular del archivo. Este tipo de infracción, si bien está relacionado con una mera obligación formal, afecta sustancialmente al derecho de protección de datos, en la media en que el incumplimiento de tal deber impide la localización de los responsables de los tratamientos y, por tanto, el ejercicio, por parte de los interesados, de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, así como, por parte de la Agencia de Protección de Datos, de sus competencias de tutela de derecho e inspección y control de los tratamientos de datos[16].

EXISTE UN RÉGIMEN DE LIBERTAD DE CREACIÓN DE FICHEROS, SÓLO CONDICIONADA A LA FINALIDAD DEL MISMO, QUE DETERMINA LA LEGITIMIDAD DE LOS DATOS ALMACENADOS, SU UTILIZACIÓN O LA LEGALIDAD DE SU CESIÓN

Por otra parte, tiene también trascendencia constitucional la creación de ficheros con un fin ilícito. Es indiscutible que se comete violación si se procede a crear ficheros con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual. La Ley prohíbe tajantemente, en el art. 7.4, la creación de este tipo de ficheros. No es normal la existencia de estos ficheros en el ámbito de la empresa. En cambio, sí es más frecuente que tales datos figuren en ficheros automatizados o incluso convencionales, junto a otros datos no sensibles, necesarios para la consecución de objetivos legítimos. El tratamiento de tales datos sin justificación, aunque no convierte en ilícito el archivo, es evidente que constituye –como ya se ha señalado antes– un atentado contra el derecho a la autotutela informativa.

En relación con ese legítimo objetivo (elemento finalista) a que la norma sujeta la creación del fichero, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión en la STC 202/1999 de plantearse la adecuación constitucional de la creación y el mante-

(16) *Vid.* APARICIO SALOM, J.: *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos...*, *op. cit.*, pág. 205.

nimiento por una entidad bancaria de un fichero automatizado, denominado "absentismo con baja médica". La empresa había creado una base de datos con unos ficheros médicos en los que constaban los diagnósticos médicos de todas las bajas por incapacidad temporal de los trabajadores extendidos por los facultativos de la Seguridad Social y los resultados de las revisiones periódicas realizadas por los servicios médicos de la empresa y empresas médicas subcontratadas. El fichero médico no estaba dado de alta en la Agencia de Protección de Datos y la empresa había hecho responsable del mismo a un empleado del Banco, administrador único de informática, encuadrado en la Jefatura de Personal, Sección de recursos humanos, que era quien facilitaba a los médicos la clave de paso. El Tribunal Constitucional recuerda que uno de los principios generales de protección de datos es la congruencia y racionalidad de su utilización, en cuya virtud ha de mediar una nítida conexión entre la información personal que se recaba y trata informáticamente y el legítimo objetivo para el que se solicita. Como quiera que el expresado tratamiento informático de la empresa de los datos de la salud de los trabajadores tenía por objeto el control del absentismo laboral de los trabajadores, y que entre las facultades que al efecto reconoce el ordenamiento no figura la de proceder al almacenamiento de los datos relativos a la salud –y en concreto del diagnóstico médico, el TC estima que se ha producido en el caso una quiebra de la aludida exigencia de nítida conexión entre la información personal y el legítimo objetivo para el que fue solicitada, y declara vulnerado el derecho proclamado en el art. 18.1 y 4 CE. El pronunciamiento resulta un tanto contradictorio porque, después de cuestionar el mantenimiento de tal fichero destinado a conservar los datos relativos a la salud de los trabajadores, no extrae la consecuencia que a ello cabe aparejar, cual sería el declarar ilegítimo del archivo y ordenar la eliminación, no sólo –como se ha hecho– de las referencias a los diagnósticos contenidas en la citada base, sino de la propia base de datos, dado el carácter ilegítimo de los objetivos perseguidos por el titular del fichero.

b) La no adopción por las empresas de medidas de seguridad, en concreto en ficheros con datos sensibles

Las obligaciones del titular del fichero no se agotan en la notificación del mismo a la Agencia. Se completan con otras medidas encaminadas a garantizar la integridad y el correcto uso de la información. Una de esas obligaciones es la de seguridad de los datos. La LOPD obliga a la adopción de medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado (art. 9.1).

La seguridad constituye, tal y como se configura en la ley, un requisito previo a la propia creación de un fichero porque dispone que "no se registrarán datos de carácter personal en ficheros que no reúnan las condiciones que se determinan por vía reglamentaria" (LOPD art. 9.2). Al mismo tiempo, es una medida que debe ser aplicada en una doble dimensión, "con respecto a su integridad y seguridad y (con respecto a) la de los centros de tratamiento, locales, equipos, sistemas y programas" (LOPD art. 9.2). Esto significa que las medidas a adoptar afectan a la información propiamente dicha y a los

soportes físicos en que se almacenan los datos, así como a los recintos o estructuras externas en que se cobijan.

El nivel de las medidas, que es necesario adoptar, depende de la categoría de los datos tratados. El Reglamento de Medidas de seguridad, aprobado por Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, y que se mantiene en vigor en virtud de la Disposición Transitoria Tercera de la LOPD, distingue cuatro categorías de ficheros y tres niveles de seguridad (básico, medio y alto) que se corresponden con distintas exigencias técnico-organizativas. La asignación de los distintos niveles de seguridad a cada grupo se realiza, atendiendo a la naturaleza de la información tratada, en relación con la mayor o menor necesidad de garantizar la confidencialidad y la integridad de la información (art. 3.2 RD), de la siguiente manera:

a) *Los ficheros con datos de carácter personal*. Todos tendrán las medidas de seguridad de nivel básico establecidas en los arts. 5 al 14 del Reglamento.

b) *Los ficheros con datos relativos a la comisión de infracciones administrativas o penales* (...). Habrán de reunir las medidas de seguridad de nivel básico y medio, recogidas en los arts. 5 a 22 del Reglamento.

c) *Los ficheros con datos de carácter personal suficientes como para que permitan obtener una evaluación de la personalidad del individuo*: Incluirán las medidas de nivel básico y de nivel medio, exceptuando los arts. 21 y 22 del Reglamento, relativas al registro de incidencias y pruebas con datos reales.

d) *Los ficheros con datos de ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial, salud y vida sexual, así como los que contengan datos recabados con fines policiales sin consentimiento de las personas afectadas*. Se adoptarán las medias de nivel básico, medio y alto, establecidas en los arts. 5 a 26 del Reglamento.

La necesidad de contar con medidas técnicas y de organización se extiende a todos los titulares de los sistemas de información, incluidos, por supuesto, las empresas, que deben garantizar un nivel de seguridad adecuado, teniendo en cuenta la naturaleza de los datos que poseen.

No se trata de simples obligaciones instrumentales del titular de fichero. Es un deber que afecta al núcleo del derecho de protección de datos, pues sin esas medidas no es posible impedir el acceso no autorizado, ni garantizar la integridad de la información, ni la lícita utilización, ni la preservación de la intimidad y confidencialidad de los datos de los trabajadores. Es natural, por tanto, entender que el incumplimiento de la seguridad lleve la consecuencia de considerar vulnerado el derecho a la autodeterminación informativa.

En este sentido, debemos llegar a la conclusión de que se conculca el derecho de protección de datos cuando no se adopta en los ficheros de la empresa el nivel de protección requerido en función de la naturaleza de los datos que contengan los citados ficheros y de su incidencia en los derechos y libertades de los trabajadores.

c) La revelación de datos reservados de los trabajadores

Para la adecuada protección del derecho fundamental, se establece otra medida esencial, el deber de secreto, que responde a la finalidad de evitar que la información salga del círculo de personas a quienes está destinada. Este deber se exige al responsable del fichero y a quienes intervienen en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal. Es, además, un deber que subsiste aun después de finalizar las relaciones con el titular del fichero o en su caso con el responsable del mismo (art. 10 LOPD).

Ello implica que todos los sujetos intervinientes en los procesos de recogida y tratamiento de los datos o que acceden a un fichero están obligados al secreto profesional y al deber de guardarlos.

La necesidad de respeto de la confidencialidad se proyecta, por supuesto, en el ámbito laboral, y tiene especial trascendencia –como hemos visto antes– sobre el destino de los datos obtenidos a través de los reconocimiento médicos.

Desde la perspectiva de la vulneración, es evidente que la revelación de los datos personales del trabajador registrados en un sistema informático a una persona distinta del trabajador sin el consentimiento de éste, constituye una lesión del derecho fundamental de la protección de datos del trabajador y, eventualmente, también de la intimidad si se vulnera la confidencialidad de los datos sensibles, como los referidos datos médicos del trabajador, que pertenecen claramente a la intimidad. Como ha declarado el Tribunal Constitucional, la intimidad supone la existencia de un ámbito propio del sujeto frente a la acción y el conocimiento de los demás y prohíbe no sólo la toma de conocimiento intrusiva, sino la divulgación de los datos obtenidos.

Resulta, sin embargo, llamativo que, pese a la gravedad de las consecuencias que se derivan de tal conducta para la posibilidad de determinación del nivel de protección de los datos, la LOPD se limite a tipificar como infracciones únicamente la vulneración de la confidencialidad de los datos sensibles y de los relativos a la comisión de infracciones administrativas o penales, Hacienda Pública, servicios financieros, prestación de servicios de solvencia patrimonial y crédito, así como aquellos otros de carácter personal suficientes para obtener una evaluación de la personalidad del individuo [art. 44.4.g) y art. 44.3.g) LOPD]. No obstante, la ausencia de una tipificación administrativa no es óbice para entender que existe lesión del derecho fundamental cuando se transgrede la garantía señalada por parte de quien se responsabiliza del fichero. También, el Código Penal considera, en el art. 199, como conducta punible la revelación de secretos ajenos por persona que tenga acceso a los mismos por razón del ejercicio de su oficio o en virtud de su contrato.

d) Denegar u obstaculizar el acceso a la información

Para que los principios generales de protección de datos sean efectivos y para facilitar a los interesados el ejercicio del control del uso de la información personal, se reconoce a las personas una serie de derechos individuales. Son los derechos de acceso a los datos, de rectificación y cancelación, que "se constituyen –como dice la Exposición de Motivos de la LORTAD– en piezas centrales del sistema cautelar o preventivo instaurado por la Ley". En ese sentido resulta posible imaginar supuestos donde la trasgresión de los instrumentos de garantía puede acarrear actos contrarios al repetidamente aludido derecho fundamental. Vamos a comenzar a identificarlos a partir del primero de ellos.

LOS DERECHOS DE ACCESO, RECTIFICACIÓN Y CANCELACIÓN DE DATOS SON FUNDAMENTALES PARA QUE LOS INTERESADOS PUEDAN CONTROLAR EL USO DE SU INFORMACIÓN PERSONAL

El derecho de acceso a los datos constituye un instrumento de protección básico que permite al titular comprobar qué datos personales posee el empleador o responsable del fichero, si son veraces y si responden a la finalidad para la cual fueron registrados.

Este derecho alcanza una relevancia especial en el ámbito laboral, donde –como se sabe– al empresario no le hace falta recabar el consentimiento del trabajador para el tratamiento de la información (art. 6.2 LOPD) y donde existen dudas razonables sobre el deber de informar del responsable del fichero (el empresario) acerca de la existencia del fichero (art. 5 LOPD). Para algunos autores el derecho a ser informado de la existencia de un fichero, previamente a la solicitud de los datos personales constituye un derecho irrenunciable[17]. Sin embargo, ciñéndonos a la lógica de las reglas establecidas en la ley, parece deducirse lo contrario, pues si el empresario puede recoger y tratar los datos personales del trabajador, se impone como corolario que puede crear archivos sin previamente informar al trabajador, porque resulta imposible llevar a cabo todas las operaciones que conlleva el tratamiento de datos[18] sin crear para ello un fichero. Así las cosas, y ante la probable inexigibilidad del deber de informar de la creación del fichero con todas las

(17) Entre otros, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Utilización y control de datos...*, *op* cit., pág. 220.

(18) *Vid.* art. 3.c) LOPD.

menciones que exige la norma (art. 5 LOPD)[19], la única forma que tiene el trabajador de informarse del tratamiento informatizado realizado por el empresario es a través del derecho de acceso, que es independiente del derecho de consulta, reconocido en el art. 14 LOPD y que atribuye a cualquier persona un derecho a recabar información del Registro General de Protección de Datos sobre tratamientos registrados y la identidad del responsable pero sin conocer los datos tratados.

El derecho de acceso reconoce al interesado el derecho a solicitar y a obtener gratuitamente información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, el origen de dichos datos, así como las comunicaciones realizadas o que se prevén realizar de los mismos (art. 15.1 LOPD).

El acceso es ilimitado en cuanto que permite al interesado conocer todo lo almacenado y tratado, incluyendo los datos de tipo valorativo que configuran su perfil personal. Esta información puede obtenerse de diversas formas, bien mediante consulta de los datos por medio de visualización, bien mediante indicación de los datos por escrito, copia, telecopia o fotocopia, certificada o no. En todo caso, deberá facilitarse en forma legible e inteligible, sin utilizar claves o códigos que requieran el uso de dispositivos mecánicos (art. 15.2 LOPD).

Por lo que aquí interesa, si el acceso a la información es condición indispensable para el ejercicio de otros derechos o garantías individuales de la persona fundamentales para la protección de sus datos personales, cabe entender que el incumplimiento de este deber entraña una vulneración de un derecho fundamental. La consideración como lesión se fundamenta en el hecho del resultado de imposibilitar la facultad de determinar el nivel de protección de los propios datos, toda vez que el no acceso al interesado le impide conocer los datos que le afectan y por tanto ejercer el control sobre los mismos.

La agresión por parte del titular del fichero (el empresario) podrá consistir, bien en una conducta totalmente pasiva de ignorar la solicitud de acceso del trabajador, bien en una conducta más activa de obstrucción, o bien incluso en una negativa. En el primer caso, la conducta lesiva del derecho de protección de datos quedará integrada por la falta, no de atención del derecho, sino de la solicitud del interesado.

En el segundo caso, el atentado se concretará en el hecho de poner trabas a su ejercicio. Esto es, en imponer por parte del responsable del tratamiento de datos, restricciones indirectas que desincentiven el ejercicio del derecho de acceso, como, por ejemplo, exigir determinados requisitos y condicionamientos de carácter formal o material no previstos por la ley.

(19) El responsable del fichero tiene el deber de informar a los que soliciten datos personales sobre los siguientes extremos: finalidad de la recogida de los datos personales, los destinatarios de la información, el carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas planteadas, las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos, la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición así como la identidad y dirección del responsable del tratamiento.

En el tercer supuesto, la conducta lesiva hará referencia a la negativa improcedente a atender el acceso solicitado. Concurrirá en caso de denegación del derecho de acceder a las informaciones personales del trabajador, salvo que se ejerza prematuramente en caso de nueva solicitud. Hay que advertir que existe una restricción temporal al respecto y que sólo puede ejercerse nuevamente el derecho tras un intervalo no inferior a doce meses, a no ser que el interesado acredite un interés legítimo (art. 15.3 LOPD).

e) La negativa a corregir o enmendar los datos falsos o inexactos

Al regular la calidad de datos, la LOPD exige que se mantengan los datos exactos y puestos al día, de forma que respondan con veracidad a la situación real del afectado (art. 4.3 LOPD). De ello emana un segundo instrumento de defensa, que es el derecho del interesado de rectificación en el caso de que los datos sean inexactos o resulten incompletos, y la obligación, por otra parte, del responsable del fichero de cancelar de oficio aquellos datos que resulten total o parcialmente inexactos o incompletos y de sustituirlos por los datos rectificados o completados. El responsable del fichero tiene la obligación de hacer efectivo el derecho de rectificación del interesado en el plazo de diez días (art. 16 LOPD).

La trasgresión de cualquiera de dichas garantías por parte de quien se responsabiliza del fichero puede dar lugar a una lesión constitucional, pues, en este derecho-deber de rectificación hay, al menos, dos intereses constitucionales tutelados: por un lado, el derecho a la personalidad y a una concreta identidad del trabajador, en el que va incluido el derecho al honor; es decir, que su perfil no aparezca desdibujado o alterado, y, por otro, el derecho a evitar que se tomen decisiones perjudiciales a partir de datos inexactos o incompletos, esto es, que su perfil se valore luego desfavorablemente o tenga efectos negativos.

En relación con el derecho del afectado, debemos pensar que, siendo el derecho de rectificación un medio primordial de protección de la identidad, del honor y de la imagen de la persona, el contenido del derecho fundamental a la protección de datos se verá afectado por la negativa del empresario a atender el ejercicio del derecho de rectificación del afectado. Pero la identificación de esta posible vulneración es algo compleja porque la ley permite que la solicitud de rectificación no resulte de obligado cumplimiento, o dicho de otra manera, que pueda no ser atendida por el responsable del fichero, si existen motivos para ello. En consecuencia, lo que será contrario al derecho fundamental es, ante todo, ignorar la solicitud del interesado, el no dar respuesta a su solicitud de rectificación y, por otra parte, el negarse a realizar las correcciones o actualizaciones demandadas por el trabajador, argumentando motivos inconsistentes. Pero para ello es preciso que el trabajador acredite la falsedad o inexactitud del dato que se propone corregir o enmendar y acompañe la documentación que lo justifique.

En relación con la obligación impuesta al responsable de mantener actualizada de oficio la información que se incluye, es posible individualizar un supuesto de vulneración en la conducta omisiva del empresario, pero conviene matizar, porque, aun cuando es exigible

una cierta diligencia en averiguar y descubrir los cambios y errores que pudieran existir en los datos recogidos del trabajador, especialmente en los obtenidos por fuentes paralelas, resulta difícil mantener el tratamiento en perfecto estado. Es fácil que se le escape algún dato de carácter personal inexacto, falso o no actualizado, que afecte a los derechos fundamentales del trabajador. Por tanto, el incumplimiento de este deber sólo dará lugar a lesión en el caso de que, conociendo la inexactitud o falsedad de los datos personales o debiendo haber conocido la existencia de cambios o errores con trascendencia para el honor y la intimidad u otros derechos del trabajador, el empresario no hubiera atendido este deber de actualización; o también en el caso de que el desconocimiento sea imputable a la falta de diligencia exigible[20].

f) La negativa a cancelar datos inadecuados o inexactos del trabajador

El tercer instrumento de defensa reconocido al interesado (el trabajador) es el derecho a la cancelación, que tiene por objeto bloquear o suprimir del fichero aquellos datos personales que no respondan a la finalidad de recogida de datos, o que resulten inexactos o inequívocos (art. 16 LOPD). El plazo en que ha de hacerse efectiva la cancelación por el responsable del fichero (el empresario) es el de diez días siguientes al de la recepción de la solicitud.

Junto a este derecho del interesado, existe, como en el derecho de rectificación, el deber del responsable del fichero de cancelar de oficio, puesto que el art. 4 LOPD, dedicado a regular la calidad de los datos, dice que serán cancelados y sustituidos –se entiende que de oficio por el responsable del fichero– los datos personales que resulten inexactos o incompletos, así como los que hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados.

Esta garantía es, por tanto, muy parecida al derecho-deber de rectificación, con el importante matiz del ámbito aplicativo, pues, mientras la rectificación procederá en los casos de datos personales inexactos o erróneos, la cancelación tendrá lugar en esos casos y, además, cuando los datos personales del trabajador se hayan obtenido en contra de las prohibiciones expresamente formuladas o mediante procedimientos fraudulentos o desleales, o sin el consentimiento expreso (*v.gr.*, salud, ideología, afiliación sindical), así como cuando sean irrelevantes para el cumplimiento de la prestación o no necesarios para la valoración de la capacidad profesional del trabajador, o sean inadecuados para la finalidad por pérdida sobrevenida de adecuación del dato al fin (*v.gr.*, datos de candidatos recabados en trámite de selección).

(20) Una interpretación semejante hace APARICIO SALOM, J.: *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos...*, *op.* cit., págs. 221 a 223, de la infracción tipificada en el art. 44.3.f) LOPD, que contempla un supuesto de incumplimiento del deber de actualización de oficio: "Mantener datos de carácter personal inexactos o no efectuar las rectificaciones o cancelaciones de los mismos que legalmente procedan cuando resulten afectados los derechos de las personas que la presente Ley ampara".

En consecuencia, y siendo también la característica de este derecho –como el derecho de rectificación– otorgar virtualidad y eficacia al principio de calidad, que protege la identidad y el honor de las personas, se deben considerar aplicables los razonamientos sobre los supuestos de vulneración identificados en la garantía anterior. De tal manera que, existirá lesión tanto en el caso en que se ignore la solicitud del interesado, o no se dé respuesta a su solicitud de cancelación, como en el supuesto en que, siendo procedente la cancelación, se desatienda la solicitud fundada y acreditada del interesado y se niegue a realizar las cancelaciones y bloqueos demandados por el trabajador.

La lesión concurrirá también en el caso en que, conociendo o debiendo haber conocido el responsable del fichero, la existencia de datos improcedentes, no hubiera atendido de oficio el deber de eliminación. De todas formas, conviene tener en cuenta que el art. 16 RD 1332/1994 admite que la cancelación de los datos, aun siendo procedente, no se lleve a efecto, cuando no sea posible su extinción física, tanto por razones técnicas como por causa de procedimiento o soporte utilizado, supuestos en que lo procedente es bloquear los datos en lugar de cancelarlos[21].

CUANDO POR RAZONES TÉCNICAS O POR CAUSA DEL PROCEDIMIENTO O SOPORTE UTILIZADO NO SEA POSIBLE LA EXTINCIÓN FÍSICA DE LOS DATOS, PROCEDE EL BLOQUEO DE LOS MISMOS EN LUGAR DE SU CANCELACIÓN

g) La cesión de datos personales sin consentimiento previo del trabajador

En relación con el régimen de funcionamiento del fichero, es necesario hacer una última referencia a una actuación o procedimiento especialmente peligroso para los derechos y libertades de las personas y, en concreto, del trabajador. Se trata de la comunicación o cesión de datos personales que obran en poder del responsable del fichero. Por comunicación se debe entender, tal como la define el art. 3.i) LOPD, "toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado".

Dos son los principios generales que rigen en esta actividad: Uno es la necesidad del consentimiento. En principio, y con carácter general, los titulares de los ficheros privados están obligados a poner en conocimiento de los afectados, en el momento en que se efectúe, la primera cesión de datos por

(21) *Vid.* HERRÁN ORTIZ, A.I.: *El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de datos personales*, Dykinson, Madrid, 2002, pág. 255.

parte del responsable del fichero y a recabar el previo consentimiento del interesado para la comunicación a un tercero (arts. 11 y 27 LOPD). No obstante, el régimen común de comunicación a terceros se exceptúa, señaladamente en dos casos con relevancia en el ámbito laboral; a saber: cuando la comunicación se fundamenta en obligaciones legales y cuando sea necesario para el desarrollo de una relación jurídica que implique necesariamente conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros. La primera excepción es clara en su aplicación al ámbito laboral: el empresario no necesita recabar el consentimiento del trabajador cuando trata de cumplir con las obligaciones legales, por ejemplo, a la hora de comunicar al INEM la celebración de un contrato, o de colaborar con el INSS en la gestión de las prestaciones de Seguridad Social o de declarar las retenciones ante la Administración Tributaria. En cambio, la segunda excepción resulta más problemática de entender. No es comparable a la excepción que establece el art. 6.2 LOPD respecto del tratamiento de datos en general[22]. Por tanto, no cabe suponer una manifestación de consentimiento presunto para la cesión basada en el hecho de que haya una relación laboral. Y por otra parte, es realmente difícil imaginar supuestos, fuera de los aludidos, en que la cesión de los datos resulte estrictamente necesaria para la ejecución del contrato de trabajo. Tal vez un supuesto podría ser aquél en que el empresario venga obligado a ceder los datos del trabajador para contratar un seguro privado para sus trabajadores.

Otro principio general en materia de cesión de datos es la adecuación a la finalidad. El art. 11.1 de la LOPD dispone que los datos de personales sólo podrán cederse a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario. Conviene llamar la atención sobre el elemento clave de interpretación que no es la finalidad ni la actividad del cedente. El criterio de la Directiva de impedir que la cesión pueda responder a finalidades incompatibles con las que inicialmente se consideraron, "garantizándose de este modo al interesado que los fines que él contempló para el inicial tratamiento no se podrán desvirtuar mediante cesión a otros", no ha sido secundado por la LOPD. El objetivo de esta Ley es legitimar la cesión tanto en cuanto se limite a la finalidad del cedente, como cuanto se produzca de acuerdo con las finalidades del cesionario, "que no tienen que ser iguales, ni tan siquiera compatibles[23]" entre sí. Luego el requisito que estamos señalando resulta bastante superfluo y no impide que puedan cederse datos del antiguo trabajador por parte del anterior empresario a un nuevo empresario que pretende contratarlo. El proporcionar datos a otro empleador está relacionado con la actividad del cesionario y no es posible entender que esa cesión no está relacionada con las actividades propias del cedente[24] porque eso supondría anular la posibilidad de que puedan comunicarse legítimamente datos a un tercero cuando dicha comunicación no estuviera prevista en el momento de la recogida; o dicho de otra manera, que no se pueda ceder datos ni siquiera contando con la anuen-

(22) *Vid.* APARICIO SALOM, J.: *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos...*, *op. cit.*, pág. 125.

(23) *Vid.* HERRÁN ORTIZ, A.I.: *El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección...*, *op. cit*, pág. 233.

(24) Así DE VICENTE PACHÉS, F.: *El Derecho del trabajador al respeto...*, *op. cit.*, p. 163.

cia del interesado. El fin principal o lo que intenta evitar la norma es que se cedan datos sin que lo conozca el interesado y eso se satisface con la necesidad del consentimiento informado del trabajador.

De lo descrito se desprende, siguiendo la estructura de los principios, que podamos identificar al menos dos tipos de lesiones de derechos fundamentales: a) comunicar sin consentimiento del trabajador, y b) facilitar a éste información falsa en cuanto a la finalidad a la que se destinarán los datos cuya comunicación se autoriza.

En el primero existe vulneración del derecho fundamental porque el titular pierde la pista de los datos que le conciernen y, en consecuencia, la posibilidad de decidir la comunicación discriminada o no de ciertos datos, o de ciertos tratamientos, así como la facultad de control sobre el tratamiento automatizado, ante los nuevos responsables de los ficheros.

En el segundo caso, la vulneración de derechos deriva de que el destino de los datos personales del trabajador a finalidad distinta de la informada le ha impedido valorar en su justa medida las repercusiones del futuro tratamiento automatizado de sus datos personales en su esfera de intimidad, esto es, determinar si la revelación con determinada finalidad atenta o no contra su intimidad. Como, por otra parte, es en la información al interesado y su consentimiento donde radica la posibilidad de control y, por tanto, la facultad de decidir sobre los usos y finalidades a que deben se destinar los datos, es evidente que una información no correcta o engañosa termina por afectar también a la protección de datos.

El legislador, teniendo en cuenta la necesidad de respetar el carácter informado del consentimiento, ha previsto que la cesión será nula cuando la información no le permita conocer la finalidad a la que se destinan los datos o el tipo de actividad que desempeña aquél a quien se pretende comunicar (art. 11.3 LOPD). Pero, al margen de las consecuencias que se deriven de la presencia de vicios en el consentimiento, la comunicación sin consentimiento informado debe llevar aparejadas las consecuencias que deriven de la vulneración de un derecho fundamental.

3. EL CONTROL SOBRE LOS SISTEMAS DE COMUNICACIÓN DE LOS TRABAJADORES: EL CORREO ELECTRÓNICO E INTERNET

A) La vigilancia del correo electrónico de los empleados y el secreto de las comunicaciones

En la era de las Nuevas Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, el instrumento informático y telemático que más está revolucionando la estructura empresarial y las relaciones laborales[25] es el correo electrónico, que se ha convertido en los últimos

(25) MARTÍNEZ LÓPEZ, F., LUNA HUERTAS, P., INFANTE MORO, A. y MARTÍNEZ LÓPEZ, L.: *Los sistemas de control de la actividad laboral mediante las Nuevas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones*, Relaciones Laborales-la Ley, núm.12, 2003, pág. 106.

tiempos en el sistema más usado en el ámbito empresarial[26]. Casi todas las empresas están conectadas a la red y una buena parte de sus trabajadores dispone de una o varias cuentas de correo electrónico. El envío de información se realiza de forma prioritaria a través del correo electrónico, al permitir una más rápida y fácil comunicación. Además, el correo electrónico hace posible desempeñar, a distancia y recurriendo, en ocasiones, a fórmulas de teletrabajo, un número importante de funciones, que antes eran realizadas de forma directa y presencial por empleados de la empresa (piénsese por ejemplo, en las actividades de marketing, comercialización, atención al cliente, etc.)[27].

Pero, siendo una utilísima herramienta de trabajo que aporta indudables ventajas desde el punto de vista organizativo y productivo, lo que tiene interés, a nuestros efectos, es que se ha convertido, además, en un "codiciado método de control"[28], ya sea porque facilita de forma notable el control de la ejecución de la actividad encargada, ya sea por las consecuencias derivadas de un uso incorrecto del mismo. No puede ignorarse que estos sistemas de información y comunicación permiten acceder a todas las labores realizadas por los trabajadores, mediante la "monitorización" de los mensajes electrónicos, siendo un mecanismo eficaz para determinar el rendimiento. Tampoco cabe despreciar el hecho cierto de utilización del correo electrónico de la empresa por los empleados con fines ajenos a la actividad productiva o ilícitos, o el riesgo de contagio de sus redes mediante mensajes infectados, o de transmisión de información reservada y fuga de secretos empresariales, entre otros posibles riesgos.

De manera que, existe un legítimo interés por parte del empresario de controlar el uso del correo electrónico por sus trabajadores. Pero, este interés choca con una no menos legítima expectativa de confidencialidad y de inviolabilidad de las comunicaciones realizadas por el trabajador desde su ordenador. El trabajador tiene derecho a proteger sus mensajes y sus archivos, al menos, en la medida en que pertenezcan al ámbito de lo privativo.

Pese a su trascendencia jurídica, el problema se encuentra huérfano de solución normativa. Nada se establece al respecto en nuestra legislación laboral. Sólo unos pocos convenios colectivos han regulado algo sobre la materia, adoptando con carácter general criterios restrictivos. La mayoría se limitan simplemente a prohibir, dentro del régimen disciplinario, el uso privado del correo electrónico (así, por ejemplo, el convenio colectivo. de las Industrias de Telemárketing). Y sólo en algún caso aislado se hacen declaraciones permisivas (*v.gr.*, el convenio colectivo de Cajas de Ahorros). No obstante, son cada vez más las empresas que vienen imponiendo su propio Código de Conducta[29].

(26) MERCADER UGUINA, J.: *Derecho del trabajo. Nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Lex Nova, Valladolid, 2002, pág. 111.

(27) *Vid.* SANGUINETI RAYMOND, W.: *Teletrabajo y globalización*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pág. 11.

(28) *Ibidem* pág. 107.

(29) Así, por ejemplo, La Caixa, *vid. El País* de 16 de enero de 2003, Ciberp@is, pág. 7.

Varios pronunciamientos judiciales han tenido que resolver pretensiones laborales relacionadas con casos de acceso al correo personal del trabajador (sobre todo, a causa de demandas de despido) pero sin que hasta el momento se haya llegado a una postura uniforme en la doctrina judicial. Las posiciones de los Juzgados y Tribunales se dividen entre las que dan prevalencia a la propiedad del correo electrónico utilizada y admiten el control del mismo por parte del empresario porque consideran que el ordenador desde el que se envían los mensajes es propiedad de la empresa, y las que ponen el acento en los límites constitucionales, determinando la admisibilidad del acceso al correo personal de los trabajadores en función del principio de intervención mínima o de la estricta indispensabilidad de la restricción del derecho fundamental, acogida por la doctrina constitucional en las SSTC 98/2000 y 186/2000, entre otras.

HAY QUE PLANTEARSE SI EL ACCESO AL CORREO ELECTRÓNICO DEL TRABAJADOR EN LA EMPRESA TIENE ALGUNA RELEVANCIA CONSTITUCIONAL, PUES ALGUNAS RESOLUCIONES JUDICIALES CIRCUNSCRIBEN EL PROBLEMA A UNA CUESTIÓN DE LEGALIDAD ORDINARIA

En favor de la primera línea doctrinal se decantan varios pronunciamientos judiciales. Como botón de muestra, sirva la sentencia del TSJ de Andalucía de 25 de febrero de 2000, que, en un caso de registro en que se habían copiado los ficheros personales del trabajador, declara violado el derecho a la intimidad del trabajador por no haber aducido la empresa causa o motivo alguno para la realización del registro, después de asimilar el ordenador a la taquilla y considerar que "el ordenador es un instrumento de trabajo propiedad de la empresa". Otra resolución judicial del mismo corte con la diferencia de que resuelve a favor del empresario, es la STJ de Cataluña de 5 de julio de 2000. En ésta se declara procedente el despido por trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza de dos trabajadores, que habían enviado correos electrónicos de contenido obsceno. La Sala entiende que no existe lesión alguna en el acceso a los correos electrónicos de los trabajadores, porque el empleador puede ejercer un control sobre la forma de utilizar los medios informáticos, al ser de su propiedad.

Entre las que ponderan el respeto a los derechos fundamentales del trabajador, cabe mencionar la STSJ de Madrid de 31 de enero de 2002 o la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 32 de Barcelona de 16 de septiembre de 2002[30]. Esta última considera que la empresa, al realizar la auditoría en los archivos

(30) Un amplio y juicioso comentario al mismo puede hallarse en la Comunicación presentada en estas Jornadas por MARTÍNEZ FONS, D.: "El control de la correspondencia electrónica personal en el lugar de trabajo. Comentario a la Sentencia de Juzgado de lo Social núm. 32 de Barcelona de 16 de septiembre de 2002", Texto mecanografiado.

personales de la trabajadora sin responder a ninguna circunstancia extraordinaria, sino como reacción a la solicitud de extinción del contrato de la trabajadora por acoso moral y para justificar el despido, la prueba de uso particular de la cuenta de correo de la empresa se ha obtenido con violación del derecho fundamental de la trabajadora por resultar desproporcionada la intromisión. En la auditoría practicada, la empresa detectó que el uso del correo electrónico y las conexiones a internet representaban diariamente una inversión de tiempo de trabajo de aproximadamente 15 minutos al correo electrónico personal, 30 minutos para la lectura de las publicaciones a las que estaba suscrita, 10 minutos para navegar por páginas web, y 10 minutos en el curso de inglés a distancia.

En ausencia de un concepto legal y de un criterio judicial claro, la pretensión es, aquí, determinar sobre bases constitucionales las posibilidades de acceso legítimo al correo electrónico del trabajador, e identificar, a partir de ahí, los supuestos de lesión que se pueden cometer en el control empresarial del uso del correo electrónico de sus trabajadores.

Con carácter previo, no obstante, es preciso plantearse si el acceso al correo electrónico del trabajador en la empresa tiene alguna relevancia constitucional, porque, según se acaba de ver, algunas resoluciones judiciales circunscriben el problema a una simple cuestión de legalidad ordinaria, enmarcada en el poder de dirección y de control de la actividad laboral (art. 20 ET).

Al respecto, debemos indicar que el correo electrónico es descrito, en sentido técnico, como un servicio de mensajería electrónica, donde dos comunicantes transmiten un mensaje digital entre dos ordenadores a través de un servidor y que se mantiene registrado electrónicamente hasta el momento en que el receptor accede a él[31]. Así, en cuanto proceso de comunicación realizado a través de un medio técnico (el servidor), es perfectamente asimilable a cualquier otro tipo de comunicación, con la diferencia de que resulta algo más vulnerable que otros procedimientos porque sus mensajes, salvo que se envíen encriptados, son accesibles y pueden ser leídos más fácilmente por los que los transportan y almacenan[32]. Por otra parte, es preciso anotar que el derecho al secreto de las comunicaciones es un bien constitucionalmente protegido (art.18.3 CE), que prohíbe la interceptación o el conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. El derecho –como ha declarado el Tribunal Constitucional– puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje –con conocimiento o no del mismo– o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (aper-

(31) Es el concepto que se utiliza en la legislación Norteamericana, en concreto, en la *Electronic Communications Privacy Act*. Cfr. MARTÍNEZ FONS, D.: *El poder de control del empresario...*, *op. cit.*, pág. 126.

(32) Cfr. MARTÍNEZ LÓPEZ, F., LUNA HUERTAS, P., INFANTE MORO, A. y MARTÍNEZ LÓPEZ, L.: *Los sistemas de control de la actividad laboral...*, *op. cit.*, pág. 106.

tura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo) (STC 114/1984).

De las dos consideraciones anteriores, se deduce que el acceso al correo electrónico del trabajador por parte del empresario presenta una innegable dimensión constitucional, pues, independientemente de que la conducta pueda venir eventualmente justificada en virtud del ejercicio legítimo de algún interés empresarial, y de cual sea el ámbito lícito de penetrabilidad en el proceso de comunicación del trabajador con terceros, la incidencia en el aludido derecho fundamental es incontestable. La interceptación del correo electrónico supone una contravención del secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que al mismo tiempo pudiera también comprometer otros derechos fundamentales del trabajador como la intimidad o la libertad sindical, en la medida en que lo trasmitido por correo electrónico formase parte de la privacidad o tuviera relación con la libertad sindical.

Pero, una vez integrado el problema dentro del ámbito constitucional del secreto de las comunicaciones, la solución se torna complicada porque el Tribunal Constitucional ha configurado un ámbito objetivo de tutela del secreto, que no deja prácticamente resquicio alguno a un posible quebrantamiento del derecho. Siguiendo la estela del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Supremo intérprete constitucional se muestra extremadamente riguroso a la hora de admitir la interceptación de las comunicaciones. La tutela dispensada por el art. 18.3 CE se extiende no sólo al contenido de la comunicación, sea cual sea su contenido, y pertenezca o no al ámbito de lo privado, sino a otros aspectos accesorios a la misma, como la identidad subjetiva de los interlocutores (SSTC 114/1984 y 34/1996). La única posibilidad de intervenir en las comunicaciones es a través de una resolución judicial motivada, habiendo declarado el máximo intérprete constitucional que "la ausencia de autorización o falta de motivación determinan, irremediablemente, la lesión del derecho constitucional" (STC 86/1995). Desde esta perspectiva, y de considerar que los mensajes electrónicos que envía el trabajador están cubiertos por la tutela del secreto de las comunicaciones, parece que no habría posibilidad alguna de intervenir en el correo electrónico de los trabajadores, salvo autorización judicial.

Sin embargo, es evidente que el secreto de las comunicaciones no le puede garantizar al empleado una impenetrabilidad total de su actividad comunicativa desarrollada en la empresa a través del correo electrónico facilitado por el empresario. En un contexto de dependencia laboral y siendo a veces el único medio de control de la actividad encargada, eso significaría de algún modo, la privación al empresario de una de las manifestaciones más importantes del poder de dirección, la de vigilancia y control de la actividad de los trabajadores. Nuestro Tribunal Constitucional ha dejado claro que los derechos constitucionales se proyectan sobre la relación laboral con modulaciones y que en ocasiones pueden experimentar limitaciones o sacrificios en la medida en que se desenvuelven en el seno de una organización (la empresa) que refleja otros derechos constitucionalmente reconocidos en los arts. 33 y 38 CE. En consecuencia, no es descartable una eventual limitación o restricción del derecho al secreto de las comunicaciones del trabajador y, por tanto, la posibilidad de acceso al correo electrónico del trabajador, en la medida en que concurra un interés o derecho constitucional digno de protección.

En todo caso y tratándose de un conflicto donde hay un derecho fundamental en posición de preferencia, el método resolutorio no puede ser el contrapesar las diferentes circunstancias, susceptibles de valoración jurídica que concurren en el caso para ver cuál de los dos intereses en conflicto debe prevalecer, sino que debe ser –como ya lo vienen aplicando algunos Jueces y Tribunales– el de la indispensabilidad o restricción mínima en el derecho fundamental del trabajador, de tal manera que la limitación impuesta en el secreto de las comunicaciones sea la realmente imprescindible para satisfacer el interés empresarial digno de protección, optanto, en caso de existir, por otras formas alternativas que restrinjan menos el derecho del trabajador. Ésta es una exigencia constitucional que el Tribunal Constitucional ha impuesto a la hora de resolver los problemas de vigencia de los derechos fundamentales no exclusivamente laborales en la relación de trabajo[33].

Para desentrañar la operatividad de este criterio delimitador del ejercicio legítimo de acceso al corre electrónico, será mejor descender a la casuística, distinguiendo las distintas situaciones que pueden darse en cuanto al uso del correo electrónico, y que se resumen, al menos, en las tres siguientes: a) uso profesional; b) uso personal; c) uso indiscriminado.

a) Nada impide al empresario restringir el uso del correo electrónico en la empresa a fines estrictamente profesionales o comerciales y prohibir el uso con fines personales. No es seguramente la política más recomendable, a la vista de que, en la utilización de los sistemas de comunicación de la empresa (telefono, fax, etc.), se impone una cierta política de tolerancia, dada la singular implicación de la persona en el trabajo que difícilmente puede abandonar sus "prosaicas necesidades cotidianas"[34]. No obstante, una política estrictamente prohibitiva es posible y encuentra fundamento no sólo en la necesidad de evitar los tiempos de inactividad del trabajador u otros problemas de seguridad del sistema y de responsabilidad imputables al empresario, sino en razones estrictamente laborales como la de garantizar la posibilidad de que las comunicaciones puedan ser auditables.

En todo caso, esa política empresarial, que no necesita ser consensuada con el trabajador, debe ser dada a conocer a los trabajadores. Es absolutamente imprescindible que éstos conozcan las limitaciones de uso del correo electrónico impuestas por el empresario. Para ello cabe recurrir a distintos procedimientos de publicidad; uno especialmente recomendado es el recordatorio en la pantalla cuya aceptación permite enviar el correo.

En las indicadas condiciones de información y publicidad, debe considerarse legítimo la posibilidad de acceso del empresario al correo electrónico del trabajador sin requerir su consentimiento ni recabar autorización judicial. El vínculo jurídico existente entre el empresario y el trabajador y el consentimiento tácito otorgado por el trabajador para

(33) *Vid.* GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: "Ley, convenio colectivo y derechos fundamentales del trabajador", *RDS*, núm. 4, 1998, págs. 48 y ss.

(34) *Vid.* PERA, G.: *Il licenciamento per abuso del telefono aziendale*, RIDL 1999, II, pág. 652.

intervenir la comunicación, habilitan al empresario para entrar en el ordenador y acceder a las mensajes vertidos por el trabajador al sistema. Las comunicaciones realizadas por el trabajador con un fin únicamente laboral, se deben considerar, también, como propias de la empresa, al ser realizadas por el comitente en el ejercicio de la actividad encargada. El trabajador envía mensajes de acuerdo con las órdenes que recibe del empresario. El contenido de los mensajes del correo electrónico de un trabajador no se puede considerar patrimonio exclusivo del trabajador sino que pasa a ser también de la empresa. Pero, además, hay una expresión de voluntad por parte del trabajador que legitima el acceso. Tanto en el caso en que se le advierte previamente de que puede ser objeto de control y no da una respuesta negativa, como cuando se le avisa como condición de acceso al sistema que la información enviada debe ser estrictamente laboral y lo acepta, puede perfectamente entenderse que se otorga el consentimiento a que el empresario ejerza un control sobre los mensajes electrónicos[35].

LAS COMUNICACIONES REALIZADAS POR EL TRABAJADOR A TRAVÉS DEL CORREO ELECTRÓNICO PARA USOS PERSONALES SON INVIOLABLES YA QUE GOZAN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

De todas formas, tratándose de una limitación en un derecho fundamental, es exigible siempre una justificación objetiva en el ejercicio del control por parte del empresario. El empresario no queda apoderado, ni siquiera en los casos de uso con fin profesional del correo electrónico, para llevar a cabo inspecciones arbitrarias, indiscriminadas, o exhaustivas en los mensajes electrónicos enviados por el trabajador. Estaríamos en estos casos ante un control ilícito porque serían actos contrarios a la tutela dispensada por el art. 18.3 CE y también a la consideración debida a la dignidad, que prohíbe los controles que nieguen un cierto espacio de libertad en el puesto, o donde no sea posible la libre manifestación de la persona. Al mismo tiempo, la actividad de control del correo electrónico debe adecuarse a lo que resulte imprescindible, no tomando más conocimiento de lo necesario, y recurriendo a las técnicas alternativas menos intrusivas, si las hubiere y fuesen suficientes para satisfacer la legítima pretensión del empresario.

b) En el caso de uso con fines personales, la cuestión es muy diferente. No es frecuente que se facilite al trabajador una cuenta de correo para usos personales, pero se conoce algún caso, como el de la Caixa, que en su código de conducta ha previsto para sus empleados dos cuentas de correo distintas:

(35) Así, también, MARTÍNEZ FONS, D.: *El control de la correspondencia electrónica personal en el lugar de trabajo...*, *op. cit.*, pág. 8.

una profesional, auditable por los servicios técnicos de la entidad y otra personal, gratuita, y de imposible acceso para la empresa[36]. En los casos de correo electrónico para las comunicaciones personales hay que partir de que las comunicaciones realizadas por el trabajador a través del mismo gozan del derecho a la protección del secreto de las comunicaciones y son, por consiguiente, inviolables. La empresa no puede revisarlas. Así que, cualquier interceptación de la comunicación o aprehensión de la comunicación registrada en el buzón de correo electrónico del trabajador o en el servidor del ordenador utilizado por el trabajador, constituirá una violación del derecho al secreto de las comunicaciones, y ello con independencia de que lo comunicado afecte a la vida íntima porque el art.18.3 CE protege, como se ha indicado, todo el proceso de comunicación y no sólo el mensaje. Lo cual determina a su vez que la eventual obtención de una prueba basada en un acto ilícito de intromisión, carecerá de validez o relevancia jurídica.

Ahora bien, no podemos ignorar que, siendo el correo personal una cuenta opaca para el empresario, se pueda convertir también en un medio para cometer actos de incumplimiento contractual e incluso delitos. Se plantea así la legitimidad de un posible acceso al correo personal del trabajador sin intervención judicial.

Algunas sentencias lo vienen admitiendo. Así, por ejemplo, la antes citada STSJ de Andalucía de 25 de febrero de 2000, que entiende aplicable al caso el art. 18 ET relativo al registro de taquillas; y también la referida STSJ núm. 32 de Barcelona de 16 de septiembre de 2002, siempre que concurran una serie de requisitos, que extrae de la Directiva 95/46, de 24 de octubre, sobre protección de datos, en concreto: a) un propósito especificado, explícito y legítimo del empresario; b) una supervisión proporcionada al riesgo; c) la mínima repercusión sobre el derecho a la intimidad del trabajador.

Inicialmente, debe compartirse la idea de que, ante sospechas fundadas de incumplimientos contractuales, el empresario pueda acceder a revisar el correo personal del trabajador. De alguna manera tiene que proteger también su patrimonio y sus intereses. Lo que resulta más difícil de compartir es que esa actividad de control lo pueda realizar el empresario sin someter a una ponderación previa del juez. Desde luego, la aplicación analógica del art. 18 ET no parece de recibo, no ya porque no concurran los presupuestos analógicos, sino porque la facultad, absolutamente excepcional, reconocida al empresario de intromisión en la vida privada del trabajador, se justifica sólo en la medida en que una norma lo ha legitimado. El art. 18 ET es una norma restrictiva de un derecho fundamental y no puede amparar más supuestos que los que el legislador ha valorado atendiendo a la necesidad concurrente (art. 8 del Convenio Europeo). Los problemas derivados de un uso irregular de la cuenta de correo personal en ningún caso fueron contemplados dentro de esa necesidad, por lo que, no habiendo una norma que autorice expresamente la intromisión, no es posible llevar a cabo una acción contraria al derecho fundamental del secreto de las comunicaciones del trabajador sin un mandamiento judicial autorizando la

(36) *El País* de 16 de enero de 2003, Ciberp@is, pág. 7.

interceptación. Por tanto, de concurrir un verdadero interés patrimonial o de otro tipo con relevancia constitucional, entiendo que la única posibilidad que tiene el empresario de intervenir el correo electrónico del trabajador es mediante la autorización judicial.

c) La situación más frecuente es la del uso indiscriminado; esto es, que el trabajador disponga de una única cuenta de correo electrónico y que haga un uso indistinto de la misma, ya sea para fines profesionales, ya sea con carácter privado. Esta situación es típica de los trabajadores que no han recibido indicación alguna por falta de una política empresarial definida sobre el uso del correo electrónico. Pero se observa también en aquellos a los que se permite de forma expresa la utilización indistinta del correo electrónico, o a quienes se tolera que pueden usar para fines personales, a pesar de haber dado indicaciones sobre su estricta utilización profesional.

La cuestión litigiosa es más difícil de resolver porque el correo electrónico aparece aquí en su doble característica técnica: por un lado, como instrumento de producción o prestación de servicios, cuya supervisión no puede negarse al empresario porque sería tanto como negarle la capacidad de organización y control de la actividad laboral[37], y, por otro, como sistema de comunicación, desde el que no sólo se vierten mensajes relacionados con la actividad productiva o de servicios, sino que se envían secretos relativos a la intimidad de los comunicantes en la confianza de no ser interceptados. De todas formas, una solución técnica debe tener en cuenta la posición preeminente del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

En este sentido, se ha entender que el correo electrónico de uso profesional y personal está protegido como comunicación personal por el secreto de las comunicaciones y, consecuentemente, goza, en principio, de inviolabilidad. El empresario no puede acceder al mismo, ni a los ficheros del trabajador, de forma indiscriminada, ni con fines preventivos para controlar o asegurar el buen uso. En consecuencia, la actuación empresarial accediendo a los correos electrónicos de los trabajadores cuando y como quiere, constituiría una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE).

Ahora bien, no puede desconocerse por completo esa otra naturaleza del correo como herramienta de trabajo. Utilizado como recurso empresarial para el negocio, es entendible que el empresario tenga un legítimo interés en conocer el contenido de los mensajes de carácter profesional que emite o recibe el trabajador. El acceso a esa información forma parte de la potestad de organización y dirección del empresario, y éste es un interés constitucionalmente garantizado. Significa ello que de alguna manera se ha de legitimar el acceso al correo o a los ficheros, porque de lo contrario se le impediría al empresario desarrollar su derecho reconocido en la Constitución (arts. 33 y 38). La cuestión clave es determinar cuándo viene obligado el trabajador a soportar una vigilancia en su correo electrónico y a ceder en su derecho al secreto de las comunicaciones ante ese otro interés empresarial digno de tutela. El método resolutorio, sin ser una fórmula muy efectiva ni segura, no es otro que el ya aludido criterio de la indispensabilidad o

(37) *Vid.* FALGUERA I BARÓ, M.A.: "Uso por el trabajador del correo electrónico de la empresa para fines extraproductivos y competencias de control del empleador", *RL* 2000, núm. 22, pág. 38.

estricta necesidad. De conformidad con el mismo, la intervención en el correo electrónico sólo se considerará legítima cuando sea necesaria y no haya otra alternativa y sea, además, proporcionada en el sentido de que no cause más perjuicios que beneficios.

No siempre es necesario acceder al contenido del mensaje para satisfacer el legítimo interés empresarial. Si existen otras medidas más moderadas, se debe acudir a las mismas. Por ejemplo, para comprobar el uso abusivo con fines personales del correo electrónico basta con acceder al panel de "vista previa" que casi todos los usuarios tienen activado en su programa y que permite ver el contenido sucinto del mensaje sin tener que abrir una ventana específica de cada uno de ellos. Por otra parte, se ha de tener en cuenta que la medida ha de ser ponderada en el sentido de que la interceptación se contraiga al menor número de mensajes posible y se acote temporalmente. En este sentido, se pueden evitar muchas interceptaciones de mensajes seleccionando en la ventana "Elementos enviados" donde se muestra el destinatario del mensaje, el asunto y la fecha y hora en que se escribió aquel mensaje cuya interceptación está justificada desde la finalidad perseguida a través del control empresarial.

De lo expuesto, se desprende que se conculca también el art. 18.3 CE cuando en la interceptación del mensaje electrónico no se respetan los aludidos requisitos de imprescindibilidad; esto es, cuando no hay un interés legítimo, o exista una medida menos intrusiva que la interceptación del correo electrónico para la consecución del propósito perseguido, o la interceptación resulta desproporcionada o se prolonga más de lo debido.

Cabe plantearse si tiene algún efecto enervante la advertencia realizada previamente por la empresa respecto de que el correo electrónico por el trabajador puede ser controlado. Antes hemos visto, en el caso del uso con fines profesionales, que la advertencia y el consentimiento presunto otorgado por el trabajador a las condiciones de uso privan a la eventual acción empresarial de control del correo del trabajador de ilegitimidad. Sin embargo, en este caso no es admisible porque la advertencia y el consentimiento presunto se refieren también al uso del correo con fines personales, e incluirían, además, un acceso incondicionado al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones en un ámbito, donde no es admisible intervención alguna sin el recurso a la autorización expresa de los interesados o de la autoridad judicial. Por tanto, entiendo que no es suficiente la mera comunicación para proceder a la fiscalización del contenido de los archivos laborales del trabajador.

B) La legitimidad del control de las páginas visitadas en Internet por los trabajadores

Otro de los problemas que dimana del uso de los recursos telemáticos es el derivado del control por parte de la empresa de las direcciones de Internet visitadas por el trabajador. Según revelan las estadísticas, la mayor parte de las conexiones a Internet se realizan desde el puesto de trabajo y no precisamente por motivos laborales sino para acceder a contenidos de índole privado. Se calcula que el 70 por ciento de las visitas a los sitios

pornográficos y más del 60 por ciento de las compras en línea, subastas y juegos, tienen lugar en horario laboral[38]. Ello ha llevado a las empresas a recurrir a ciertos mecanismos de vigilancia, para conseguir el buen uso de esta herramienta de trabajo. Un forma sencilla de control es acudir al servidor de proximidad, que dispone de un analizador que lleva cuenta de los sitios explorados por el usuario y el tiempo empleado en cada uno de ellos. Otro mecanismo de control eficaz es instalar programas de monitorización en los ordenadores de los trabajadores que permiten registrar y visualizar todo cuanto realiza el trabajador mientras está conectado a Internet. Estos programas son capaces de detectar los accesos no autorizados, las páginas de Internet visitadas, los programas utilizados, el tiempo empleado, y permiten asimismo recuperar la información enviada a través de los servicios que se hayan configurado (e-mail, chat, mensajería instantánea), además de otras funciones[39].

El control de la navegación por Internet plantea un problema diverso al de la interceptación del correo electrónico del trabajador porque no existe en el uso de Internet un procedimiento de comunicación entre personas como el que ocurre en el uso del correo electrónico. Internet es un medio de acceso a la información. Y, si bien el acceso a esa información se realiza a través de un sistema de comunicación, el hecho simple de conectarse, consultar las páginas, seleccionar información y de descargar información no genera un acto de comunicación. De manera que, en el acceso a Internet no cabe el secreto de las comunicaciones y, por tanto, la navegación no está tutelada por el art. 18.3 CE.

AL SER INTERNET UN MEDIO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN QUE NO GENERA UN ACTO DE COMUNICACIÓN, LA NAVEGACIÓN NO ESTÁ AMPARADA POR EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

Ahora bien, eso no significa que se pueda fiscalizar ilimitada e indiscriminadamente el uso de Internet por el trabajador porque el control de los accesos a Internet puede comprometer otros intereses del trabajador protegidos constitucionalmente. En este sentido, es preciso observar que, con independencia de que el uso no consentido de Internet pueda constituir un incumplimiento contractual del trabajador, el control sobre Internet se ejerce sobre una serie de datos que son "susceptibles de implicar directamente a la persona del trabajador, puesto que en numerosas ocasiones contendrán informacio-

(38) *Cinco Días,* 29 de diciembre de 2001, pág. 15.

(39) *Vid.* MARTÍNEZ LÓPEZ, F., LUNA HUERTAS, P., INFANTE MORO, A. y MARTÍNEZ LÓPEZ, L.: *Los sistemas de control de la actividad laboral mediante las Nuevas Tecnologías..., op. cit.,* pág. 107.

nes relacionadas con su intimidad[40]". Por otra parte, no puede desconocerse que esas conexiones a Internet suministran una información susceptible de ser tratada, de manera que de la misma se puede obtener con mucha facilidad un determinado perfil de la persona, que puede influir favorable o desfavorablemente en el trabajo; en definitiva, hay una posibilidad de tratamiento de datos que afecta a la tutela informática. Por ello, no deja de sorprender que la Agencia de Protección de Datos haya encontrado lícito el control por parte de las empresas de las direcciones de Internet visitadas por sus trabajadores (Consulta M-98)[41]. A la vista de lo cual, cabe interrogarse acerca de los límites dentro de los cuales es legítimo el control de la navegación en Internet del trabajador.

Inicialmente debe decirse que la instalación de programas que proporcionan al empleador un informe personalizado de cada uno de los trabajadores con toda la información de navegación realizada (páginas de internet visitadas, tiempo, etc.), no tiene encaje en nuestro ordenamiento constitucional y laboral. Ello supone un atentado a la intimidad y al respeto a la dignidad de la persona del trabajador, por la privación total de intimidad que comporta y porque sobrepasa manifiestamente los límites normales del ejercicio del derecho de control del empresario. El respeto a la dignidad e intimidad del trabajador (art. 20.3 ET) delimita un ámbito no ilimitado, sino restringido, de vigilancia y estos programas, al monitorizarlo todo, no ofrecen garantía alguna de respeto a los aspectos reservados e íntimos de trabajador presentes habitualmente cuando se hace uso de Internet al desarrollar la actividad laboral.

El ilícito resulta aun más grave cuando el programa se ha instalado de forma oculta y el trabajador ignora que toda su actividad en Internet está siendo registrada con fines de control. El conocimiento torticero subrepticiamente adquirido por el empresario mediante la utilización de programas indetectables, clandestinamente colocados en el ordenador con el fin de sorprender al trabajador, aparte de constituir un abuso incompatible con el respeto a la dignidad e intimidad, debe considerarse una intromisión ilegítima en la vida privada (art. 7.1 y 2 LO 1/1982).

Ello no obstante, la medida de control de la navegación en Internet del trabajador, ya sea mediante la instalación de un programa o ya sea mediante el acceso al servidor de la empresa, puede venir eventualmente justificada, si concurre un interés empresarial digno de tutela constitucional. Lo es, desde luego, el deseo de poner coto al uso abusivo de Internet para intereses personales. El empresario no tiene por qué soportar la pérdida de actividad laboral ni otros inconvenientes que supone el ejercicio privado e inconsentido de la navegación en Internet por el trabajador.

(40) Como nos recuerda MARTÍNEZ FONS, D.: *El control de la correspondencia electrónica personal en el lugar de trabajo...*, *op. cit.*, pág. 17.

(41) *Vid.* MERCADER UGUINA, J.: *Derecho del trabajo. Nuevas tecnologías...*, *op. cit.*, pág. 114.

Ahora bien, en la medida en que la fiscalización sobre la actividad realizada por el trabajador en Internet limita un derecho fundamental, el de la privacidad de este que queda totalmente al descubierto, debe estarse al principio de intervención mínima de la referida doctrina constitucional. La medida de vigilancia sobre la navegación en Internet del trabajador ha de tener una repercusión mínima en el derecho a la intimidad. Ello supone que el empresario sólo queda facultado para llevar a cabo una vigilancia cuando haya detectado alguna irregularidad (indicios) en el uso de Internet por el trabajador, y no sea posible satisfacer su interés mediante otros procedimientos distintos del control y conocimiento de las direcciones visitadas por el trabajador en Internet. Además, de considerarse necesaria la vigilancia, el empresario ha de procurar que la vigilancia sea lo menos intrusiva posible, limitando el conocimiento de la información del trabajador, así como el período temporal de sujeción, a lo estrictamente necesario para asegurar el fin que justificó el control.

Así las cosas, un control arbitrario e injustificado sobre la navegación en Internet del trabajador o que no reúna los requisitos extraídos del principio de imprescindibilidad, constituirá una vulneración del derecho fundamental a la intimidad del trabajador. Sin perjuicio de que, si en alguna de las fases del tratamiento de los datos (cuando se recaban, cuando se procede al tratamiento o cuando son utilizados o cedidos) no se respeta alguno de los principios y derechos del trabajador afectado, podrá suponer también una conculcación del derecho a la protección de datos.

Trabajo fijo discontinuo y protección por desempleo

REMEDIOS ROQUETA BUJ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de las Islas Baleares

Sumario:

1. Introducción. 2. La cotización. 3. La peculiar "situación legal de desempleo". 4. Las particularidades del nivel asistencial. 5. La suspensión y extinción del derecho a la percepción de la prestación o subsidio por desempleo.

1. INTRODUCCIÓN

Las relaciones entre el empleo atípico y el sistema de protección por desempleo son complicadas. La protección por desempleo se ha erigido sobre el prototipo del contrato a jornada completa y por tiempo indefinido, y cuando se aplica a los trabajadores atípicos, fundamentalmente los temporales, a tiempo parcial y fijos discontinuos, provoca numerosos problemas e injusticias[1]. Y es que, para la adecuada tutela de los derechos de protección por desempleo de estos trabajadores, no basta con la aplicación de las mismas reglas que rigen para los trabajadores de carácter regular u ordinario, siendo necesario, por el contrario, añadir "algo específico"[2]. A tal fin, el art. 1.5 del RD 625/1985, de 2 de abril (RPD), en desarrollo del art. 6.1.4 de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección

(1) CÓRDOVA, E.: "Las relaciones de trabajo atípicas (y II)", RL, I/1986, pág. 280, y MONEREO PÉREZ, J.L.: *El sistema de protección por desempleo en España*, Valencia, 1997, págs. 190 y ss.

(2) CINELLI, M.: "El problema de la protección social de los trabajos atípicos en el ámbito comunitario: El caso del trabajo de duración determinada", *Seminario sobre "La Seguridad Social y las nuevas formas de organización del trabajo. Las carreras de seguro atípicas"*, Toledo, 25 y 26 de abril de 2002, ejemplar fotocopiado, pág. 15.

por desempleo (LPD), configuró una situación legal de desempleo específica para los trabajadores fijos discontinuos, en virtud de la cual los mismos podían acceder a las prestaciones y subsidios por desempleo durante los períodos de inactividad laboral entre temporadas consecutivas. Sin embargo, tras el RD-L 5/2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, que introdujo un importante divorcio entre los dos supuestos de trabajos fijos discontinuos, los trabajadores fijos periódicos o de llamamiento a fecha cierta y los trabajadores fijos discontinuos de llamamiento incierto, el RD-L 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, y poco después la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de igual denominación, han procedido a la modificación del art. 208.1.4 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), con el fin de acotar la situación legal de desempleo específica de los trabajadores fijos discontinuos.

A continuación, vamos a tratar de desentrañar el significado y alcance que pueden tener los cambios introducidos por la Ley 45/2002. No obstante, y partiendo de la base de que debe existir una correlación entre la cotización y la cobertura por desempleo, se analizarán las reglas que rigen la cotización por la contingencia por desempleo de los trabajadores fijos periódicos y fijos discontinuos, previstos, respectivamente, en los arts. 12.3 y 15.8 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRET). Este análisis nos colocará en mejores condiciones para entender y valorar las últimas modificaciones normativas. Por último, y aprovechando la ocasión, se abordarán también las peculiaridades de los subsidios de los trabajadores fijos discontinuos y la suspensión y extinción del derecho a la percepción de la prestación o subsidio por desempleo de estos trabajadores.

2. LA COTIZACIÓN

El apartado 2 de la Disposición Adicional Séptima de la LGSS, en la redacción dada por el art. 2.2 del RD-L 15/1998, de 27 de noviembre, y la Disposición Adicional Décima de la Ley 12/2001, de 9 de julio, establece que las "normas aplicables a los trabajadores contratados a tiempo parcial" contenidas en el apartado anterior, entre las que figuran las referentes a la cotización, resultan aplicables a los contratos a tiempo parcial, contrato de relevo a tiempo parcial y contrato de trabajo fijo discontinuo, de conformidad con lo establecido en los arts. 12 y 15.8 del TRET. Tales reglas han sido desarrolladas en materia de cotización por el art. 65 del RD 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, en la redacción dada por la Disposición Adicional Única del RD 144/1999, de 29 de enero, y la Disposición Adicional Tercera del RD 1131/2002, de 31 de octubre, y por los arts. 30 y siguientes de la Orden TAS/118/2003, de 31 de enero, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, contenidas en la Ley 52/2002, de

30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2003.

Pues bien, a la luz de lo dispuesto en los arts. 65 del RD 2064/1995 y 35 de la Orden TAS/118/2003, hay que distinguir entre los trabajadores fijos periódicos (**a**) y los trabajadores fijos discontinuos (**b**)

a) La Disposición Adicional Tercera del RD 1131/2002, bajo el título "Cotización de los trabajadores contratados a tiempo parcial con trabajo concentrado en períodos inferiores a los de alta", añade un nuevo apartado 3 al art. 65 del RD 2064/1995, pasando los actuales apartados 3, 4, 5 y 6 de este precepto a constituir, respectivamente, sus apartados 4, 5, 6 y 7, con idéntica redacción. El nuevo apartado 3 del art. 65 del RD 2064/1995 establece reglas especiales para la cotización de "los trabajadores con contrato a tiempo parcial, que hayan acordado con su empresa que la totalidad de las horas de trabajo que anualmente deben realizar se presten en determinados períodos de cada año, percibiendo todas las remuneraciones anuales o las correspondientes al período inferior de que se trate, en esos períodos de trabajo concentrado, existiendo períodos de inactividad superiores al mensual", esto es, para los trabajos a tiempo parcial que se presten en determinados períodos de cada año con percibo de las correspondientes remuneraciones totales dentro de los mismos o bien de forma prorrateada a lo largo del año, seguidos de inactividad durante el tiempo restante, supuesto al que es reconducible el trabajo fijo periódico previsto en el art. 12.3 TRET, redactado según la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad. Pues bien, durante los períodos de inactividad laboral y mientras no se extinga la relación laboral, se mantiene el alta en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda y subsiste la obligación de cotizar. En tales supuestos, como subraya la Exposición de Motivos del RD 1131/2002, se considera que "las remuneraciones que debe percibir el trabajador parcial por los períodos del año en que concentre la prestación de trabajo, derivada de su contrato a tiempo parcial, lo son en función del mantenimiento de su relación laboral durante todo el ejercicio y, en consecuencia, se establece la subsistencia de la obligación de cotizar a lo largo del mismo y mientras no se extinga dicha relación laboral, a cuyo efecto aquellas remuneraciones habrán de prorratearse entre los doce meses del año o, en su caso, del inferior número de

EL ARTÍCULO 65.3 DEL RD 2064/1995 ESTABLECE REGLAS ESPECIALES PARA LA COTIZACIÓN DE LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL QUE HAYAN ACORDADO CON SU EMPRESA QUE LA TOTALIDAD DE LAS HORAS ANUALES DE TRABAJO SE PRESTEN EN DETERMINADO PERÍODO DE CADA AÑO

meses de que se trate, tanto si se perciben sólo en los períodos concentrados de trabajo, como de forma prorrateada a lo largo del año".

En estos casos, la cotización se efectuará con arreglo a las siguientes reglas (art. 65.3 RD 2064/1995)[3]:

> "1ª. La base de cotización se determinará al celebrarse el contrato de trabajo y al inicio de cada año en que el trabajador se encuentre en dicha situación, computando el importe total de las remuneraciones que tenga derecho a percibir el trabajador a tiempo parcial en ese año, con exclusión en todo caso de los importes correspondientes a los conceptos no computables en la base de cotización a la Seguridad Social de acuerdo con lo establecido en el artículo 23 de este Reglamento General y demás disposiciones complementarias.
>
> 2ª. El importe así obtenido se prorrateará entre los doce meses del año o del período inferior de que se trate, determinándose de ese modo la cuantía de la base de cotización correspondiente a cada uno de los mismos y con independencia de que las remuneraciones se perciban íntegramente en los períodos de trabajo concentrado o de forma prorrateada a lo largo del año o período inferior respectivo.
>
> 3ª. La base mensual de cotización, calculada conforme a las reglas anteriores, no podrá ser inferior al importe de la base mínima de cotización vigente en cada momento para los contratos de trabajo a tiempo parcial fijado en el apartado 2 de este artículo.
>
> 4ª. Si al final del ejercicio o período inferior de que se trate, el trabajador con contrato a tiempo parcial, subsistiendo su relación laboral, hubiere percibido remuneraciones por importe distinto al inicialmente considerado en ese año o período para determinar la base

(3) Cfr. art. 35 de la Orden TAS/118/2002.

Por lo demás, esta regulación se completa con las siguientes previsiones normativas:

a) La Disposición Adicional Cuarta del RD 1131/2002, bajo el título "Recaudación de las cotizaciones respecto de trabajadores a tiempo parcial con trabajo concentrado", dispone que "las cuotas mensuales resultantes de las reglas establecidas en el artículo 65.3 del Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, en la redacción dada por este Real Decreto, deberán ser ingresadas en los plazos reglamentarios establecidos en el artículo 66 de la Orden de 26 de mayo de 1999, por la que se desarrolla el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social".

b) La Disposición Transitoria Única del RD 1131/2002, bajo el título "Regularización de cotizaciones, respecto de los trabajadores a tiempo parcial con trabajo concentrado, efectuadas con anterioridad", establece que "las cotizaciones efectuadas con anterioridad a la vigencia del presente Real Decreto, en forma distinta a la prevista en el mismo, deberán ser regularizadas por los empresarios de acuerdo con las normas que se establecen en el apartado 3 del artículo 65 del Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, en la redacción dada por la Disposición Adicional Tercera de este Real Decreto, mediante una liquidación de cuotas que comprenda la totalidad del período, y que tendrá el carácter de complementaria si, como consecuencia de las remuneraciones abonadas por los períodos de trabajo concentrado, hubieran quedado exentos determinados importes de la obligación de cotizar, siempre que la liquidación de cuotas y el ingreso de la liquidación complementaria, en su caso, se realice dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la entrada en vigor de este Real Decreto, y sin perjuicio de la aplicación del plazo de prescripción establecido", y que "en el supuesto de que a la entrada en vigor de este Real Decreto no se hubiese efectuado cotización alguna por concentrarse el período de trabajo del contratado a tiempo parcial en períodos posteriores, serán de aplicación las reglas correspondientes del citado artículo 65.3, debiendo efectuarse el pago de la liquidación complementaria por los períodos ya transcurridos en el mes siguiente a su entrada en vigor".

mensual de cotización durante el mismo, conforme a las reglas 1ª a 3ª anteriores, se procederá a realizar la correspondiente regularización. A tal efecto, el empresario deberá o bien practicar la correspondiente liquidación complementaria de cuotas por las diferencias en más y efectuar el pago dentro del mes de enero del año siguiente o del mes siguiente a aquel en que se extinga la relación laboral o bien solicitar, en su caso, la devolución de las cuotas que resulten indebidamente ingresadas.

5ª. Asimismo, la Administración de la Seguridad Social podrá efectuar de oficio las liquidaciones de cuotas y acordar las devoluciones solicitadas que sean procedentes, en especial, en los supuestos de extinción de la relación laboral de estos trabajadores con contrato a tiempo parcial por jubilación ordinaria o anticipada, por reconocimiento de la pensión por incapacidad permanente, por fallecimiento o por cualquier otra causa, con la consiguiente baja en el Régimen correspondiente de la Seguridad Social y cese en la obligación de cotizar."

En definitiva, los trabajadores fijos periódicos, en tanto esté vigente su contrato de trabajo, deben permanecer en alta y cotizando durante todos los meses del año o del período inferior de que se trate, tanto si trabajan como si no. A tal efecto, la base mensual de cotización se determina prorrateando entre los doce meses del año o del período inferior de que se trate el importe anual estimado de las retribuciones. La base mensual de cotización así calculada no podrá ser inferior al importe de la base mínima de cotización mensual aplicable a los trabajadores a tiempo parcial, ni superior al tope máximo de la base de cotización dispuesto con carácter general. A efectos de determinar el tope mínimo de cotización mensual, habrá que prorratear el número total de horas de trabajo previsto para ese año (computando a tales efectos tanto las horas de trabajo efectivo como las correspondientes al tiempo de descanso computable como de trabajo) entre los doce meses del año o del período inferior de que se trate y multiplicar el número de horas que resulte de la operación anterior por el tope mínimo horario que se establezca para el correspondiente ejercicio económico. De esta forma, el sistema de cotización por horas propio del trabajo a tiempo parcial se extiende a los trabajadores fijos periódicos, lo que permite que sus cotizaciones sean acordes con la jornada y el nivel de retribuciones habidos en el año. Sin embargo, y al igual que para el resto de trabajadores a tiempo parcial, en cuanto al tope máximo, se toma el general, esto es, el previsto para los trabajadores a tiempo completo, sin que su cuantía se vea afectada por regla alguna de proporcionalidad en función del número total de horas de trabajo previsto para cada año. Lo que resulta criticable por dos razones. En primer lugar, porque el esfuerzo de cotización de estos trabajadores puede incrementarse, ya que si las retribuciones se prorratean entre los doce meses del año resulta más difícil superar el tope máximo de cotización que si se computan en cada una de las mensualidades del período de prestación de servicios[4], lo que resulta contradictorio con la restricción de la cobertura por desempleo en el interregno entre dos temporadas o períodos de actividad que este sistema de cotización parece aus-

(4) Cfr. PANIZO ROBLES, J.A.: "La nueva regulación de la protección social de los trabajadores a tiempo parcial (Comentarios al Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre)", *RMTAS*, número extraordinario sobre "Jubilación Flexible", 2003, pág. 165.

piciar. En segundo lugar, porque cuando estos trabajadores pierdan su trabajo accederán a las prestaciones y subsidios por desempleo con las peculiaridades previstas para el desempleo derivado de la pérdida de un trabajo a tiempo parcial. Y, a este respecto, debe tenerse en cuenta que el esfuerzo real de cotización realizado por los trabajadores a tiempo parcial se proyecta sobre el importe de las bases reguladoras de las futuras prestaciones por desempleo, pero no sobre las cuantías mínima y máxima de las mismas, ni sobre la cuantía de los subsidios. Es decir, la regla de la proporcionalidad sólo se aplica en cuanto al tope mínimo, pero superado éste, el factor tiempo de trabajo no es tenido en cuenta[5]. Factor que, por el contrario, será determinante en cuanto a las reseñadas cuantías. Lo que puede llevar a situaciones paradójicas, por ejemplo, una cotización a tiempo parcial igual o superior a la de un trabajador a tiempo completo[6]. En estos casos, es realmente difícil justificar que la prestación o el subsidio por desempleo del trabajador a tiempo parcial sean inferiores a los del trabajador a tiempo completo cuando sus cotizaciones son iguales o superiores a las de este último[7].

b) A pesar del tenor literal del apartado 2 de la Disposición Adicional Séptima de la LGSS, el art. 65.1 del RD 2064/1995 ciñe su ámbito de actuación a los contratos a tiempo parcial y de relevo[8]. A mayor abundamiento, el apartado 3 de la Disposición Adicional Tercera del RD 1131/2002 establece que lo previsto en el nuevo apartado 3 del art. 65 del RD 2064/1995, a propósito de la "cotización de los trabajadores contratados a tiempo parcial con trabajo concentrado en períodos inferiores a los de alta", "no será de aplicación a los trabajadores fijos-discontinuos a que se refiere el artículo 15.8 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores". Por consiguiente, en los contratos de trabajo fijo discontinuo, en los que la prestación de servicios se produce de modo periódico o intermitente, originándose una disminución del número de horas por referencia a un espacio temporal superior al mensual, que es, precisamente, la unidad de tiempo para la cotización, resultan inaplicables las reglas previstas para los contratos a tiempo parcial[9]. En la medida en que la jornada diaria, semanal o mensual, no sea también inferior a la habitual en tales plazos en la actividad respectiva, regirán las reglas aplicables a la cotización de los trabaja-

(5) GARCÍA ORTEGA, J.: "Adaptación de la Seguridad Social contributiva al trabajo a tiempo parcial (Técnicas instrumentales para la organización de la acción protectora)", *TS*, núm. 85, 1998, págs. 84 y 85.

(6) DESDENTADO BONETE, A. y MERCADER UGUINA, J.: "La protección social en el nuevo contrato a tiempo parcial", *RL*, núm. 19, 1999, pág. 16.

(7) *Cfr.* DESDENTADO BONETE, A. y MERCADER UGUINA, J.: "La protección social...", cit., pág. 16.

(8) Así lo destacaban ROQUETA BUJ, R.: *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial*, CES, Madrid, 2002, pág. 25, y TATAY PUCHADES, C.: "Seguridad Social y Empleo Atípico (España)", *II Premio OISS, Empleo y Seguridad Social. La incidencia del desempleo, el empleo informal y las nuevas formas de empleo en la cobertura y la financiación de los Sistemas de Protección Social*, Madrid, 2002, pág. 163.

(9) DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I.: "Contrato de trabajo a tiempo parcial y prestaciones de la Seguridad Social", *TS*, núm. 85, 1998, pág. 93, y GARCÍA ORTEGA, J.: "Adaptación de la Seguridad Social...", cit., pág. 85.

dores a tiempo completo[10]. Por consiguiente, la situación resultante, a efectos de cotización y por referencia a los meses de plena ocupación, será equiparable con la del trabajador a tiempo completo[11]. Lo que conlleva la ausencia de toda regla especial como, por ejemplo, podría ser la relativa a determinar los topes mínimo y máximo de cotización en función de la jornada realizada y de las retribuciones percibidas a lo largo del año, tal y como se hace con los trabajos a tiempo parcial concentrados en períodos inferiores a los de alta y otros colectivos de actividad profesional irregular en el tiempo y con propensión a concentrar el trabajo en determinados períodos anuales (*v.gr.*, artistas y toreros), respectivamente[12].

En fin, el ordenamiento jurídico en vigor introduce un importante divorcio en materia de cotización entre los contratos de trabajo fijo periódico y fijo discontinuo celebrados al amparo de los arts. 12.3 y 15.8 del TRET, en la redacción dada por la Ley 12/2001. Por lo demás, y pese a la imprecisión tanto del art. 65.3 del RD 2064/1995 como del art. 35 de la Orden TAS/118/2003, sus previsiones no resultan aplicables a los trabajadores con contrato de trabajo fijo periódico concertado antes del 4 de marzo de 2001, pues, como se verá, estos trabajadores tienen derecho a la protección por desempleo durante los períodos de inactividad laboral, tal y como aclara la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 45/2002. La cotización por la contingencia por desempleo de estos trabajadores, al igual que la de todos los trabajadores fijos discontinuos de llamamiento incierto –no sólo la de los que hayan concertado su contrato al amparo del actual art. 15.8 del TRET, como parece dar a entender el apartado 3 de la Disposición Adicional Tercera del RD 1131/2002–, vendrá referida únicamente a los meses del período de prestación de servicios y se determinará con arreglo a las reglas comunes a los trabajadores a tiempo completo.

LOS TRABAJADORES FIJOS PERIÓDICOS, EN TANTO ESTÉ VIGENTE SU CONTRATO DE TRABAJO, DEBEN PERMANECER EN ALTA Y COTIZANDO DURANTE TODOS LOS MESES DEL AÑO O DEL PERÍODO INFERIOR DE QUE SE TRATE, TANTO SI TRABAJAN COMO SI NO

Por último, los trabajos fijos periódicos y fijos discontinuos siguen beneficiándose del tipo reducido de cotización al

(10) DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I.: *Contrato de trabajo a tiempo parcial...*, cit., pág. 93.

Como excepción y para las actividades que se desarrollan de forma irregular, pueden establecerse técnicas diferentes para determinar las cuotas y practicar su liquidación cuando se hubiere previsto en los vigentes sistemas especiales. Sobre el particular véanse, GARCÍA ORTEGA, J.: *Las relaciones laboral y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos*, Barcelona, 1990, págs. 311 y ss., y "Adaptación de la Seguridad Social...", cit., págs. 85 y ss., y TATAY PUCHADES, C.: "Seguridad Social...", cit., págs. 177 y ss.

(11) DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I.: *Contrato de trabajo a tiempo...*, cit., pág. 93.

(12) En este sentido, DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I.: *Contrato de trabajo a tiempo...*, cit., pág. 93.

desempleo (art.27.2.1 Orden TAS/118/2003)[13], lo que no deja de ser llamativo, a la vista de los riesgos de desempleo a que se enfrentan los trabajadores fijos discontinuos, máxime si se comparan con los trabajadores temporales. En todo caso, de incrementarse el tipo de cotización por la contingencia de desempleo aplicable a los contratos de trabajo fijo discontinuo, el gravamen debería ser cargado sobre las empresas, pues este tipo de contratos les reporta una gran ventaja, al proporcionarles una reserva segura de mano de obra, sin la carga y los costes de asumir nuevo personal, formarlo, etc.[14].

3. LA PECULIAR "SITUACIÓN LEGAL DE DESEMPLEO"

En un principio, la protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos o fijos de temporada sólo cubría las eventualidades de empleo durante la temporada[15]. El contrato de trabajo fijo discontinuo, al término de la temporada o campaña, permanece en vigor, no se halla suspendido ni tampoco se produce una reducción de jornada. Por ello, los trabajadores fijos discontinuos o fijos de temporada no se encontraban en situación legal de desempleo al finalizar la misma. De este modo, la protección por desempleo de estos trabajadores no alcanzaba a los lapsos de inactividad o carencia de empleo entre temporadas consecutivas, con lo que se planteaba un problema de igualdad de trato con respecto a los trabajadores eventuales, quienes, una vez extinguido el contrato, sí podían obtener prestación por desempleo, incluso después de finalizada la temporada oficialmente establecida, siempre que reuniesen la cotización suficiente[16]. Es decir, la fijeza de la relación laboral de los trabajadores fijos discontinuos en pro de su estabilidad en el empleo, sin embargo, les perjudicaba en el ámbito de la Seguridad Social.

El art. 6.1.4 de la LPD dispuso que los trabajadores fijos discontinuos se encontraban en situación legal de desempleo cuando carecían de "ocupación efectiva, en los términos que se establezcan reglamentariamente". La Ley no precisaba si la carencia de ocupación protegida era sólo la que se producía durante la temporada o también la que tenía lugar cuando ésta finalizaba. Sin embargo, lo cierto es que la ley consideraba situación protegida la "carencia de ocupación efectiva" y ésta se da en ambos supuestos. Por ello, y de acuerdo con el brocardo "donde la ley no distingue no debemos distinguir", se podía entender que la protección por desempleo cubría tanto los períodos de inactividad

(13) Así lo destaca TATAY PUCHADES, C.: "Seguridad Social...", cit., pág. 163.

(14) Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: "Los elementos asistenciales en la protección por desempleo", *RL*, núm. 14, 2002, pág. 10.

(15) Ver, por todos, MARTÍNEZ-CALCERRADA, L.: "Los trabajadores fijos discontinuos y la prestación por desempleo", *AL*, núm. 8, 1986, págs. 369 y ss., GARCÍA ORTEGA, J.: *La relaciones laboral...*, cit., págs. 345 y ss., VIQUIERA PÉREZ, C.: *La prestación por desempleo*, Valencia, 1990, págs. 196 y ss., y GARCÍA MURCIA, J.: "La protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos", *RL*, núm. 4, 2003, págs. 143 y ss.

(16) GARCÍA ORTEGA, J.: *Las relaciones laboral...*, cit., págs. 347 a 352, y CABEZA PEREIRO, J.: "Desempleo de trabajadores fijos-periódicos", *AS*, núm. 12, 2001, pág. 52.

durante la temporada como los períodos de inactividad entre temporadas consecutivas[17]. En esta dirección, el artículo 1.5 del RPD, en desarrollo de lo dispuesto en el art. 6.1.4 de la LPD, dispuso que los trabajadores fijos discontinuos pueden acreditar la "situación legal de desempleo", cuando "dejen (...) de prestar servicios por haber finalizado o haberse interrumpido la actividad intermitente o de temporada de la empresa"[18]. Y, aun cuando pudiera entenderse que tal finalización o interrupción debían producirse en el período de tiempo en que fuera dable esperar la existencia de ocupación efectiva, es decir, durante la temporada, ello no era así, a la vista de lo dispuesto en el art. 6.5 del RPD. Éste establece que al trabajador fijo de carácter discontinuo que sea llamado para reiniciar su actividad "se le suspenderá o extinguirá el derecho a la prestación según que la duración del trabajo sea inferior, igual o superior, respectivamente, a seis meses". Pues bien, si la llamada debe producirse cada vez que se reanude la actividad objeto del contrato y ello provoca la suspensión o extinción del derecho a la percepción de la prestación es porque, obviamente, ésta se está percibiendo hasta ese momento[19].

El RD-L 18/1993, de 3 de diciembre, de medidas urgentes de fomento de la ocupación, introdujo una nueva tipificación para el contrato a tiempo parcial, que pasó a englobar, también, los trabajos inferiores a los habituales a lo largo del año[20]. De este modo, el contrato de trabajo fijo discontinuo pasó a convertirse en una "submodalidad" del contrato a tiempo parcial. La pérdida de sustantividad propia del contrato de trabajo fijo discontinuo llevó a plantearse la posibilidad de que la misma llevara aparejada la desaparición de la peculiar situación legal de desempleo prevista en el art. 1.5 del RPD. Ciertamente, los trabajadores fijos discontinuos eran trabajadores a tiempo parcial con una distribución irregular de la jornada a lo largo del año, por lo que, al término de la temporada, no merecían la protección por desempleo[21]. Lo contrario suponía otorgarles un tratamiento

(17) VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La prestación...*, cit., pág. 197.

(18) A tales efectos, también habrán de ser considerados "trabajadores fijos discontinuos" los contratados de forma interina para cubrir vacante de "ejecución intermitente o cíclica". En este sentido, se expresan las SSTSJ de Galicia de 25 de junio y 24 de septiembre de 1999 (AS/5818 y 6230) y 30 de abril de 2002 (JUR/132287).

Sobre los cambios que introdujo el RPD con respecto a la situación anterior ver, por todos, LÓPEZ GANDÍA, J.: "El nuevo régimen jurídico de las prestaciones por desempleo (Un análisis de la Ley 31/1984 y de su Reglamento de desarrollo)", *RL*, II/1985, págs. 394 y 395; GARCÍA ORTEGA, J.: *Las relaciones laboral...*, cit., págs. 353 y ss., VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La prestación...*, cit., págs. 195 y ss., y GARCÍA MURCIA, J.: *La protección por desempleo de los trabajadores...*, cit., págs. 145 y ss.

(19) Cfr. VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La prestación...*, cit., págs. 197 a 198.

(20) Por todos, ALBIOL MONTESINOS, I.: "Consideraciones sobre la nueva regulación de los contratos en prácticas, de aprendizaje y a tiempo parcial", *TS*, núm. 40, 1994, págs. 21 y ss., BAYLOS GRAU, A.: "Trabajo a tiempo parcial, fijos discontinuos y contrato de relevo", en AAVV: *La reforma laboral de 1994*, Madrid, 1994, págs. 135 y ss., CAMPS RUIZ, L.M.: "La reforma del mercado de trabajo", *El nuevo régimen jurídico de colocación y de los contratos de aprendizaje, de trabajo en prácticas a tiempo parcial y de relevo*, Valencia, 1994, págs. 83 y ss., CAMPS RUIZ, L.M. y ALFONSO MELLADO, C.: *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo*, Valencia, 1994, págs. 87 y ss., GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: "El contrato a tiempo parcial", en AAVV: *Reforma del mercado de trabajo, Colocación, modalidades de contratación, protección por desempleo*, Madrid, 1994, págs. 87 y ss., MERINO SENOVILLA, H.: *El trabajo a tiempo parcial (Un tratamiento diferente del tiempo de trabajo)*, Valladolid, 1994, págs. 115 y ss., OJEDA AVILÉS, A.: "El nuevo contrato a tiempo parcial", *Estudios de Jurisprudencia*, núm. 9, 1994, págs. 57 y ss., PEDRAJAS MORENO, A.: "Nuevo diseño legal del trabajo a tiempo parcial. Finalización de la regulación específica del trabajo fijo-discontinuo", *RL*, I/1994, págs. 404 y ss., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.Mª.: "La regulación del trabajo a tiempo parcial: balance y perspectivas", *AL*, núm. 11, 1994, págs. 165 y ss., y VALDÉS DAL-RÉ, F.: "Tiempo de trabajo y trabajo a tiempo parcial", *RL*, núm. 20, 1994, págs. 1 y ss.

(21) En este sentido, MERINO SENOVILLA, H.: *El trabajo a tiempo parcial*, cit., pág. 195, afirmaba que al suprimirse la figura del contrato de trabajo fijo discontinuo y desaparecer la situación de "suspensión entre campañas", era imposible que dichos trabajadores pudieran acceder a las prestaciones por desempleo.

distinto y más favorable que al resto de trabajadores a tiempo parcial[22]. Sin embargo, los trabajadores fijos discontinuos, aunque quedaran subsumidos en la modalidad de la contratación a tiempo parcial, no dejaban por ello de ser trabajadores fijos discontinuos. Lo demostraba el hecho de que el art. 12 del ET siguiera contemplando reglas peculiares para los mismos. Por ello, tanto la doctrina científica como los tribunales entendieron que la anterior modificación no supuso el fin de las específicas reglas contenidas en la LPD y en el RPD sobre los antiguos trabajadores fijos discontinuos, que, pese a tal cambio, seguían disfrutando de las particularidades previstas por dichas normas[23]. Avalaba esta interpretación el hecho de que la Ley 22/1993, de 30 de julio, de Medidas Urgentes sobre Fomento del Empleo y Protección por Desempleo, no incluyera ninguna previsión expresa sobre tales colectivos ni una derogación explícita de los preceptos de la LPD y del RPD relativos a su peculiar regulación[24]. Este doble silencio evidenciaba claramente que la voluntad del legislador era mantener el régimen anterior en materia de protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos.

Este régimen jurídico ha permanecido inalterado, a pesar del mareante vaivén legislativo de que han sido objeto los trabajadores fijos discontinuos en los últimos tiempos, hasta la promulgación del RD-L 5/2002, cuyo tratamiento de la cuestión no puede explicarse sino a partir del RD-L 5/2001, luego convertido en la Ley 12/2001[25]. Esta disposición legal lleva a cabo una profunda reordenación del contrato de trabajo fijo discontinuo, poniendo fin a la tradicional consideración conjunta de los dos supuestos de trabajos fijos discontinuos, los "estables" y los "no estables", que aquél albergaba[26]. En efecto, la Ley 12/2001 reduce el concepto de trabajadores fijos discontinuos a quienes se contratan para la realización de trabajos fijos discontinuos que no se repiten en fechas ciertas. Éstos abandonan su enclave legal dentro del tipo del contrato a tiempo parcial y se eman-

(22) CABEZA PEREIRO, J.: "Desempleo de trabajadores fijos-periódicos...", cit., pág. 51.

(23) Cfr. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "Nuevos vientos fríos en la protección por desempleo", RL, I/1994, pág. 336, y VIQUEIRA PÉREZ, C.: "Protección por desempleo...", cit., pág. 109. Sin embargo, las SSTSJ de Galicia de 19 y 29 de noviembre de 2001 (JUR/10986 y 23142) denegaban la protección por desempleo prevista en el art. 208.1.4 de la LGSS a los trabajadores con contrato fijo y periódico concertado al amparo del art. 12.3.a) del TRET por no tener la consideración de trabajadores fijos discontinuos.

(24) Cfr. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "Nuevos vientos fríos...", cit., pág. 336.

(25) No obstante, hay que subrayar que el RD-L 15/1998 introdujo una nueva tipificación del contrato a tiempo parcial que seguía caracterizándose por comportar una jornada reducida que continuó cuantificándose –fiel al parámetro imperante desde el RD-L 18/1993– en menos "horas" al "día, a la semana, al mes o al año". No obstante, dicha jornada contó con un límite máximo –como ocurría en las concepciones vigentes en la década de los ochenta– que se cifró en el "77 por ciento de la jornada a tiempo completo". De este modo, cuando la jornada de los trabajadores fijos discontinuos superaba dicho umbral, estos trabajadores no sólo quedaban expulsados del ámbito del contrato a tiempo parcial, sino que, además, tampoco se ajustaban a la única tipificación que del contrato para trabajos fijos discontinuos mantenía la normativa vigente, con lo que podían quedar excluidos de la normativa relativa al desempleo de los trabajadores fijos discontinuos (TATAY PUCHADES, C.: "Seguridad Social...", cit., pág. 162). En este sentido, se expresaban las SSTSJ de Cataluña de 7 de junio de 2002 (JUR/169895); de Andalucía, de 19 de julio de 2002 (AS/3948); de Castilla y León, de 14 de octubre de 2002 (JUR/274577), y de Andalucía, de 5 de diciembre de 2003 (AS/52). En sentido contrario, las SSTSJ de Baleares de 19 de abril y 3 de junio de 2002 (JUR/176998 y 236883).

(26) Cfr. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "Propósitos y despropósitos de la reforma laboral de 2001", RL, núm. 10, 2001, pág. 126.

cipan de dicha modalidad, pasando a regularse por el nuevo art. 15.8 del TRET. Por el contrario, quienes realizan trabajos fijos y periódicos que se repiten en fechas ciertas siguen siendo considerados trabajadores a tiempo parcial por tiempo indefinido, sometidos al régimen jurídico previsto en el artículo 12 del ET para los contratos a tiempo parcial, desapareciendo de su rótulo la referencia al contrato fijo discontinuo y de su contenido las diversas menciones a él que antes constaban[27]. Pues bien, en este contexto normativo, el art. 1.2 del RD-L 5/2002 dio una nueva redacción al art. 208.1.4 de la LGSS, a cuyo tenor la situación legal de desempleo se producirá "cuando los trabajadores fijos de carácter discontinuo a los que se refiere el apartado 8 del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores carezcan de ocupación efectiva, en los términos que se establezcan reglamentariamente". Aunque la remisión genérica al art. 15.8 del TRET permitía entender comprendidos en la expresión "trabajadores fijos de carácter discontinuo" tanto a los fijos discontinuos como a los fijos periódicos, en tanto que este precepto alude a unos para regularlos expresamente y a otros para remitirlos al régimen del trabajo a tiempo parcial[28], todo hacía pensar que la norma pretendía excluir de la protección por desempleo durante los períodos de inactividad a los trabajadores fijos periódicos. Éstos, como se consideran trabajadores a tiempo parcial indefinidos con una distribución de la jornada a lo largo del año y no trabajadores fijos discontinuos, no se encontrarán en situación legal de desempleo al finalizar la temporada[29].

NO DEJA DE SER LLAMATIVO, A LA VISTA DE LOS RIESGOS A QUE SE ENFRENTAN LOS FIJOS DISCONTINUOS, QUE LOS TRABAJOS FIJOS PERIÓDICOS Y LOS DISCONTINUOS SIGAN BENEFICIÁNDOSE DEL TIPO REDUCIDO DE COTIZACIÓN AL DESEMPLEO

La opción legal era criticable porque tomaba la especie por el género, en cuanto fijo discontinuo es el trabajo periódico que se repite de forma irregular y el que se repite de forma

(27) Y, por ello, se planteó de inmediato la cuestión de la aplicabilidad a los trabajadores fijos periódicos de las normas especiales en materia de protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos. En este sentido, CABEZA PEREIRO, J.: "Desempleo de trabajadores fijos-periódicos...", cit., págs. 51 y ss., ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "Propósitos y despropósitos...", cit., pág. 132, y GOERLICH PESET, J.Mª.: "Trabajadores fijos periódicos y trabajadores fijos discontinuos: ¿El final de una larga discusión?", *TL*, núm. 61, 2001, pág. 145; TATAY PUCHADES, C.: "Seguridad Social...", cit., pág. 166; y STSJ de Castilla y León de 8 de octubre de 2002 (AS/3216).

(28) SEMPERE NAVARRO, A.V. y CORDERO SAAVEDRA, L.: "Estudio crítico del Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo", *EF*, núm. 232, 2002, pág. 29. Otra interpretación correctora del nuevo art. 208.1.4 de la LGSS en MOLINA NAVARRETE, C.: "La protección por desempleo de los 'fijos discontinuos': laguna legal 'oculta' o fallo jurídico-político?", *Diario La Ley*, núm. 5587, págs. 3 y ss.

(29) STSJ de Castilla y León de 8 de octubre de 2002 (AS/3216); ALBIOL MONTESINOS, I. y BLASCO PELLICER, A.: *Desempleo y despido en la reforma laboral del Real Decreto-Ley* 5/2002, Valencia, 2002, págs. 15 y 16; MERCADER UGUINA, J.: "'Reformas' y 'contrarreformas' en el sistema de protección por desempleo. La Ley 45/2002, de 12 de diciembre, como telón de fondo", *TL*, núm. 66, 2002, pág. 161; PURCALLA BONILLA, M.A.: "La reforma del subsidio de desempleo en el marco del Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo", *EF*, núm. 235, 2002, pág. 101; RABANAL CARBAJO, P.: "Las reformas en materia de desempleo (y no sólo las del Real Decreto-Ley 5/2002)", *JL*, núm. 11, 2002, págs. 18-19; LANZADERA ARENCIBIA, E.: "Las razones para la reforma de la protección por desempleo a través del Real Decreto-Ley 5/2002", *EF*,, núm. 231, 2002, pág. 15, y GARCÍA MURCIA, J.: "La protección por desempleo de los trabajadores...", cit., págs. 152 y ss.

regular[30]. En efecto, en ambos trabajos se dan las notas esenciales de discontinuidad y fijeza, y en ambos casos los períodos de inactividad laboral, aunque responden al acuerdo de las partes contratantes, vienen impuestos por la propia naturaleza de la actividad empresarial o, por sus circunstancias, ajenas a la voluntad de las partes, al menos del trabajador, por lo que no pueden ser considerados como períodos de no trabajo voluntario no merecedores, por tanto, de la protección por desempleo[31]. El único rasgo distintivo, del que se hacía depender el acceso o no a las prestaciones por desempleo, era la incerteza o certeza de las fechas en que se repiten tales trabajos. Sin embargo, este dato diferencial puede tener trascendencia en el ámbito laboral, en orden a la figura del llamamiento[32], pero no en el sistema de protección por desempleo. En este ámbito debería primar la circunstancia de que durante la temporada el trabajador fijo periódico, al igual que el fijo discontinuo, presta sus servicios a tiempo completo y sus cotizaciones son equiparables a las de un trabajador a tiempo completo[33], por lo que ambos deberían ser asimilados, no a los trabajadores a tiempo parcial[34], sino a los trabajadores temporales. Por consiguiente, negar a los trabajadores fijos periódicos las prestaciones por desempleo al término de la temporada suponía un tratamiento desigual, carente de justificación objetiva y razonable, al otorgado a los trabajadores fijos discontinuos. Ciertamente, la disponibilidad del trabajador para incorporarse a las tareas de su actividad en función de las necesidades empresariales es mayor en los trabajos que se desarrollan de forma irregular que en los que se prestan de modo regular. La acotación previa del tiempo de trabajo en las actividades de fecha cierta permite al trabajador una mejor programación de su dedicación laboral y, en su caso, una mayor disposición para buscar otro trabajo alternativo o complementario para los períodos de inactividad[35]. Sin embargo, esta diferencia tampoco parece argumento suficiente para recortar el derecho de los trabajadores fijos periódicos a las prestaciones por desempleo[36]. Cierto que esta medida puede servir para evitar prácticas de "programación" de trabajo y retribución con cargo a los fondos públicos que se dan en algunos sectores de actividad[37], pero éstas se producen tanto en los trabajos fijos periódicos como en los

(30) ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: *Propósitos y despropósitos...*, cit., pág. 127; CALVO GALLEGO, F.J. y VALVERDE ASENCIO, A.: "La nueva regulación del contrato a tiempo parcial y del contrato de relevo", TL, núm. 61, 2001, págs. 173 a 174; GOERLICH PESET, J.Mª.: "Trabajadores fijos periódicos...", cit., págs. 129 y ss., y GARCÍA MURCIA, J.: "La protección por desempleo de los trabajadores...", cit., págs. 154 y 155.

(31) MOLINA NAVARRETE, C.: *La protección por desempleo...*, cit., pág. 3. En sentido contrario, GARCÍA MURCIA, J.: *La protección por desempleo de los trabajadores...*, cit., pág. 154.

(32) CALVO GALLEGO, F.J. y VALVERDE ASENCIO, A.: *La nueva regulacion...*, cit., págs. 172 y ss.

(33) PURCALLA BONILLA, M.A.: *La reforma del subsidio...*, cit., pág. 101.

(34) GARCÍA MURCIA, J.: *La protección por desempleo de los trabajadores...*, cit., págs. 154-155.

(35) Cfr. GARCÍA MURCIA, J.: *La protección por desempleo de los trabajadores...*, cit., pág. 154.

(36) En este sentido, MOLINA NAVARRETE, C.: *La protección por desempleo...*, cit., pág. 3; PURCALLA BONILLA, M.A.: *La reforma del subsidio...*, cit., págs. 101 y 102, y GARCÍA MURCIA, J.: *La protección por desempleo de los trabajadores...*, cit., págs. 154 y ss.

(37) GARCÍA MURCIA, J.: "La protección por desempleo de los trabajadores...", cit., pág. 154.

fijos discontinuos, y, en cualquier caso, las mismas justificarían la implantación o revisión de los mecanismos de control del fraude en la protección por desempleo, pero no recortes en dicha protección. Además, la técnica jurídica utilizada era deficiente pues se apoyaba en unos parámetros delimitadores, la certeza o incerteza de las fechas en que se repiten los trabajos, que no son siempre claros en la práctica[38]. Por último, no hay que olvidar el posible impacto de la reforma en el ámbito laboral. Así, la misma incentivaba el fraude en la contratación temporal en las actividades propias de los trabajadores fijos periódicos[39], pues a los trabajadores les iba a resultar más favorable la sujeción a sucesivos contratos temporales que a uno único e indefinido[40]. Además, creaba problemas en algunos sectores de actividad donde la negociación colectiva está regulando períodos más ciertos de ocupación para los trabajadores fijos discontinuos. En fin, se abría una vía a la intervención de los agentes sociales en la delimitación, más o menos artificial de la figura del llamamiento, para facilitar la consideración del trabajador como fijo discontinuo, con lo que el ámbito del sistema de protección por desempleo podría depender, de una u otra manera, de la autonomía colectiva[41].

El RD-L 5/2002 vino así a confirmar la Instrucción de la Dirección General del INEM de 8 de octubre de 2001, que, dictada con ocasión de la reforma operada por el RD-L 5/2001, consideró que a partir de la fecha en que éste entró en vigor, lo que tuvo lugar el 4 de marzo de 2001, sólo los trabajadores fijos discontinuos de actividad incierta quedaban comprendidos en la situación legal de desempleo contemplada en el art. 208.1.4 de la LGSS. Por ello, tras la entrada en vigor del RD-L 5/2002, la nota aclaratoria de 12 de junio de 2002 de la Dirección General del INEM sobre el art. 1.2 de esta disposición normativa distinguió dos situaciones diferentes[42]: 1ª) La de los trabajadores con contratos de trabajo fijo discontinuo celebrados con anterioridad al 4 de marzo de 2001, que tendrían derecho a la protección por desempleo prevista en el nuevo art. 208.1.4 de la LGSS, tanto si eran fijos periódicos como fijos discontinuos en sentido estricto: 2ª) La de los trabajadores con contratos de trabajo fijo discontinuo celebrados a partir del 4 de marzo de 2001, que sólo tendrían derecho a dicha protección cuando se formalizasen como tales al amparo del art. 15.8 del TRET.

Al RD-L 5/2002 se superpuso la Disposición Adicional Tercera del RD 1131/2002, que, como se ha visto, establece un sistema especial de cotización para los trabajos a tiempo parcial que se presten en determinados períodos de cada año con percibo de las corres-

(38) ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "Propósitos y despropósitos...", cit., pág. 128; MOLINA NAVARRETE, C.: "La protección por desempleo...", cit., pág. 4; ALARCÓN CARACUEL, M.R.: "Reflexión crítica sobre la reforma laboral de 2001", *RDS*, núm. 15, 2001, pág. 57, y GARCÍA MURCIA, J.: "La protección por desempleo de los trabajadores...", cit., pág. 155.

(39) MOLINA NAVARRETE, C.: "La protección por desempleo...", cit., pág. 4.

(40) MERCADER UGUINA, J.: "'Reformas'...", cit., pág. 161; SEMPERE NAVARRO, A.V. y CORDERO SAAVEDRA, L.: "Estudio crítico...", cit., pág. 29, y MOLINA NAVARRETE, C.: "La protección por desempleo...", cit., pág. 4.

(41) Cfr. MOLINA NAVARRETE, C.: "La protección por desempleo...", cit., pág. 4.

(42) DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: "La reforma de la protección por desempleo en la Ley 45/2002", en AAVV: *La Ley 45/2002 de reforma de la protección por desempleo (La "reforma" de la reforma del despido, de los salarios de tramitación y de desempleo)*, Valladolid, 2003, págs. 45 y 46.

pondientes remuneraciones totales dentro de los mismos o bien de forma prorrateada a lo largo del año, seguidos de inactividad durante el tiempo restante, supuesto al que es reconducible el trabajo fijo periódico. Pues bien, en estos casos los trabajadores han de permanecer en alta durante los períodos de inactividad superior al mensual, subsistiendo la obligación de cotizar durante los mismos. A tales efectos, la base mensual de cotización se determinará al celebrarse el contrato de trabajo y al inicio de cada año, prorrateándose entre los doce meses del año el importe anual estimado de las retribuciones y el número total de horas de trabajo previsto para cada año. De esta forma, el sistema de cotización por horas propio del trabajo a tiempo parcial se extiende a los trabajadores fijos periódicos, lo que permite que sus cotizaciones sean acordes con la jornada y el nivel de retribuciones habidos en el año. Y es que la asimilación de los trabajadores fijos periódicos a los trabajadores a tiempo parcial, como se ha visto, no era argumento suficiente para negarles la protección por desempleo durante los períodos de inactividad laboral entre temporadas. Era preciso, además, que la cotización de estos trabajadores se equiparase a la de los trabajadores a tiempo parcial. Una vez llevada a cabo tal operación, la opción legal, aunque discutible desde la perspectiva de la política del derecho, es intachable desde el punto de vista técnico-jurídico.

El art. 208.1.4 de la LGSS, en la redacción dada por el art. 1.2 de la Ley 45/2002, establece que "igualmente se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores fijos discontinuos, de acuerdo con lo que se disponga en desarrollo de esta norma, en los períodos de inactividad productiva". El legislador vuelve a limitarse a una simple alusión a los "trabajadores fijos discontinuos", sin detenerse en sus distintas modalidades y sin hacer mención expresa al art. 15.8 del TRET[43]. Por consiguiente, todo dependerá del alcance que se otorgue a la expresión "trabajadores fijos discontinuos". Si se interpreta en un sentido material, lo que vendría corroborado por la desaparición del art. 208.1.4 de la LGSS de la referencia al art. 15.8 del TRET, habrá que entender que la protección por desempleo durante los períodos de inactividad laboral se extiende a todos los trabajadores fijos discontinuos, sean del tipo que fueren y cualquiera que fuere el momento de celebración de su contrato[44]. De este modo, la Ley 45/2002 vendría a rectificar y anular la anterior exclusión de los trabajadores fijos periódicos de la protección por desempleo específica de los trabajadores fijos discontinuos[45]. Por el contrario, si la expresión

(43) GARCÍA MURCIA, J.: "La protección por desempleo de los trabajadores...", cit., pág. 156.

(44) DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: "La reforma de la protección...", cit., pág. 45; GARCÍA MURCIA, J.: "La protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos...", cit., págs. 156 y ss., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y BARCELÓN COBEDO, S.: "Modificaciones que se introducen en el sistema de protección por desempleo", *DL*, núm. 67, 2003, págs. 32 y 187; CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F.: "La protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos: algunos puntos críticos y una propuesta de reforma", *XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Oviedo, 23 y 24 de mayo de 2003, ejemplar fotocopiado, págs. 11-12, y VÁZQUEZ BELTRÁN, A.: "La situación legal de desempleo de los trabajadores fijos discontinuos", *XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Oviedo, 23 y 24 de mayo de 2003, ejemplar fotocopiado, págs. 1 y ss.

(45) RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y BARCELÓN COBEDO, S.: "Modificaciones...", cit., págs. 32, 187 y 188.

"trabajadores fijos discontinuos" se interpreta en un sentido formal, hay que tener en cuenta que los trabajadores fijos periódicos hasta el 4 de marzo de 2001 eran denominados fijos discontinuos y que a partir de tal fecha ya no ostentan dicha condición. Por consiguiente, habrá que concluir que la protección por desempleo prevista en el nuevo art. 208.1.4 de la LGSS será de aplicación a los trabajadores fijos periódicos, siempre que su contrato se hubiera celebrado antes del 4 de marzo de 2001, y a los trabajadores fijos discontinuos en sentido estricto, cualquiera que fuera la fecha de celebración de su contrato[46]. Conclusión que se refuerza a partir de la lectura de la Disposición Adicional Cuarta de la LGSS, a cuyo tenor la protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos derivada del art. 208.1.4 de la LGSS de la LGSS "será de aplicación tanto a los trabajadores con contratos de fijo discontinuo concertados antes del 4 de marzo de 2001 de conformidad con el artículo 12.3.a) del Estatuto de los Trabajadores en su redacción anterior al Real Decreto-ley 5/2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, como a los trabajadores con contratos de fijos discontinuos concertados con posterioridad a dicha fecha"[47]. La norma viene así a confirmar la nota aclaratoria de 12 de junio de 2002 de la Dirección General del INEM, disponiendo que la protección por desempleo prevista en el nuevo art. 208.1.4 de la LGSS alcanza a los contratos de trabajo fijo periódico concertados antes del 4 de marzo de 2001 con arreglo al art. 12.3.a) del TRET en su redacción anterior al RD-L 5/2001 y también a los contratos de trabajo fijo discontinuo concertados con posterioridad a dicha fecha, pero olvidándose, incomprensiblemente, de los contratos de trabajo fijo discontinuo celebrados antes del 4 de marzo de 2001 de conformidad con el art. 12.3.b) del TRET en su versión anterior al RD-L 5/2001, que, pese a tal omisión, también se encuentran comprendidos en el ámbito de aplicación del nuevo art. 208.1.4 de la LGSS.

LA ASIMILACIÓN DE LOS TRABAJADORES FIJOS PERIÓDICOS A LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL NO ERA ARGUMENTO SUFICIENTE PARA NEGARLES LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO DURANTE LOS PERÍODOS DE INACTIVIDAD ENTRE TEMPORADA

(46) En este sentido, parece pronunciarse MERCADER UGUINA, J.: "'Reformas'...", cit., pág. 162. Por su parte, CABEZA PEREIRO, J.: "El nuevo régimen jurídico del desempleo", *XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Oviedo, 23 y 24 de mayo de 2003, ejemplar fotocopiado, págs. 22 y 24, sostiene que la redacción legal actual no es óbice para que la Entidad Gestora prosiga con la interpretación que venía sosteniendo ya antes de la entrada en vigor del RD-L 5/2002.

(47) Cfr. DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: "La reforma de la protección...", cit., págs. 45 y 46; GARCÍA MURCIA, J.: "La protección por desempleo de los trabajadores...", cit., págs. 156-157; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y BARCELÓN COBEDO, S.: "Modificaciones...", cit., págs. 187 y 188, y CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F., "La protección por desempleo...", cit., págs. 11 y 12.

Por consiguiente, si se da por buena esta segunda opción, los trabajadores con contrato de trabajo fijo periódico concertado tras el 4 de marzo de 2001, de conformidad con el art. 12.3 del TRET en su redacción actual, no tendrían derecho a la protección por desempleo durante los períodos de inactividad laboral. Lo que resultaría coherente con las medidas arbitradas por el nuevo art. 65.3 del RD 2064/1995 y el art. 35 de la Orden TAS/118/2003. Conforme a lo dispuesto en estos preceptos, durante los indicados períodos los trabajadores fijos periódicos permanecen en alta en la Seguridad Social y cotizando, por lo que no abrirían situación legal de desempleo.

El nuevo art. 208.1.4 de la LGSS alude, como situación protegida, a "los períodos de inactividad productiva", sin concretar su alcance. No obstante, es obvio que los mismos pueden producirse no sólo cuando no se reanuda o se interrumpe la temporada, sino también, y con mayor motivo, cuando ésta finaliza, esto es, en los períodos existentes entre temporada y temporada[48]. Por lo demás, el art. 208.1.4 de la LGSS establece que la protección se llevará a cabo "de acuerdo con lo que se disponga en desarrollo de esta norma". De este modo, el Gobierno queda habilitado para determinar la situación legal de desempleo y las peculiaridades que de ella se deriven. Es decir, el correspondiente desarrollo reglamentario podrá establecer las modulaciones que reclame la singular naturaleza del trabajo fijo discontinuo, no precisando a tal efecto de "un rosario de habilitaciones sobre la misma materia a lo largo de la ley"[49]. Y es que, como señalara TORTUERO PLAZA a propósito del art. 6.1.4 de la LPD, la ubicación de la habilitación es suficientemente expresiva, a saber, la determinación de la situación legal de desempleo, siendo que ésta "constituye la llave –principal– que abre sucesivamente las puertas de los distintos niveles de protección –contributivo y asistencial–, de forma que es razonable entender que las peculiaridades de aquélla se transmitan por presión osmótica a otras materias"[50].

No obstante, en tanto no aparezca una norma reglamentaria de desarrollo futuro, la protección por desempleo específica de los trabajadores fijos discontinuos sigue rigiéndose por el RPD, que no ha sido derogado[51]. Por consiguiente, la situación legal de desempleo propia de los trabajadores fijos discontinuos se acreditará conforme a lo dispuesto en el art. 1.5 de esta disposición reglamentaria, a cuyo tenor "cuando los trabajadores fijos discontinuos dejen de prestar servicios por haber finalizado o haberse interrumpido la actividad intermitente o de temporada de la empresa, mediante la presentación de la copia

(48) MERCADER UGUINA, J.: "'Reformas'...", cit., pág. 162, y GARCÍA MURCIA, J.: "La protección por desempleo de los trabajadores...", cit., pág. 157.

(49) Cfr. TORTUERO PLAZA, J.L.: "El desempleo asistencial de los trabajadores fijos discontinuos. Breve referencia a la desmedida utilización de las Leyes de Presupuestos (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 4/1991, de 14 de enero)", *REDT*, núm. 54, 1992, pág. 637.

(50) TORTUERO PLAZA, J.L.: "El desempleo asistencial de los trabajadores fijos discontinuos...", cit., págs. 637 y 638. En sentido contrario, la STC 4/1991, de 14 de enero.

(51) ALBIOL MONTESINOS, I. y BLASCO PELLICER, A.: *Desempleo y despido...*, cit., pág. 16, y GARCÍA MURCIA, J.: "La protección por desempleo de los trabajadores...", cit., pág. 158.

del contrato o de cualquier otro documento que acredite el carácter de la relación laboral y comunicación escrita del empresario acreditando las causas justificativas de la citada finalización o interrupción"[52]. Aparte de ésta y de la previsión que se contiene en el art. 6.5 del RPD, éste apenas presta atención a la figura de los trabajadores fijos discontinuos. Por ello, esta disposición reglamentaria deberá seguir siendo aplicada con las "modulaciones y cautelas que reclame la singular fisonomía de este trabajo" en tanto no aparezca otra norma más específica[53]; norma que deberá aclarar y resolver los problemas que se plantean en la actualidad, como, por ejemplo, los relativos al modo de acreditación de la situación legal de desempleo cuando el trabajador fijo discontinuo no es llamado al inicio de la temporada porque las necesidades de empleo de la nueva temporada han menguado o porque la actividad no se reanuda al inicio de la temporada[54], o al abono de cotizaciones a la Seguridad Social durante la percepción de la prestación por desempleo[55].

(52) STSJ de Murcia de 8 de mayo de 1996 (AS/3138).

(53) GARCÍA MURCIA, J.: "La protección por desempleo de los trabajadores...", cit., págs. 158 y 159.

(Así, a la hora de determinar el período de cotización acreditado por los trabajadores fijos discontinuos a efectos del derecho a la protección por desempleo y de la duración de la prestación, deben aplicarse las reglas generales. A tales efectos, deben computarse los días efectivamente trabajados y aquellos otros (descanso semanal, festivos no recuperables, vacaciones y salarios de tramitación), en los que no se realizó trabajo efectivo, pero por los que se cotizó. Además, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 6 de la OM de 30 de mayo de 1991, relativo al cómputo de períodos de cotización a efectos del derecho a prestaciones por parte de los trabajadores incluidos en los "sistemas especiales de Frutas y Hortalizas e Industria de Conservas Vegetales" [SSTS de 13 de mayo y 14 de junio de 2002 (RJ/7549 y 7206), y SSTSJ de Navarra de 4 de noviembre de 1994 (AS/4193); de Murcia de 20 de marzo de 1996 (AS/580), y de la Comunidad Valenciana de 31 de enero y 7 de marzo de 2000 (AS/1786 y 4371), 13 de noviembre de 2002 (JUR/266981), 26 de noviembre de 2002 (AS/3253) y 10 de abril de 2003 (JUR/56695)]. Por lo demás, ha de estarse al período de cotización cubierto por el trabajador fijo discontinuo, aunque sea inferior al período de ocupación garantizada por el correspondiente convenio colectivo [STSJ de Galicia de 20 de diciembre de 1999 (AS/4236)]. Por el contrario, ha de valorarse el período de percepción de salarios de tramitación a satisfacer por virtud de lo dispuesto en ejecución de sentencia firme, aunque supere el período de ocupación garantizada que en virtud de la normativa sectorial hubiera podido corresponder al trabajador fijo discontinuo. En este sentido, la STSJ de Galicia de 17 de diciembre de 1999 (AS/4168). En sentido contrario, la STSJ de Galicia de 12 de noviembre de 1999 (AS/3500).

(54) Por todos, TATAY PUCHADES, C.: "Seguridad Social...", cit., págs. 166 y 167.

(55) La normativa vigente nada determina expresamente sobre la cotización por los trabajadores fijos discontinuos, ni respecto de los sujetos responsables, ni en cuanto a los conceptos incluidos (GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: *La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial*, Valencia, 1998, pág. 143). No obstante, hay que tener en cuenta que la situación de desempleo que se deriva cuando la actividad no se reanuda al inicio de la temporada o se suspende durante la misma es asimilada como situación protegida al cese temporal en la actividad que se produce por suspensión del contrato en virtud de expediente de regulación de empleo (GARCÍA ORTEGA, J.: *Las relaciones laboral*..., cit., págs. 355 a 357). Por consiguiente, habrá que estar al régimen aplicable en los supuestos de suspensión del contrato, conforme al cual la empresa está obligada al pago íntegro de las cuotas por todos los conceptos, siendo de cuenta de la Entidad Gestora la cuota del trabajador, por todos los conceptos, con reducción del 35 por ciento, sin perjuicio de su descuento de la prestación (art. 214.2 y 4 LGSS). Si la empresa debe soportar tal cargo durante unas circunstancias tan peculiares, con mayor motivo habría de hacerlo cuando la temporada finaliza. Sin embargo, y aun cuando el desempleo que concurre durante los períodos de inactividad productiva entre temporadas se semeja más a la suspensión del contrato o a la reducción de la jornada que a su extinción (GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: *La Seguridad Social*..., cit., pág. 144), es asimilado como situación protegida a la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio pactado (GARCÍA ORTEGA, J.: *Las relaciones laboral*..., cit., págs. 355-359). Por ello, y dado que la regla general es la prevista en el art. 214.1 de la LGSS y éste no distingue a estos efectos, el sujeto obligado al pago de las cotizaciones durante la vigencia de esta situación será la Entidad Gestora, como si se tratase del desempleo derivado de una extinción contractual (GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: *La Seguridad Social*..., cit., pág. 144). La Entidad Gestora asumirá la aportación empresarial y, descontando de la cuantía de la prestación, la aportación que corresponda al trabajador (art. 214.1 LGSS). La cotización a la Seguridad Social no comprenderá las cuotas correspondientes a desempleo, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional (art. 214.3 LGSS) y la aportación del trabajador se reducirá en un 35 por ciento, que será abonado por la Entidad Gestora (art. 214.4 LGSS) (CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F.: "La protección por desempleo...", cit., pág. 19). En sentido contrario, GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: *La Seguridad Social*..., cit., págs. 144-145.

4. LAS PARTICULARIDADES DEL NIVEL ASISTENCIAL

Los arts. 216.5 y 218.3 de la LGSS establecen varias peculiaridades a propósito de los subsidios de los trabajadores fijos discontinuos, a saber:

a) El párrafo 2 del art. 216.5 de la LGSS establece que "no serán de aplicación a estos trabajadores, mientras mantengan dicha condición, el subsidio por desempleo para mayores de cincuenta y dos años ni el subsidio especial para mayores de cuarenta y cinco años, previstos, respectivamente, en los apartados 1.3 y 1.4 del artículo anterior"[56]. Lo que se justifica por las especiales características de estos subsidios[57]. El subsidio para mayores de 52 años tiene como fin, no tanto el proporcionar unos ingresos mínimos de subsistencia, como el permitir que los desempleados de edad avanzada que acrediten tener cumplidos los requisitos, salvo la edad, para acceder a la pensión de jubilación puedan conservar el derecho a la misma y evitarles los efectos negativos que sobre el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión produce la falta de cotización durante el período de paro[58]. Sin embargo, en el caso de los trabajadores fijos discontinuos, la prestación de servicios y, consiguientemente, la cotización a la Seguridad Social, aunque de modo periódico o intermitente, se mantienen, y, a mayor abundamiento, estos trabajadores se benefician del coeficiente multiplicador del 1,5 en orden a completar el período de cotización que se exige para causar derecho a la pensión de jubilación y determinar el porcentaje aplicable a la base reguladora de la correspondiente pensión[59]. Por todo ello, no resulta irrazonable que los trabajadores fijos discontinuos queden excluidos del subsidio de prejubilación. Por su parte, el subsidio especial para mayores de 45 años tiene por objeto ampliar el ámbito protector de esta contingencia a un sector de desempleados que por tratarse de parados de larga duración y tener una determinada edad, cuentan con escasas posibilidades de entrar de nuevo en el mercado de trabajo[60], circunstancias que no se dan en el caso de los trabajadores fijos discontinuos. Por lo demás, esta imposibilidad de acceder a estos subsidios cesa cuando el trabajador pierde la con-

(56) STS de 29 de enero de 2002 (RJ/5976) y STSJ de Andalucía de 13 de mayo de 1999 (AS/2807).

Ahora bien, un trabajador mayor de 52 años y perceptor del derecho al subsidio para mayores de 52 años no pierde el derecho ya reconocido por realizar un trabajo fijo discontinuo inferior a doce meses en virtud de lo dispuesto en los arts. 212.1.d) y 219.2 de la LGSS [STSJ de Cataluña de 2 de noviembre de 2001 (AS/1115)].

(57) A juicio de GONZÁLEZ ORTEGA, J.: "La protección por desempleo", *RL*, II/1993, pág. 360, la exclusión operada por el art. 216.5 de la LGSS resulta lógica por cuanto que el vínculo laboral de los trabajadores fijos discontinuos permanece en vigor. Por su parte, DESDENTADO BONETE, A. y MERCADER UGUINA, J.: "La protección social...", cit., pág. 32, afirman que dicha exclusión se justifica por las especiales características del trabajo estacional o de temporada. Por contra, para COLLADO GARCÍA, L. y PIQUERAS PIQUERAS, Mª.C.: *El subsidio por desempleo. Un estudio del nivel asistencial de protección*, Valladolid, 1997, pág. 128, esta exclusión tiene visos de inconstitucionalidad.

(58) Por todos, DESDENTADO BONETE, A. y MERCADER UGUINA, J.: *El desempleo como situación protegida (Un estudio sobre los problemas de acceso a la protección en el nivel contributivo y en el asistencial)*, Madrid, 1996, págs. 156 y ss., y COLLADO GARCÍA, L. y PIQUERAS PIQUERAS, Mª.C.: *El subsidio por desempleo...*, cit., págs. 96 y ss.

(59) Por todos, ROQUETA BUJ, R., *La protección social...*, cit., págs. 26, 125 y ss., y 144 y 145.

(60) COLLADO GARCÍA, L. y PIQUERAS PIQUERAS, Mª.C.: *El subsidio por desempleo...*, cit., págs. 115 y ss.

dición de fijo discontinuo, eso es, cuando se extingue su contrato de trabajo, momento a partir del cual puede disfrutar de los mismos si reúne los requisitos exigidos, aunque su carrera de seguro haya sido fruto de su condición de fijo discontinuo[61].

b) El párrafo 1 del art. 216.5 de la LGSS establece que "la duración del subsidio en el caso de trabajadores fijos discontinuos que se encuentren en las situaciones previstas en los párrafos a) y b) del apartado 1.1 y en el apartado 1.2 del artículo anterior, será equivalente al número de meses cotizados en el año anterior a la solicitud"[62]. Debe tenerse en cuenta que "las peculiaridades del tipo de trabajo que realizan (esto es, la inherente discontinuidad en la prestación laboral, unida al carácter de trabajador fijo en la Empresa, y el derecho al llamamiento cuando la actividad se inicia dentro de la correspondiente campaña) configuran a los trabajadores fijos discontinuos como una categoría con niveles de aportaciones y de riesgos en lo que se refiere al desempleo, claramente diferenciada del resto de trabajadores", por lo que "no puede considerarse discriminatorio que, a la vista de las posibilidades financieras del sistema de protección al desempleo, y de las tasas que éste alcance a cada momento", se distribuyan "los fondos disponibles con arreglo a criterios que tengan en cuenta las peculiaridades, efectivamente existentes, en cada caso"[63]. Y es que, aunque es cierto que los trabajadores fijos discontinuos con las mismas cotizaciones que, por ejemplo, los traba-

EN CASO DE TRABAJADORES FIJOS DISCONTINUOS LA DURACIÓN DE LOS SUBSIDIOS NO ES LA FIJADA CON CARÁCTER GENERAL SINO LA EQUIVALENTE AL NÚMERO DE MESES COTIZADOS EN EL AÑO ANTERIOR A LA SOLICITUD

(61) GARCÍA ORTEGA, J.: *Las relaciones laboral...*, cit., pág. 365; GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "La protección por desempleo", cit., pág. 360; GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: *La Seguridad Social...*, cit., pág. 143; VIQUEIRA PÉREZ, C.: "Protección por desempleo...", cit., pág. 110, y STSJ de Castilla y León de 4 de marzo de 1992 (AS/1106).

(62) Esta previsión tiene su origen en el art. 8.3 del RPD, que limitaba la duración del subsidio que procedía cuando se agotaba la prestación contributiva, teniendo responsabilidades familiares, declarándola "equivalente al número de meses cotizados en el año inmediatamente anterior al momento de solicitar el subsidio" [STSJ de Navarra de 30 de septiembre de 1993 (AS/3876)], si bien, en este caso, no jugaba la regla prevista en el art. 14.3.c) de la LPD. Sin embargo, la STC 4/1991, de 14 de enero, entendió que este precepto no encontraba cobertura o habilitación legal mediata o inmediata en los arts. 3, 6, 13 y 14 de la LPD ni el art. 15.6 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (ET), de forma que el mismo operó "una restricción sin cobertura legal que viene a discriminar al trabajador en su condición de fijo discontinuo". La Disposición Adicional Segunda del RDL 3/1989, de 31 de marzo, vino a elevar el rango jerárquico de la restricción operada por el art. 8.3 del RPD, resultando por ello irrelevante el pronunciamiento del Tribunal Constitucional [TORTUERO PLAZA, J.L.: "El desempleo asistencial de los trabajadores fijos discontinuos...", cit., págs. 635 y ss., y STSJ de Navarra de 14 de febrero de 1992 (AS/618)], centrado únicamente en determinar si existía o no cobertura o habilitación en la LPD que permitiera el trato desigual, sin realizar juicio alguno acerca de su razonabilidad [STSJ de Galicia de 31 de enero de 2002 (AS/245); y TORTUERO PLAZA, J.L.: "El desempleo asistencial...", cit., págs. 635 y ss.] Por lo demás, como subraya la STS de 20 de marzo de 1997 (RJ/2594), el que la Ley 22/1992 reformase el apartado c) del art. 14.3 de la LPD, no implicó, de ningún modo, que se derogase la referida Disposición Adicional Segunda del RDL 3/1989.

(63) Autos 1109/1987 y 15/1988. Una consideración sobre la posición del Tribunal Constitucional en TORTUERO PLAZA, J.L.: "El desempleo asistencial...", cit., pág. 635, y GARCÍA MURCIA, J.: "La protección por desempleo: una reseña de jurisprudencia constitucional", *AL*, núm. 4, 1993, págs. 6 y ss.

jadores eventuales, tendrán derecho a un menor tiempo de duración del subsidio, también lo es que aquéllos, a diferencia de éstos, tienen un contrato en vigor que recobra su efectividad en una próxima temporada[64].

Esta limitación afecta a los siguientes subsidios: 1º) El subsidio que se reconoce al trabajador que ha agotado una prestación contributiva y tiene responsabilidades familiares (en el caso de los demás trabajadores la duración del subsidio puede alcanzar los 18, 24 o 30 meses, en atención a la edad y duración de la prestación contributiva consumida); 2º) El subsidio previsto ante quien ha agotado una prestación contributiva de, al menos, 360 días de duración, careciendo de responsabilidades familiares y siendo mayor de cuarenta y cinco años (en el caso de los demás trabajadores, la duración es de 6 meses), y 3º) El subsidio previsto para quienes no tengan cotizaciones suficientes a fin de causar la prestación contributiva, pero hayan cotizado, al menos, 6 meses o 3 meses si tienen responsabilidades familiares (en el caso de los demás trabajadores la duración del subsidio es de 21 meses si han cotizado 6 y del mismo número de meses cotizados si han cotizado 3, 4 o 5 meses y tienen responsabilidades familiares).

En el caso de los trabajadores fijos discontinuos, la duración de los subsidios no es la fijada con carácter general para cada uno de ellos, sino la "equivalente al número de meses cotizados en el año anterior a la solicitud" (art. 216.5 LGSS)[65]. Los meses cotizados sobre los que se calcula la protección proporcional son los comprendidos en el año natural inmediatamente anterior a la solicitud del subsidio[66], que, a su vez, pueden haber sido computados para generar derecho a la prestación contributiva, o no, por ser posteriores a la misma y ser insuficientes para causar derecho a una nueva prestación del nivel contributivo[67]. Por lo demás, aunque los "meses cotizados" en el año precedente no equivalen a "meses de ocupación cotizada", no son computables a tales efectos los períodos de percepción de la prestación contributiva de desempleo entre temporadas consecutivas, máxime si se tiene en cuenta que durante los mismos la cotización a la Seguridad Social a ingresar por la Entidad Gestora no comprende las cuotas correspondientes a la contingencia por desempleo[68]. Es más, tampoco serán computables las cotizaciones correspondientes al tiempo de abono de la prestación que efectúe la empresa cuando la actividad

(64) GARCÍA ORTEGA, J.: *Las relaciones laboral...*, cit., pág. 369.

(65) A juicio de GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "Reforma laboral y de Seguridad Social", en AAVV: *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, 1994, pág. 397, con independencia del número de horas por las que se haya cotizado en esos meses. No obstante, la STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de octubre de 2000 (AS/3715), en un supuesto en que la prestación y el subsidio procedían del cómputo de períodos de ocupación cotizada de diversa procedencia, en el que, precisamente, los procedentes del trabajo fijo discontinuo (77 días) tenían mucha menor incidencia frente a los que procedían del trabajo ordinario (274 días), reconoce el derecho al subsidio con la duración establecida en el art. 216.1 de la LGSS.

(66) SSTSJ de Andalucía de 20 y 21 de octubre de 1999 (AS/4658 y 4586), y de la Comunidad Valenciana de 20 de junio de 2001 (AS/2013).

(67) GARCÍA ORTEGA, J.: *Las relaciones laboral...*, cit., pág. 366.

(68) En sentido contrario, la STSJ de Andalucía de 21 de octubre de 1999 (AS/4586).

no se reanude al inicio de la temporada o se suspenda durante la misma, dado el tenor del art. 210.2 de la LGSS. Por último, este peculiar régimen del subsidio por desempleo sólo resulta aplicable mientras el trabajador fijo discontinuo mantenga la condición de tal[69]; una vez su contrato de trabajo se extinga, le resultará aplicable el régimen común del subsidio en cualquiera de sus modalidades[70].

c) El art. 218 de la LGSS establece que "durante la percepción del subsidio, la entidad gestora ingresará las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes a las prestaciones de asistencia sanitaria y, en su caso, protección a la familia" (apartado 1) y que "cuando se trate de trabajadores fijos discontinuos y el beneficiario haya acreditado, a efectos de reconocimientos del subsidio, un período de ocupación cotizada de ciento ochenta o más días, la entidad gestora ingresará también las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes a la contingencia de jubilación, durante un período de sesenta días, a partir de la fecha en que nazca el derecho al subsidio por desempleo" (apartado 3). Se establece, por consiguiente, una ventaja en favor de los trabajadores fijos discontinuos, ya que el resto de perceptores de la prestación asistencial no tienen derecho a que la Entidad Gestora abone por cuenta de ellos las cotizaciones por la contingencia de jubilación salvo en el caso de los mayores de 52 años[71]. La medida tiene su origen en la Ley 22/1992 que, haciéndose cargo de que a partir de su entrada en vigor un período mínimo de ocupación cotizada de ciento ochenta días ya no permite acceder a las prestaciones por desempleo y consiguientes cuotas a la Seguridad Social, y de que los trabajadores fijos discontinuos están excluidos del subsidio de "prejubilación", dispone que el trabajador fijo discontinuo –cualquiera que sea su edad[72]– que quede en situación legal de desempleo y que haya acreditado una cotización mínima de ciento ochenta días, aunque no va a tener derecho a prestación de desempleo, va a poder disfrutar de alguno de los beneficios que acompañan a dicha prestación, en particular de la cotización por jubilación, para favore-

(69) Por lo demás, aunque la esporádica realización de trabajos temporales, al margen del habitual y permanente de fijo discontinuo, sirva para sumar tales cotizaciones a efectos de determinar el período de prestación contributiva e incluso tenga derecho el trabajador a ser declarado en situación de desempleo [STSJ de Canarias de 29 de abril de 1994 (AS/1519)], si la nueva contratación es de escasa duración, no puede provocar una desviación en el régimen jurídico aplicable al subsidio de desempleo, ampliando el período de percepción [STSJ de Castilla y León de 10 de noviembre de 1992 (AS/5373) y SSTSJ de Navarra de 31 de julio de 1998 (AS/2956) y 16 de abril de 1999 (AS/2019)].

(70) SSTSJ de Baleares de 3 de abril de 1992 (AS/1788); de Andalucía de 14 de diciembre de 1994 (AS/4906), y de Murcia de 13 de junio de 1995 (AS/2699), 12 de enero y 16 de abril de 1996 (AS/119 y 2079); GARCÍA ORTEGA, J.: *Las relaciones laboral...*, cit., pág. 364, y GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: *La Seguridad Social...*, cit., pág. 143. En sentido contrario, la STSJ de Andalucía de 4 de febrero de 1999 (AS/5718).

Ahora bien, como señala la STSJ de Andalucía de 11 de enero de 2001 (AS/2392), si, en un determinado momento, el trabajador pierde la condición de fijo discontinuo, lo que no puede pretender es que el subsidio que le fuera otorgado en dicha condición sea ampliado hasta un plazo no previsto para los requisitos que adujo para serle aquél reconocido. No habiéndolo agotado, tiene derecho a su reanudación hasta su expiración o, en otro caso, de entender que se halla en situación de acceder a prestación distinta y por superior tiempo, puede solicitarla.

(71) ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "La Ley 22/1992 sobre fomento del empleo y protección por desempleo. La reforma del régimen de la ILT y otras medidas del RD-L 5/1992, de medidas presupuestarias urgentes", *RL*, II/1992, págs. 1.193 y 1.194; DESDENTADO BONETE, A. y MERCADER UGUINA, J.: "La protección social...", cit., pág. 32, y TATAY PUCHADES, C.: "Seguridad Social...", cit., págs. 168 y 169.

(72) ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "La Ley 22/1992 sobre fomento del empleo...", cit., pág. 1.193.

cer el tránsito a esta situación[73]. No obstante, esta prestación accesoria está sujeta a importantes limitaciones[74]: en primer lugar, la cotización adicional sólo se refiere a la jubilación, sin atender a otras contingencias posibles, como, por ejemplo, las de incapacidad permanente, muerte y supervivencia; en segundo lugar, se precisa que el trabajador haya cotizado como mínimo 180 o más días, por lo que esta prestación accesoria únicamente se dará en los subsidios contributivos y cuando se alcance tal nivel de cotización; en tercer lugar, la cotización tan sólo se mantiene durante los primeros sesenta días de percepción del subsidio de desempleo. Para paliar tales restricciones, la OM de 4 de agosto de 1992 (BOE de 7 de agosto de 1992), concede a los trabajadores fijos discontinuos la posibilidad de suscribir convenio especial con la Seguridad Social con arreglo a las reglas previstas en el art. 11 de la OM de 18 de julio de 1991, relativo al Convenio Especial de trabajadores perceptores del subsidio por desempleo con derecho a cotización por la contingencia de jubilación, mayores de 52 años, durante los 60 días en los que la Entidad Gestora debe cotizar por ellos a la Seguridad Social por la contingencia de jubilación[75].

Por lo demás, se trata de una ventaja que no alcanza a los trabajadores perceptores del subsidio que hubieran tenido con anterioridad contratos temporales, a pesar de que la Disposición Final Quinta de la LGSS faculta al Gobierno para extenderla "a otros colectivos". Este diverso y peyorativo tratamiento que reciben los trabajadores temporales resulta difícilmente justificable[76], máxime si se tiene en cuenta que éstos no se benefician del coeficiente multiplicador del 1,5 en orden a lucrar los períodos de cotización necesarios para causar las pensiones de jubilación e incapacidad permanente.

5. LA SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN DEL DERECHO A LA PERCEPCIÓN DE LA PRESTACIÓN O SUBSIDIO POR DESEMPLEO

En orden a la suspensión o extinción del derecho a la percepción del derecho a la prestación o subsidio por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos, se plantea la cuestión de si las mismas se producen con arreglo a las reglas generales previstas en los arts. 210.3, 212.1.d), 213.1.d) y 219.2 de la LGSS, o según la regla específica establecida por el art. 6.5 del RPD.

(73) Ver, por todos, GARCÍA MURCIA, J.: "Cambio y continuidad en la protección por desempleo: A propósito de las reformas de 1992", *REDT*, núm. 61, 1993, pág. 724, y TATAY PUCHADES, C.: "Seguridad Social...", cit., pág. 169.

(74) Por todos, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "La Ley 22/1992...", cit., págs. 1.193 y 1.194; GARCÍA MURCIA, J.: "Cambio y continuidad...", cit., pág. 724, y COLLADO GARCÍA, L. y PIQUERAS PIQUERAS, Mª.C.: *El subsidio por desempleo...*, cit., pág. 122.

(75) Sobre esta cuestión ver más ampliamente TATAY PUCHADES, C.: "Seguridad Social...", cit., págs. 169 y ss.

(76) LÓPEZ GANDÍA, J.: "Dinámica de la obligación de cotizar: situaciones suspensivas y extintivas del contrato de trabajo y de la cotización a la Seguridad Social", *TS*, núms. 20 y 21, 1992, pág. 45.

De acuerdo con las reglas generales previstas en los antecitados preceptos, se deben distinguir los siguientes supuestos de hecho[77]: a) El derecho a la percepción de la prestación o subsidio por desempleo se suspende cuando el titular realiza un trabajo por cuenta ajena de duración inferior a doce meses, tras el cual se reanudan la prestación o el subsidio, quedando los meses trabajados como meses cotizados a efectos de futuros reconocimientos de prestaciones, tanto del nivel contributivo como del asistencial, y b) El derecho a la percepción de la prestación o subsidio por desempleo se extingue cuando el titular realiza un trabajo por cuenta ajena de duración igual o superior a doce meses, aunque el trabajador puede optar por acceder a la nueva prestación generada por su último trabajo o por reabrir el derecho a la prestación anterior (si no estuviera agotada), en cuyo caso perderá las nuevas cotizaciones que no surtirán ningún efecto de cara a futuras prestaciones.

Por su parte, el art. 6.5 del RPD establece que "al trabajador fijo de carácter discontinuo que sea llamado para reiniciar su actividad se le suspenderá o extinguirá el derecho a la prestación según que la duración del trabajo sea inferior, igual o superior, respectivamente, a seis meses". Así, si el nuevo período de actividad para el que es llamado el trabajador fijo discontinuo perceptor de prestación o subsidio por desempleo tiene una duración igual o inferior a seis meses, el abono de la prestación o subsidio se verá suspendido, mientras que si supera esa duración, el derecho se extinguirá[78]. Por consiguiente, en el caso de los trabajadores fijos discontinuos la frontera entre la suspensión y la extinción del derecho a la percepción de la prestación o subsidio está en función de si el trabajo excede o no de seis meses, lo que les deja en peor posición que el resto de trabajadores. En efecto, la realización de un trabajo superior a seis meses, pero inferior a doce meses,

EN EL CASO DE TRABAJADORES FIJOS DISCONTINUOS LA FRONTERA ENTRE LA SUSPENSIÓN Y LA EXTINCIÓN DE LA PRESTACIÓN O DEL SUBSIDIO ESTÁ EN FUNCIÓN DE SI EL TRABAJO EXCEDE O NO DE SEIS MESES

(77) Por todos, LÓPEZ GANDÍA, J.: "El nuevo régimen jurídico de las prestaciones por desempleo (Un análisis de la Ley 31/1984 y de su Reglamento de desarrollo)", *RL*, II/1985, pág. 404; VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La prestación...*, cit., págs. 263 y ss., ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "Novedades laborales de la Ley de Presupuestos para 1991. Modificaciones de la Ley de Protección por desempleo y de las deudas con la SS", *RL*, I/1991, pág. 1.004; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "El Decreto-Ley 1/1992: la conmoción de una norma. El nuevo régimen de protección por desempleo (II)", *RL*, II/1992, págs. 1.153 y ss., y CABEZA PEREIRO, J.: *La extinción del desempleo*, Granada, 1997, págs. 81 y ss.

El art. 219.2 de la LGSS remite en materia de suspensión y extinción del subsidio a la regulación que para tales cuestiones prevé la ley, en los arts. 212 y 213, para la prestación del nivel contributivo. Por consiguiente, también son aplicables las reglas previstas en los arts. 210.3, 212.1.d) y 213.1.d) de la LGSS, si bien la opción que este último precepto otorga al beneficiario no puede operar en caso de subsidio por desempleo, porque el trabajo de duración igual o superior a doce meses habrá generado una prestación contributiva y uno de los requisitos que deben concurrir para acceder al subsidio es no tener derecho a prestación contributiva o haberla agotado. Por todos, COLLADO GARCÍA, L. y PIQUERAS PIQUERAS, Mª.C.: *El subsidio...*, cit., págs. 144 y ss. y 149.

(78) GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: *La Seguridad Social...*, cit., págs. 141 y 142.

supone la extinción del derecho a la prestación o subsidio por desempleo sin generar un nuevo derecho a prestación del nivel contributivo. Y, en aplicación de la estricta literalidad del art. 210.3 de la LGSS, cuando el trabajo realizado no genera cotizaciones que pueden originar la protección por desempleo, a la finalización de éste ni se podría producir la reanudación de la prestación anterior (por no existir reconocimiento de nueva prestación que posibilite la opción) ni se podría, lógicamente, acceder al disfrute de una nueva prestación, de tal modo que a la finalización del trabajo, el trabajador fijo discontinuo sólo podría acceder al subsidio contributivo. Se produciría, de este modo, una situación de desigualdad material entre los trabajadores fijos discontinuos y el resto de trabajadores, acentuada por el carácter estacional o de temporada de los primeros.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que un rasgo característico del sistema de protección por desempleo es la equiparación de la duración del trabajo por cuenta ajena que da lugar a la extinción del derecho a la percepción de la prestación y la del período de ocupación cotizada necesario para ser beneficiario de las prestaciones por desempleo[79]. Así, en los arts. 8.4 y 11.d) de la LPD, que introdujeron las previsiones que hoy se contienen en los arts. 210.3 y 213.d) de la LGSS, el trabajo que extinguía el derecho a la percepción de la prestación debía durar sólo seis o más meses, en consonancia con el período mínimo de cotización para ser beneficiario del sistema. Con la Ley 22/1992 dicho período pasó a ser de 360 días, y por ese motivo se incrementó el tramo temporal que actúa como frontera entre la suspensión y la extinción. Pues bien, aunque la Ley 22/1992 no modificara ninguno de los preceptos que el RPD dedica a los trabajadores fijos discontinuos, no cabe sino concluir que el art. 6.5 de esta disposición reglamentaria quedó sin efecto a partir de la entrada en vigor de la Ley 22/1992, de suerte que la suspensión y extinción del derecho a la prestación por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos se rige por las reglas generales[80].

Por último, se plantea el problema de determinar cómo se computan los doce meses que condicionan la procedencia de una de las dos posibilidades "extinción-opción o suspensión de la prestación por desempleo". Pues bien, aunque el art. 210.3 de la LGSS se refiere a "un trabajo de duración igual o superior a doce meses", no a "varios trabajos", la STS de 30 de marzo de 2000 (RJ/3139), apoyándose en una interpretación literal y teleológica de los arts. 210.3, 212, 213 de la LGSS y 6.5 del RPD, afirma que de dichos artículos no resulta una prohibición de acumular períodos de trabajo cotizados inferiores a doce meses, siempre, claro está, que estos no hayan sido computados para el recono-

(79) Por todos, CABEZA PEREIRO, J.: *La extinción...*, cit., pág. 85.

(80) STS de 25 de noviembre de 1995 (RJ/9839); STSJ de Murcia de 4 de abril de 1997 (AS/1307); STSJ del País Vasco de 15 de julio de 1997 (AS/2329); STSJ de Andalucía de 14 de abril de 1999 (AS/2275); VIQUEIRA PÉREZ, C.: "Protección por desempleo...", cit., pág. 110; DESDENTADO BONETE, A. y MERCADER UGUINA, J.: "La protección social...", cit., pág. 31; MORALES ORTEGA, J.M.: "Las consecuencias del principio de proporcionalidad en la protección social de los trabajadores a tiempo parcial (y II)", *AL*, núm. 2, 2001, págs. 27-28; GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: "El derecho al desempleo de los trabajadores fijos discontinuos: la acumulación de los períodos de ocupación cotizados para la generación de la prestación (Comentario a la STS de 30 de marzo de 2000, Sala Cuarta)", *RL*, II/2000, págs. 647 y ss., y CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F.: "La protección por desempleo...", cit., pág. 17.

cimiento de un derecho anterior, tanto del nivel contributivo como asistencial, como prescribe el art. 210.2 de la LGSS. Por ello, y a fin de facilitar el acceso efectivo a la protección por desempleo en los contratos de trabajo fijo discontinuo, el Tribunal Supremo admite la posibilidad de acumular los períodos de trabajo interrumpido[81]. A mayor abundamiento, el art. 210.2 de la LGSS establece que a "efectos de determinación del período de ocupación cotizada (...) se tendrán en cuenta todas las cotizaciones" no tenidas en cuenta al conceder la prestación o subsidio anterior. Una lectura de dicho precepto iluminada por el fin de promover el disfrute de las prestaciones por desempleo refuerza la tesis de que entre "todas las cotizaciones" realizadas también se encuentran las derivadas de períodos cíclicos de trabajo[82].

Otro sector, por el contrario, sostiene que el art. 6.5 del RPD no se ha visto afectado por la reforma operada por el RD-L 1/1992. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "El Decreto-Ley 1/1992...", cit., págs. 1.163 y 1.164. En el mismo sentido, GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: *La Seguridad Social...*, cit., págs. 141 y 142. Por su parte, GARCÍA MURCIA, J.: "La protección por desempleo de los trabajadores...", cit., pág. 158, alude al art. 6.5 del RPD como norma que regula la suspensión o extinción del derecho a las prestaciones por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos en caso de reinicio de la actividad, pero sin precisar si la frontera entre una u otra alternativa está en un trabajo de doce o de seis meses de duración.

Por lo demás, el hecho de que, al ser nuevamente llamado al puesto, la jornada quede reducida, no altera la rectitud de la prestación, no siendo aplicable en tal supuesto el art. 221.1 de la LGSS. En este sentido, las SSTSJ de País Vasco de 15 de julio de 1997 (AS/2329) y 28 de octubre de 1997 (AS/3173).

(81) En este mismo sentido, VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La prestación por...*, cit., págs. 265 y ss., LÓPEZ GANDÍA, J.: "El nuevo régimen jurídico...", cit., pág. 404; DESDENTADO BONETE, A. y MERCADER UGUINA, J.: "La protección social...", cit., pág. 31, y GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: "El derecho al desempleo...", cit., págs. 649 y ss. En sentido contrario, CABEZA PEREIRO, J.: *La extinción...*, cit., págs. 92 y 93.

(82) Cfr. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: "El derecho al desempleo...", cit., pág. 649.

I. FUENTES DEL DERECHO

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Derecho Internacional y Comunitario. A) Articulación entre las normas internacionales y comunitarias. B) Articulación interna de las normas de Derecho Comunitario. **2. Valor normativo de la Constitución en el ordenamiento social.** A) Subordinación jerárquica de la ley a la Constitución. B) Interpretación de la ley conforme a la Constitución. C) Prohibición de entrada del reglamento en las materias reservadas. D) Supremacía de la Constitución sobre el convenio colectivo. E) Fuentes del derecho, fuentes de las obligaciones y principio constitucional de igualdad y no discriminación. **3. Supremacía de la ley en el ordenamiento social.** A) Sometimiento del reglamento a la ley. B) Subordinación del convenio colectivo a la ley. **4. El convenio colectivo como fuente del Derecho del Trabajo.** A) Determinación del convenio colectivo aplicable. B) Sucesión de convenios colectivos: efectos y límites. C) Convenio estatutario y convenio extraestatutario posterior: inexistencia de concurrencia afectante. D) Extensión del convenio colectivo. E) Remisión convencional a las instrucciones generales de la empresa. **5. La autonomía de la voluntad en el ordenamiento social.** A) Límites de las condiciones individuales más favorables. B) Valor liberatorio del finiquito. C) Extinción por mutuo acuerdo: límites "internos". D) Condición más beneficiosa: conceptuación y requisitos. E) Neutralización de la condición más beneficiosa: vías. **6. Aplicación de las normas sociales en el tiempo.** A) Irretroactividad de las normas sobre prescripción. B) Soluciones de retroactividad de grado medio. C) Retroactividad constitucional: pensiones de viudedad. D) ¿Existe la aplicación retroactiva de la jurisprudencia? **7. Otros criterios de aplicación de las normas sociales.** A) La analogía. B) Principio de norma más favorable. C) Principio de especialidad normativa. **8. Interpretación del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.** A) Interpretación pro beneficiario o humanizadora. B) Interpretación y principio de conservación del ordenamiento. C) Penetración de la ley en la interpretación del convenio colectivo.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica comprende las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas recogidas en los números 5 a 7 de 2003 y 8 de 2004 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 806 a J 1547).

1. DERECHO INTERNACIONAL Y COMUNITARIO

A) Articulación entre las normas internacionales y comunitarias

La **STS de 16 de mayo de 2003,** I.L. J 813, nos recuerda que, a efectos del cálculo de las pensiones de trabajadores comunitarios que hayan prestado servicios en distintos países de la Comunidad Europea, el Reglamento CEE 1408/1971 del Consejo, de 14 de junio, cede en su aplicación, dando paso a un convenio bilateral suscrito en materia de Seguridad Social entre dos países miembros (en el caso concreto un convenio hispano-alemán de Seguridad Social de 4 de diciembre de 1973), cuando las reglas que éste establezca resulten ser "más beneficiosas para el trabajador".

B) Articulación interna de las normas de Derecho Comunitario

El Derecho Comunitario se compone de un conjunto de piezas normativas de carácter diverso. Sin duda, desde el punto de vista de la diferente posición jerárquica que ocupan las mismas, la distinción fundamental que debe establecerse es la que separa el bloque del derecho "originario" ("constitucional") del bloque del derecho "derivado" ("legal"). A propósito de un caso (K. Rinke *vs.* Ärztekammer Hamburg) en que se planteaba si la obligación de realizar determinados períodos de formación a tiempo completo en el marco de una formación a tiempo parcial en medicina general, establecida por las Directivas 86/457/CEE, de 15 de septiembre (sobre formación específica en medicina general) y 93/16/CEE, de 5 de abril (sobre libre circulación de médicos y reconocimiento mutuo de títulos), constituía una discriminación (indirecta, por el mayor porcentaje de población femenina en la formación a tiempo parcial) contraria a la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en el empleo y las condiciones de trabajo, la **STJCE de 9 de septiembre de 2003,** I.L. J 1359, resuelve que no. Sin embargo, *obiter dicta* –y esto es lo importante a nuestros efectos–, la citada sentencia dice que podría suceder que una directiva específica fuera contraria a una directiva genérica en materia de igualdad de trato. En ese caso, como quiera que la igualdad de trato por razón de sexo reviste en el Derecho Comunitario el carácter de "derecho fundamental" –dice la sentencia– su respeto "constituye un requisito para la legalidad de los actos comunitarios", por lo que "sería ilegal una disposición de una directiva (...) que vulnerase el (referido) principio de igualdad de trato".

2. VALOR NORMATIVO DE LA CONSTITUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO SOCIAL

A) Subordinación jerárquica de la ley a la Constitución

La **STC de 19 de junio de 2003,** I.L. J 1073, dictada como consecuencia de una cuestión de inconstitucionalidad suscitada a propósito de la norma 5 de la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio ("ley del divorcio") por posible vulneración del principio de igualdad ante la ley, resuelve que, efectivamente, la citada disposición legal es contraria al principio de igualdad y por tanto inconstitucional. Aunque se trata de una sentencia carente de virtualidad práctica, pues lo cierto es que en el momento en que se resuelve la cuestión planteada la norma 5 de la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, ya había sido derogada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, no está privada la misma de valor teórico o doctrinal, por lo que vale la pena hacer una breve reseña. Baste a tal efecto con señalar que el Tribunal Constitucional dice que no es conforme a la Constitución el diferente tratamiento de que es objeto en la norma citada el viudo que pasa a convivir *more uxorio* existiendo anulación matrimonial, divorcio o separación legal, que pierde la pensión de viudedad que viniera disfrutando, en relación al viudo que pasa a convivir maritalmente con una persona cuando el mismo tenía –por así decirlo–"vivo" el vínculo matrimonial en el momento del fallecimiento del causante, que no pierde la pensión de viudedad que viniera disfrutando. Según el Tribunal Constitucional "una vez que a todos los cónyuges sin distinción se les otorga el derecho a la pensión de viudedad, la pensión queda concebida como única pensión repartida entre todos los cónyuges supérstites, por lo que es evidente que no puede considerarse constitucionalmente admisible que la concreta causa de extinción de la pensión por convivencia *more uxorio* pueda aplicarse en unos casos y no en otros (...); si la convivencia *more uxorio* con una persona con la que no existe vínculo conyugal es perfectamente lícita en el marco de nuestro ordenamiento legal, de este hecho lícito no puede deducirse la privación de una pensión de viudedad, (máxime) cuando tal medida no guarda relación alguna con la finalidad que persigue la ley al acordar su establecimiento".

La **STSJ de Madrid de 26 de febrero de 2003,** I.L. J 1176, entiende que no son contrarias a la Constitución las reglas legales que condicionan el acceso al subsidio por maternidad al hecho de que la madre (única causante del mismo) sea trabajadora por cuenta ajena, según disponen los arts. 48.4 del ET (para asalariados), 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto (para funcionarios) y 133 de la LGSS. En un caso en el que se trataba de una madre que trabajaba como abogada por cuenta propia, y en el que el padre era funcionario, y por tanto mero beneficiario de ese derecho por derivación, en los términos de lo que establece el art. 30.3 de la Ley 30/1984, la sentencia dice que no cabe sino denegar el subsidio por "paternidad" que se solicita. Ello no vulnera el principio constitucional de igualdad, pues "la desigualdad de derechos entre el padre (mero beneficiario por derivación de la madre) y la madre (beneficiaria y causante originaria del mismo) biológicos entre sí encuentra justificación en la interrelación o enlace del permiso o licencia con el hecho de la maternidad biológica; es la madre la que da a luz, de ahí que para el legislador tenga un derecho a la titularidad originaria y el padre una titu-

laridad derivada". No entiende tampoco la sentencia que la citada regulación legal constituya vulneración del Derecho comunitario, y particularmente de la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio, reguladora del permiso parental, ni que concurran los presupuestos para el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

La **STC de 30 de octubre de 2003,** I.L. J 1536, dictada en relación con la regla legal en cuya virtud se determina la imposibilidad de que un pensionista de invalidez pueda ser declarado gran inválido después del cumplimiento de la edad de jubilación art. 143.2 de la LGSS: "toda resolución [(...) por la que se reconozca el derecho a las prestaciones de invalidez permanente (...) hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante, *en tanto que el incapacitado no haya cumplido la edad mínima establecida (...) para acceder al derecho a la pensión de jubilación* "], resuelve que tal previsión legal no comporta vulneración del principio constitucional de igualdad y no discriminación. Al decir de la sentencia, no hay conculcación del principio de igualdad por cuanto que "no es la edad aislada y selectivamente considerada lo que desencadena (...) la diferenciación, sino la edad en cuanto implica la línea de separación entre la situación de vida laboral activa y la de finalización de ésta", situaciones ambas "distintas, que obedecen a diferentes fundamentos" (el descanso merecido, como contrapartida al esfuerzo desarrollado durante la vida laboral, en la jubilación, y la pérdida de capacidad para trabajar de la persona que está en edad de hacerlo, en la invalidez). "El ordinario declive de las facultades por razón de edad, que presume el régimen de jubilación, frente al patológico sobrevenido para el trabajo durante la vida activa, independiente de la edad –continúa la sentencia–, define dos situaciones diversas, y consecuentemente dos marcos distintos de protección", lo que determina que el legislador pueda establecer reglas diferentes en ambos casos. La norma que se discute en la presente cuestión de inconstitucionalidad obedece así a una razón objetiva y justificada y supera el juicio de proporcionalidad, sin que pueda alegarse en contra que no hay razón para privar al inválido del complemento prestacional que determina su imposibilidad para valerse por sí mismo por el mero hecho de cumplir la edad de jubilación, toda vez que puede presumirse que esa necesidad de asistencia de terceras personas no es exclusiva de los inválidos, sino que, por desgracia, es experimentada también por la mayor parte de los jubilados, sin que el sistema haya establecido prestaciones al efecto. Existe "un patrón normativo diferenciado para activos y jubilados que elimina toda sospecha de manipulación legislativa artificiosa o selectiva en el interior de un grupo homogéneo, porque la identidad de situaciones y de fundamentos de la cobertura no existe de partida en modo alguno".

B) Interpretación de la ley conforme a la Constitución

La **STSJ de Cantabria de 13 de marzo de 2003,** I.L. J 1184, se ocupa del caso siguiente. Un matrimonio tenía a su cargo una hija que lo era de ambos cónyuges y una nieta que lo era sólo del marido pero sobre la que se había constituido a favor de los dos cónyuges un "acogimiento familiar permanente". Producida la muerte de la esposa, fue reco-

nocida al marido la pensión de viudedad y también la pensión de orfandad de la hija que lo era del matrimonio por filiación natural, mas no de la que lo había sido por "acogimiento familiar permanente" (nieta del cónyuge supérstite). La razón de la denegación de la pensión de orfandad para ésta era que por no tratarse de "acogimiento familiar preadoptivo", sino de mero "acogimiento familiar permanente", no se cumplían los requisitos del art. 175 de la LGSS. Pues bien, la sentencia que comentamos dice que procede el reconocimiento de la pensión de orfandad, pues el hecho de que el acogimiento no sea preadoptivo deriva de que ello es imposible al ser el adoptante ascendiente (abuelo) de la adoptada, y que de esa imposibilidad legal no pueden seguirse consecuencias discriminatorias en materia de derechos de orfandad. En otro caso, "el trato que se da a la menor en situación de acogida permanente con su abuelo y esposa (causante) es discriminatorio con el trato que recibe la hija de ambos, que sí tiene derecho a la pensión de orfandad, sobre la singularidad de que no puede estar la menor en situación de acogimiento permanente por quienes tienen a su favor reconocida esa declaración legal por impedírselo el art. 175.3.1 del CC, lo que pugna con las normas constitucionales invocadas, significativamente el art. 14 CE".

C) Prohibición de entrada del reglamento en las materias reservadas

En relación a un caso de cotización por jornadas reales en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, la **STS de 7 de mayo de 2003,** Sala Tercera, I.L. J 854, como otras precedentes, dice que las cuotas abonadas con base en lo que establece el art. 2 del RD 1134/1979, de 4 de mayo, son indebidas, y que procede su devolución, pues "el porcentaje o tipo sobre la base de cotización que establece el Real Decreto 1134/1979, de 4 de mayo, carece cobertura legal", toda vez que el mismo "no puede encontrar habilitación legal en el Real Decreto-Ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre Gestión de la Seguridad Social" y "el establecimiento de una cuota adicional a la base de cotización cae dentro del ámbito de la reserva material de ley dado lo dispuesto en el art. 31.3 de la Constitución". Igualmente, *vid.* **STS de 2 septiembre de 2003,** Sala Tercera, I.L. J 1457.

D) Supremacía de la Constitución sobre el convenio colectivo

En el caso de un convenio colectivo que establecía un complemento salarial consistente en una "paga por resultados", devengable en función del cumplimiento de ciertos objetivos generales en cuya consecución podía presumirse que podían participar sin distinción todos los trabajadores, pero que sólo se reconocía a favor del personal funcionario y el personal laboral fijo, quedando por tanto excluidos los trabajadores con contrato temporal, la **STSJ de Cataluña de 12 de mayo de 2003,** I.L. J 873, nos recuerda la doctrina general sobre el sometimiento de los convenios colectivos al principio constitucional de igualdad y no discriminación (cierto que no con todos los matices que esa compleja doctrina presenta). No hay diferencia en las tareas que desempeñan los laborales fijos y los laborales temporales que pueda estimarse significativa desde el punto de vista de su incidencia en el logro de los objetivos a los que se vincula la paga de resultados. Falta por lo tanto el fundamento objetivo y razonable que hace posible que el tratamiento diferenciado que establece el convenio colectivo no resulte contrario al principio de

igualdad establecido en el art. 14 de la CE. En el mismo sentido, *vid*. **STSJ de Cataluña de 27 de mayo de 2003,** I.L. J 885. La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 17 de enero de 2003,** I.L. J 1362, reputa también contraria al principio constitucional de igualdad y no discriminación una cláusula convencional que sólo reconoce el abono de una paga de productividad a los trabajadores fijos con seis meses de antigüedad en la empresa, excluyendo a los trabajadores temporales de la misma, con independencia de que rebasaran los seis meses de antigüedad.

Según la **STSJ de Aragón de 2 de junio de 2003,** I.L. J 1078, un convenio colectivo que establece determinadas reglas en materia de cobertura de vacantes por provisión interna que condicionan las expectativas de promoción profesional de los trabajadores no es contrario al derecho constitucional a la promoción en el trabajo al que se refiere el artículo 35.1 de la Constitución, y ello por tratarse de condicionamientos o limitaciones razonables y pertinentes. En efecto, en el caso de un convenio que establecía que la provisión interna de puestos vacantes tendría lugar por dos cauces, traslados y ascensos, siendo irrenunciables los puestos obtenidos tras la utilización de los mismos, de modo que si un trabajador concurría en ambos y ganaba la plaza en los dos tendría que quedarse con la que primero le hubiera sido adjudicada, sin derecho a optar por el segundo puesto si le resultara más favorable, la sentencia que nos ocupa resuelve que ello es perfectamente constitucional, pues en otro caso no podría saberse de antemano qué puestos pueden ofertarse a través de uno y otro cauce. En definitiva, la irrenunciabilidad que el convenio colectivo prescribe a propósito del destino adjudicado "no es contraria al derecho constitucional a la promoción en el trabajo, pues este derecho se desarrolla por el cauce marcado en reglas como la del convenio, que no impide esa promoción sino que la regula sin limitarla injustificadamente".

La **STSJ de Madrid de 17 de marzo de 2003,** I.L. J 1201, aborda el tema de si un convenio colectivo que circunscribía los cauces de progresión y promoción profesional en la empresa a los trabajadores "fijos de plantilla" vulnera los artículos 14 (principio de igualdad y no discriminación) y 35.1 (derecho a la promoción profesional) de la Constitución, en la medida en la que se interprete que quedan privados de posibilidades de promoción profesional los trabajadores simplemente "indefinidos". Resuelve la misma que no, toda vez que los conceptos de laboral "indefinido" y "fijo de plantilla" constituyen, particularmente a partir de la jurisprudencia que abre la STS de 7 de octubre de 1996 y consolida la de 20 de enero de 1998, estatutos jurídicos diferenciados, lo que hace posible que el convenio establezca diferencias de tratamiento jurídico sin que ello comporte vulneración de los arts. 14 y 35.1 de la Constitución. No empece a ello el que la vinculación de los derechos de promoción profesional en exclusiva a los "fijos de plantilla" provenga de un convenio colectivo elaborado antes de la consolidación de la jurisprudencia que institucionaliza la diferenciación entre trabajadores "fijos de plantilla" e "indefinidos". Ahora bien, la sentencia precisa que –aunque se trate de una previsión no aplicable al caso por no hallarse vigente en el momento en que se suscitó la contienda que se resuelve– "sin duda habrá de incidir de forma radical (en el tema) el nuevo artículo 15.6 del TRET introducido por RD-Ley 5/2001, de 2 de marzo", relativo a la no

consideración del carácter temporal del vínculo laboral más que a efectos exclusivamente relacionados con la extinción de la relación de trabajo.

La **SAN de 9 de abril de 2003,** I.L. J 1351, resuelve que un convenio colectivo no puede condicionar la regulación que establece en materia de traslados (no se cuestiona si esa regulación es o no conforme al art. 40 del Estatuto de los Trabajadores) en función del número de centros de trabajo que tenga la empresa a la que afecte, concretamente haciendo depender la aplicación de las reglas convencionales de que las empresas tengan –o carezcan de– 30 o más centros de trabajo. Después de recordarnos la doctrina sobre el principio de igualdad y no discriminación, la sentencia dice que la previsión del convenio colectivo citado contraviene el art. 14 de la Constitución, al carecer de justificación objetiva y razonable. Según la resolución comentada, no hay prueba alguna de que las empresas, a partir de 30 centros de trabajo, tengan más "facilidades de acoplamiento" en la dinámica de los traslados, debiendo tenerse en cuenta además que "las medidas adoptadas en el convenio mediatizan la organización de las empresas que más necesitan flexibilización, vulnerando con ello el artículo 38 de la Constitución Española, sometiéndolas a una desigualdad no justificada (...), sobre todo si se piensa en aquellas cercanas a treinta centros de trabajo, que resultarían, sin causa que lo justifique, beneficiadas ante las dificultades que se presentan en situaciones semejantes, por no decir iguales, en el mercado (...) para las de treinta o más" centros de trabajo.

La **STSJ de Madrid de 29 de abril de 2003,** I.L. J 1415, determina que el convenio colectivo, en concreto se trataba del caso del Convenio Colectivo Único para el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, no está capacitado para establecer edades forzosas de jubilación. Aunque la argumentación no se circunscribe exclusivamente al plano de la comparación de la previsión convencional que establece la jubilación forzosa a una determinada edad en el citado ámbito con lo que dispone la norma constitucional, pues la sentencia confronta aquella previsión también con lo que establece la normativa comunitaria (arts. 2 y 6 de la Directiva 2000/78/CEE, de 27 de noviembre, sobre establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación) y legal (arts. 12.6 y 17 del Estatuto de los Trabajadores), e incluso con lo que esta última ha dejado de decir (derogación de la Disposición Adicional Décima del ET), lo cierto es que los principales argumentos que se utiliza contra la posibilidad de que el convenio colectivo pueda establecer edades obligatorias de jubilación operan en el marco de dos importantes derechos constitucionales: el derecho a la igualdad y no discriminación (art. 14) y el derecho al trabajo (art. 35.1). Viene a decir la sentencia que, si bien es cierto que estos derechos constitucionales no son absolutos, pues admiten modulación en función de la presencia de otros derechos o circunstancias concurrentes (*v.gr.*, el derecho a trabajar visto desde un punto de vista colectivo, no individual), no existen en el momento actual –y ello es claro a la luz de las últimas evoluciones de la legislación social, partidaria más que nada de retrasar la edad de jubilación– circunstancias que puedan justificar el establecimiento de edades obligatorias de jubilación a través de la negociación colectiva.

La **STS de 9 de octubre de 2003,** I.L. J 1493, se pronuncia sobre la difícil cuestión de si las partes negociadoras de un convenio colectivo tienen libertad para delimitar su ámbi-

to funcional y excluir del mismo a determinados grupos o colectivos de trabajadores. En concreto, el tema planteado era el de si el convenio colectivo del personal laboral de una Comunidad Autónoma podía excluir de su ámbito de aplicación a los profesores que impartían clases de religión católica en la misma. Pues bien, después de recordarnos que los sujetos negociadores de un convenio colectivo no gozan desde luego de libertad absoluta para delimitar su ámbito de aplicación, siquiera sea porque –entre otros– el principio de igualdad y no discriminación constituye un importante temperamento al respecto, dice la sentencia que sí disfrutan los negociadores de una relativa libertad para diseñar el ámbito del convenio, al no ser el principio de igualdad y no discriminación un valor absoluto que impida el establecimiento de tratamientos diferenciados a través de la autonomía colectiva. Con base en estas razones, considerando que el de los profesores de religión católica es un colectivo de trabajadores cuyas "singulares características" (*v.gr.*, normativa reguladora, procedimiento de selección, carácter fiduciario de la relación, duración del contrato, etc.) "determinan una objetiva y razonable diferencia" frente al resto de trabajadores asalariados de la Administración, teniendo en cuenta además que no se trata de un conjunto de trabajadores particularmente débiles, como demuestra el hecho de su vertebración sindical, la sentencia resuelve que ningún problema de constitucionalidad comporta la exclusión del "colectivo de profesores de religión de la aplicación del convenio".

La **STS de 17 de junio de 2003,** I.L. J 1526, establece que un convenio colectivo puede condicionar el reconocimiento de ciertas facilidades o beneficios sindicales que establece en función de que el destinatario de los mismos acredite la condición de sindicato más representativo conforme a las reglas legales de la representatividad, sin que pueda afirmarse que ello constituye vulneración del principio de igualdad y no discriminación ni del derecho de libertad sindical. Según la sentencia, "la concesión de determinadas facilidades o beneficios para los sindicatos que tengan la condición de más representativos, ni infringe *per se* la igualdad sindical, ni implica trato desigual, ni violación de los derechos y garantías que se atribuyen legalmente al resto de sindicatos". "Los sindicatos que no ostentan el carácter de más representativos –continúa– no quedan privados de la posibilidad de ejercer una acción sindical y eficaz, y lo que ocurre es que para ser acreedor de otros beneficios y derechos se requiere ser sindicato con una especial audiencia". Citando al Tribunal Constitucional, la sentencia termina diciendo que "la promoción del hecho sindical y la eficaz y efectiva defensa y promoción del los derechos de los trabajadores pueden malograrse por una excesiva atomización sindical, y resulta evidente que el concepto de mayor representatividad, así como el de mayor implantación, son criterios objetivos y por tanto constitucionalmente válidos".

E) Fuentes del derecho, fuentes de las obligaciones y principio constitucional de igualdad y no discriminación

La **STSJ de Madrid de 4 de febrero de 2003,** I.L. J 1168, dictada en relación a un caso de falta de abono por una empresa a una trabajadora de determinado complemento retributivo, presenta interés por una doble razón. De un lado, por el repaso que efectúa sobre las vertientes y el distinto efecto vinculante que despliega el principio constitucional de

igualdad y no discriminación en función del tipo de "acto normativo" de que se trate (legislación, negociación colectiva o jurisdicción) y de la circunstancia a propósito de la que se haya establecido el trato diferenciado (sexo, familiaridad, etc.) De otra parte, por reflejar la virtualidad que el principio constitucional de referencia tiene en el ámbito de la autonomía de la voluntad, y particularmente sobre el poder directivo y organizativo del empresario, mucho más limitada, desde luego, que cuando el citado principio opera en relación a las fuentes del derecho. A estos efectos, la sentencia resuelve que "el simple hecho de retribuciones salariales distintas entre trabajadores de la misma empresa queda perfectamente justificado como resultado de la eficacia del principio de autonomía de la voluntad" que deja "un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización puede libremente disponer la retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales, decisión empresarial que únicamente tiene el límite de que la diferencia salarial posea sentido discriminatorio (...); mientras la empresa respete al (trabajador) cuanto le corresponde a tenor de normas legales y convencionales, tiene plena libertad para conceder una retribución favorable a quienes, por el concepto que fuere, crea lo merecen, salvo que lo hiciere infringiendo el art. 14 CE". Análogamente, *vid*. la **STS de 22 de septiembre de 2003,** I.L. J 1454, y también la **STS de 17 de septiembre de 2003,** I.L. J 1539.

En relación a un caso en el que en función de la interpretación que la Comisión Paritaria había hecho del convenio colectivo aplicable se había determinado la exclusión del ámbito del mismo (la Diputación Provincial de Badajoz) a determinado colectivo de trabajadores (los contratados para proyectos, dentro de los que se incluían los afectados, que eran los trabajadores de las escuelas-taller), la **STSJ de Extremadura de 21 de abril de 2003,** I.L. J 1232, resuelve que ello no constituye vulneración del principio constitucional de igualdad y no discriminación, no sólo por tratarse de una diferenciación que no responde a ninguna de las causas expresamente prohibidas por el ordenamiento, sino también porque existe justificación objetiva y razonable para el tratamiento diferenciado. La sentencia es de interés por una doble razón. De una parte, por tratarse de un caso en el que el tratamiento diferenciado procedía de la decisión de una Comisión Paritaria. De otra parte, por constituir un supuesto que ofrece una buena síntesis de la doctrina judicial elaborada en relación a los efectos del principio de igualdad y no discriminación en el ámbito laboral.

3. SUPREMACÍA DE LA LEY EN EL ORDENAMIENTO SOCIAL

A) Sometimiento del reglamento a la ley

Resuelve la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 30 de junio de 2003,** I.L. J 1104 –en relación al problema de las cotizaciones sociales de los sacerdotes y religiosos secularizados por el tiempo en el que estuvieron ejerciendo su ministerio o religión–, que los RRDD 487/1998, de 27 de marzo, y 2665/1998, de 11 de diciembre, no vulneran la Disposición Adicional Décima de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, cuando establecen la necesidad de constitución de un capital coste por el tiempo en que los sacerdotes y religiosos secularizados estuvieron ejerciendo su ministerio. No existe conculcación del

principio de jerarquía normativa, ya que la citada Disposición Adicional Décima de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, "no puede autorizar interpretación que lleve a la conclusión de que la única autorización al Gobierno lo era para acordar, sin más, el cómputo como cotizado del tiempo en que los beneficiarios de la disposición ejercieron su ministerio o religión, pues en tal caso la ley así lo habría dispuesto sin necesidad de encomendar a la potestad reglamentaria del Gobierno el desarrollo normativo". Antes al contrario, la disposición de referencia "dejó en manos del Gobierno la determinación de la amplitud del beneficio, sin más limitación que la de haber de computar el tiempo de ejercicio de su ministerio o religión". Consecuentemente, era legal la obligación reglamentaria de constituir el capital coste, máxime considerando que los términos en los que se regulaba esa obligación "conllevaron una carga de financiación con cargo a la Tesorería General de la Seguridad Social que sin duda no cabe calificar de beneficio meramente ilusorio para el grupo de personas afectadas por el reconocimiento". No hay por tanto vulneración de la ley, sino desarrollo y realización de las posibilidades que ella reconoce.

B) Subordinación del convenio colectivo a la ley

Como es de sobra conocido, el convenio colectivo está sometido jerárquicamente a la ley, lo que significa que no puede modificar el contenido de la misma en perjuicio del trabajador, ni en ningún caso, incluso en la hipótesis de que ello beneficiara al mismo, alterar las reglas legales que presenten el carácter de mínimas o de derecho necesario (art. 3.3 del ET). Entre esas reglas se encuentran aquéllas por las que se define la "mayor representatividad" de los sindicatos, contenidas en los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical. No cabe por ello que un convenio colectivo restrinja las facultades que un sindicato que tiene la condición de más representativo a nivel de Comunidad Autónoma disfruta en los términos que reconoce la citada Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto. A propósito de un caso en el que un convenio colectivo circunscribía ciertos derechos de información y divulgación de información sindical que reconocía sólo a los sindicatos más representativos de ámbito estatal, excluyendo a los que sólo lo eran de Comunidad Autónoma (lo que determinaba –nótese– el no reconocimiento de los citados derechos a estos sindicatos en el ámbito autonómico en el que sí eran más representativos), la **SAN de 6 de marzo de 2003,** I.L. J 1346, resuelve que "todo sindicato más representativo tiene, en su ámbito específico, el mismo estatus jurídico legal y por tanto es ilegal distinguir estatus que la ley ha declarado iguales". Según la sentencia, "por su propia naturaleza afectante al contenido mínimo de la libertad sindical (...) esta voluntad de la ley no es disponible (...) por una norma como el convenio colectivo estatutario sujeto al principio de jerarquía normativa".

La **STSJ de Madrid de 4 de abril de 2003,** I.L. J 1391, establece que un convenio colectivo no puede condicionar el reconocimiento de los derechos de antigüedad a los trabajadores en función del tipo de modalidad contractual por la que se encuentren vinculados con la empresa, y particularmente por el hecho de tratarse de trabajadores temporales. Ello entra en contradicción con el artículo 15.6 del Estatuto de los Trabajadores, que tras la Ley

12/2001, de 9 de julio, determina con toda claridad que "los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato", de modo que "cuando un determinado derecho o condición de trabajo esté 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". En el mismo sentido, precisando que el art. 15.6 del Estatuto de los Trabajadores es "una norma de derecho necesario, cuya regulación se sobrepone a lo que al respecto puedan disponer los convenios colectivos, anteriores y posteriores", *vid.* **STSJ de Madrid de 4 de abril de 2003,** I.L. J 1392.

La **STS de 23 de julio de 2003,** I.L. J 1440, se ocupa del caso de un convenio colectivo estatutario de ámbito autonómico que establecía unas reglas de representatividad y legitimación que habrían de ser observadas por los convenios colectivos estatutarios de ámbito nacional que se aprobaran posteriormente, una vez que el convenio autonómico hubiera perdido su vigencia. Según la sentencia, las reglas que incorpora el convenio autonómico carecen de validez por vulnerar normas legales imperativas. Sin entrar en la cuestión de si las citadas reglas convencionales constituyen vulneración de las reglas legales –de derecho necesario, y no disponibles para la autonomía colectiva– de representatividad y legitimación (arts. 6 y 7 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y arts. 87 y 88 del Estatuto de los Trabajadores), establece la resolución que nos ocupa que, en cualquier caso, las mismas vulneran la regla de limitación de la validez y la fuerza vinculante de los convenios colectivos al ámbito que les es propio. Si se admitiera que un convenio autonómico pudiera establecer reglas que condicionaran la negociación y el contenido del convenio posterior de ámbito nacional que pudiera ser elaborado en sustitución del anterior (es decir, el autonómico), ello sería tanto como reconocer a un convenio colectivo capacidad para desplegar efectos en un ámbito –tanto temporal como espacial– distinto del que le corresponde. Tal hipótesis sería contraria a la regla que incorpora el artículo 83.2 y 3 del Estatuto de los Trabajadores, según el cual un convenio sólo puede tener efectividad y vigor en su propio ámbito de aplicación.

4. EL CONVENIO COLECTIVO COMO FUENTE DEL DERECHO DEL TRABAJO

A) Determinación del convenio colectivo aplicable

A propósito de un caso en que se suscita el problema de la aplicabilidad de un convenio colectivo a un trabajador que ha sido contratado con una categoría profesional que no figura expresamente en el mismo (pero que sí figuraba en la norma sectorial que lo precedió), la **STSJ de Aragón de 12 de mayo de 2003,** I.L. J 836, resuelve que, a falta de elaboración del cuadro de correspondencias pertinente, el trabajador debe entenderse incardinado en la categoría del nuevo convenio que más equivalencia material ofrezca con las tareas efectivamente desempeñadas por el mismo en virtud de la categoría con la que nominalmente se le haya contratado, pues "lo contrario sería consagrar una exclusión arbitraria, ajena y contraria al ámbito de libertad negocial establecido en el art. 83 del

ET". En todo caso, por lo que aquí interesa, importa más poner de relieve que la citada sentencia declara también que "la adscripción de un trabajador en una empresa a una determinada tarea no afecta a la aplicación del convenio aplicable según la actividad de la empresa", pues debe primar el "principio de unidad de empresa", de modo que "en los casos en que por la especificidad de la entidad de la empresa puedan aplicarse varios convenios es preciso que falte materialmente la homogeneidad productiva o la existencia de algún tipo de trabajo predominante, o se carezca de sustrato esencial que permita la actuación del referido principio de unidad de empresa" para que pueda darse aplicación simultánea a varios convenios, es decir, "para que en una empresa se puedan aplicar más de un convenio colectivo es necesario que la propia estructura empresarial tenga componentes productivos autónomos y que se dediquen a actividades tan dispares que no puedan ofrecer un punto común de encuentro".

B) Sucesión de convenios colectivos: efectos y límites

En relación a un caso en el que un trabajador había sido contratado por la Administración Pública española para prestar servicios en el extranjero, de modo que, conforme disponía el convenio colectivo entonces aplicable, la relación de trabajo se entendía concertada fuera o al margen del mismo, la **STSJ de Madrid de 28 de marzo de 2003,** I.L. J 1210, resuelve que la posterior entrada en vigor de otro convenio, el Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Administración del Estado (BOE de 1 de diciembre de 1998), aun cuando sustituya y derogue al convenio anterior, no determina la aplicación del nuevo convenio a la relación de trabajo. Si bien no puede decirse que estemos literalmente en el caso de un "contrato suscrito expresamente fuera de convenio", como exige el Convenio Único para que ciertas relaciones queden fuera de su ámbito de aplicación, ello es porque en el momento en el que se concertó el contrato ello era innecesario, al ser tal efecto consecuencia de lo que disponía explícitamente el convenio colectivo entonces vigente. Es por tanto como si estuviéramos en el caso de la exclusión a la que se refiere el Convenio Colectivo Único. A mayor abundamiento, no debe olvidarse que si bien es cierto que el convenio posterior deroga al anterior, el principio de irretroactividad determina que "si la contratación se llevó a cabo con anterioridad a la vigencia del Convenio Único, el contrato de trabajo quedó configurado con las condiciones y elementos que imponía la normativa convencional anterior", sin que sea suficiente que "el convenio posterior establezca una nueva regulación para que se aplique forzosamente a situaciones o derechos reconocidos con anterioridad, siendo necesario para ello que así lo ordene expresamente o se deduzca inequívocamente de la nueva norma".

La **STSJ de Asturias de 4 de abril de 2003,** I.L. J 1215, se ocupa de un caso en el que un Acuerdo Marco [que "en realidad (...) es más bien un acuerdo sobre materias concretas"] que establece un conjunto de reglas en materia salarial (comunes para personal laboral y funcionario) es luego sucedido por un convenio colectivo (sólo para personal laboral) que establece una regulación de las condiciones salariales para el personal laboral que opera *ex tunc*, superponiéndose a todo el período de vigencia del acuerdo sobre materias concretas anterior. Según ella, el efecto derogatorio y retroactivo del nuevo con-

venio sobre el acuerdo anterior en materia salarial es lícito, toda vez que el convenio posterior, que deroga al anterior en su integridad salvo en los aspectos que expresamente se mantengan, "constituye un todo único e indivisible y como tal será objeto de consideración conjunta", de modo que "las condiciones económicas y de toda índole sustituirán, absorberán y compensarán en cómputo anual y global las existentes a la entrada en vigor del mismo, cualquiera que sea su naturaleza, origen o denominación".

De suma importancia es la **STS de 16 de julio de 2003,** I.L. J 1443. Se suscita en la misma la trascendente cuestión de cómo opera la sucesión de convenios colectivos respecto de las cláusulas en cuya virtud se establecen mejoras voluntarias en materia de Seguridad Social. En un supuesto en el que unos trabajadores jubilados venían disfrutando de unas mejoras en sus pensiones con base en el compromiso adoptado por la empresa en virtud de convenio (se trataba por tanto, no de la expectativa de un derecho que pudieran tener los trabajadores en activo, sino de un derecho causado y que había venido siendo disfrutado, toda vez que los trabajadores habían perdido esa condición y asumido la de pensionistas), la sentencia dispone que la aprobación de un convenio posterior puede determinar la reducción o supresión de las citadas ventajas. En apoyo de esa solución, argumenta la misma que actualmente no hay garantía de irregresividad en el ordenamiento social, de modo que un convenio posterior puede disponer plenamente de la regulación dada por otro anterior (art. 82.4 del ET). Según la sentencia, ningún obstáculo opone a esa interpretación el art. 192 de la LGSS cuando determina que "cuando el trabajador haya causado –como sucedió en el caso– el derecho a la mejora de una prestación periódica, ese derecho no podrá ser anulado o disminuido, si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento". La razón por la que se entiende que esta previsión no comporta obstáculo alguno es por asumirse que la remisión que la misma hace a lo que dispongan las normas que regulan el reconocimiento de la mejora voluntaria permite entender que el convenio posterior que sustituye al anterior puede disponer de la mejora correspondiente. La sentencia tiene voto particular. Según el mismo, no puede admitirse sin más la plena sustitución del convenio anterior por el posterior en relación a los derechos causados durante la vigencia del primero que comportan el cumplimiento de obligaciones de pago periódico. La interpretación defendida en el fallo –dice el voto discrepante– no sólo es contraria al citado art. 192 de la LGSS, y a la misma idea de obligación "vitalicia", sino que plantea la cuestión de hasta qué punto el derecho generado y disfrutado por un pensionista en virtud de convenio puede ser luego revocado por un convenio posterior negociado por interlocutores que no son representativos del pensionista, en la medida en la que el sindicato estará representando a los trabajadores en activo y no a los pasivos, máxime considerando que los intereses de activos y pasivos pueden contraponerse. En el mismo sentido (del fallo), *vid*. **STS de 18 de julio de 2003,** I.L. J 1528.

La **STS de 25 de septiembre de 2003,** I.L. J 1451, en relación a un supuesto en el que se planteaba un problema de sucesión de convenios colectivos, extraestatutarios y estatutarios, resuelve que nada obsta a la sustitución de un convenio extraestatutario por otro posterior de la misma naturaleza, siempre que haya sido "negociado por las mismas partes legitimadas que habían suscrito el primero". Sucede así por cuanto que no nos encontramos ante "pactos permanentes e inmutables, sino susceptibles de anulación o

modificación en cualquier momento por quienes tuvieran legitimación para ello, sin quedar bloqueados frente a posteriores convenios y, con menor fundamento, frente –incluso– a los convenios colectivos estatutarios".

C) Convenio estatutario y convenio extraestatutario posterior: inexistencia de concurrencia afectante

Rige en nuestro sistema convencional laboral la prohibición de concurrencia de convenios colectivos. En efecto, con las salvedades conocidas, el art. 84 del ET dispone que "un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto". No precisa sin embargo la citada norma de qué tipo de convenios está hablando, si sólo de los estatutarios o si también de los extraestatutarios (aunque parece más lógico pensar que está hablando únicamente de los primeros, pues sólo de los requisitos y de la regulación de tales convenios se ocupan los arts. 82 y siguientes del ET). En la **SAN de 25 de abril de 2003,** I.L. J 1352, se plantea precisamente la cuestión de si la regulación de ciertas condiciones de trabajo a través de un convenio colectivo extraestatutario en un ámbito en el que ya existía un convenio estatutario anterior resulta imposible por constituir un caso de concurrencia afectante y estar por ello prohibida por el art. 84 del ET. La sentencia resuelve que ningún problema hay en aplicar simultáneamente ambos convenios, toda vez que no estamos ante un supuesto de concurrencia afectante al que resulte de aplicación la prohibición del art. 84 del ET. Esta previsión se aplica sólo "a los convenios colectivos de naturaleza estatutaria". La articulación entre un convenio colectivo estatutario anterior y uno extraestatutario posterior debe darse, no en los términos del art. 3.3 del ET (concurrencia de normas), sino en los del art. 3.1.c) del mismo cuerpo legal (norma y contrato), al ser los convenios extraestatutarios meros contratos.

D) Extensión del convenio colectivo

La **STS de 28 de mayo de 2003,** Sala Tercera, I.L. J 859, aborda el tema de los presupuestos de la validez del acto administrativo de extensión de los convenios colectivos, y concretamente el relativo a la exigencia de que el convenio colectivo que se extiende esté en vigor en el momento en el que tenga lugar el acto de extensión del mismo, según exige el art. 92.2 del Estatuto de los Trabajadores (y el art. 1 del RD 572/1982, de 5 de marzo). En un supuesto en el que la resolución administrativa de extensión había sido dictada estando vigente el convenio colectivo, pero concurriendo la circunstancia de que el mismo había sido previamente impugnado en el orden social, de modo que la legalidad del mismo estaba *sub iudice* cuando tuvo lugar la resolución de extensión, y en el que esta resolución había sido a su vez objeto de impugnación por vía contencioso-administrativa, la sentencia que nos ocupa resuelve que, habiendo recaído sentencia anulatoria del convenio en el proceso laboral después de haber tenido lugar el acto de extensión pero antes de recaer la sentencia contencioso-administrativa que debe pronunciarse sobre la legalidad del acto de extensión, esta sentencia (la contencioso-administrativa) debe resolver que la extensión es nula, ya que, según ha establecido una sentencia firme

del orden social, falta un presupuesto legal imprescindible: la vigencia del convenio a extender. Como dice la sentencia, "declarada la nulidad del convenio colectivo (a extender) y consiguientemente anulada su vigencia por sentencia firme de la Jurisdicción Laboral, es obvio que el efecto prejudicial positivo de dicha sentencia ha de acarrear la ineficacia de la resolución de extensión".

E) Remisión convencional a las instrucciones generales de la empresa

Un convenio colectivo había regulado el orden de los ceses de los trabajadores que cubrían interinidades por vacante en casos de ocupación masiva o colectiva de las plazas por sus titulares definitivos remitiendo a lo que establecían las instrucciones generales que hubiera elaborado la empresa (se trataba del INSALUD) para resolver ese tipo de situaciones. La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 24 de junio de 2003,** I.L. J 1108, establece que ello es lícito, de modo que la aprobación de unas nuevas instrucciones generales puede determinar la modificación de los criterios que deben tenerse en cuenta para decidir qué trabajadores interinos se quedan y quiénes deben irse de la empresa cuando las plazas son adjudicadas de manera colectiva a sus titulares definitivos. La aplicación de los criterios que establecen las instrucciones generales primeramente aprobadas valen en virtud de la remisión operada por el convenio colectivo y en tanto que no se aprueben unas nuevas instrucciones.

5. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL ORDENAMIENTO SOCIAL

A) Límites de las condiciones individuales más favorables

Como es sabido, la legislación laboral se muestra en principio a favor de que los acuerdos individuales suscritos entre empresarios y trabajadores que determinen un mejoramiento de los derechos de éstos según aparecen reconocidos en las normas del Estado y en los convenios colectivos se apliquen preferentemente, desplazando a estas normas [art. 3.1.c) del ET]. En efecto, el principal límite a la regulación individual de las condiciones de trabajo es el perjuicio de los derechos del trabajador, no de la empresa. Pues bien, la **STSJ de Madrid de 4 de febrero de 2003,** I.L. J 1169, se ocupa de un caso en el que se tutela el interés de la empresa con preferencia al del trabajador. Se trataba de un supuesto en el que cierto colegio profesional, por razones espurias que no hace falta precisar (baste con decir simplemente que con ocasión de las elecciones a sus órganos internos), había engordado de manera sustanciosa (un 60 por ciento) las retribuciones de uno de sus empleados, sin existencia de causa objetiva que pudiera justificarlo. Pues bien, aunque es evidente que semejante pacto constituye una evidente mejora para el trabajador, la sentencia dice que el mismo no es válido. En primer lugar, no cabe olvidar que los colegios profesionales, por el carácter materialmente administrativo de su objeto y actividad, están sometidos al "ámbito de los actos de administración", sin que quepa que las decisiones de gasto se tomen de manera arbitraria y sin causa. En segundo lugar, debe notarse que el citado acuerdo individual atenta contra el art. 17 ET, al derivarse del mismo un incremento salarial "desproporcionado, infundado, inusual, atípico y discriminatorio para los trabajadores".

B) Valor liberatorio del finiquito

La **STSJ de Cataluña de 8 de mayo de 2003,** I.L. J 868, se pronuncia sobre el controvertido tema del valor liberatorio del finiquito. No cuestionando la misma de plano la validez de esa figura, sí se encarga de precisar que lo que en ningún caso cabe es la firma del mismo antes de que tenga lugar la verdadera extinción de la relación de trabajo, toda vez que ello constituye una renuncia anticipada de derechos indisponibles, lo que vulnera con toda claridad el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores. No cabe abandonar las facultades de impugnación del despido "en fecha de 29 de junio de 2002 cuando la extinción de la relación laboral no se produce hasta el 16 de julio siguiente", pues ello pone de manifiesto "una disposición del derecho a accionar frente a la extinción laboral cuando el mismo efectivamente (...) todavía y obviamente no podía ser ejercido; estaríamos aceptando, para el caso de reconocer la eficacia de dicha declaración, una renuncia de derechos reconocidos, en este caso, incluso en sede constitucional (*ex* art. 24 CE) (...)". Así pues, se rechaza, en definitiva, que el finiquito "pueda formularse en momento anterior al de la propia extinción de la relación laboral", pues "sólo en dicho momento puede el trabajador valorar el preciso sentido y significación de dicha declaración".

La **STSJ de Madrid de 10 de febrero de 2003,** I.L. J 973, reconoce la eficacia liberatoria del finiquito "no solamente respecto a las cantidades entregadas, sino también en cuanto al hecho de la extinción (del contrato)" en un supuesto en el que se saldaba una relación de trabajo por desistimiento del empresario durante el período de prueba. Se trata de una sentencia de interés porque concurría en el caso la circunstancia particular de que el pacto de período de prueba no se había hecho constar por escrito, tal y como exige, como requisito de validez, el art. 14 del Estatuto de los Trabajadores. Tras recordarnos algunos de los casos en los que la doctrina de los tribunales suele negar la eficacia liberatoria del finiquito ("finiquitos tras contratos temporales fraudulentos, o firmados entre contrato y contrato que se suceden en una cadena, o suscritos a la terminación de períodos de trabajo fijo discontinuo", etc.), la sentencia resuelve que "por lo que se refiere a los finiquitos firmados a la conclusión de un contrato por no superación del período de prueba", si bien "se ha declarado su ineficacia cuando tal período era inexistente, por haber sido rebasada su duración o por no haberse pactado por escrito", ello no afecta a la eficacia del finiquito suscrito en el caso, toda vez que ha quedado probado que la falta de documentación por escrito del período de prueba se debe a la negativa del trabajador, sin que conste justificación alguna para esa conducta. Como dice la sentencia, "la conducta del trabajador que injustificadamente se niega a firmar el contrato no puede enervar la eficacia del período de prueba, ya que de otro modo se estaría dando validez a un comportamiento ilícito que es el que impide que el período de prueba alcance la forma escrita que exige el art. 14 del ET". Por todo ello el finiquito es lícito, pues, además, "no ofrece duda por su propio contenido que demuestra la voluntad de extinguir la relación sin que quedara nada por reclamar y sin que pueda apreciarse vicio alguno de voluntad ni renuncia de derechos".

C) Extinción por mutuo acuerdo: límites "internos"

Según es de sobra conocido, la autonomía privada se encuentra en el ámbito de la relación de trabajo mucho más constreñida que cuando se trata de otro tipo de contratos privados, civiles o mercantiles. Se sabe también que el grueso o principal de esas limitaciones son de carácter "externo", en el sentido de proceder de realidades distintas al contrato de trabajo, es decir, de ámbitos que no son el contrato de trabajo mismo, ni deben confundirse con él (*v.gr.*, el interés público en el objetivo de la protección efectiva del trabajador asalariado). Ahora bien, la licitud del contrato depende también, inevitablemente, de que el mismo no exceda o rebase ciertos límites "internos" del mismo, derivados de los parámetros que sirven para su conceptuación jurídica como unidad o entidad separada. Algunos de esos límites conectan con la necesidad de que el consentimiento prestado por las partes sea genuino, esto es, no viciado.

De un tema así se ocupa la **STSJ de Valencia de 29 de enero de 2003,** I.L. J 1318. En el caso de una trabajadora que había firmado una baja voluntaria y el finiquito correspondiente en la empresa, como consecuencia de una negociación consecuente a un flagrante incumplimiento por la misma de sus deberes de buena fe (presumiblemente causa lícita de despido), y donde la misma alegaba ansiedad y estrés (había padecido previamente una situación de baja por "síndrome vertiginoso"), la citada sentencia estima que ello no puede estimarse constitutivo de error, intimidación ni violencia. Al decir de la sentencia, el estado anímico de la trabajadora "no podemos tomarlo como expresión de una ausencia de voluntad para suscribir los documentos que condujeron a la suscripción del contrato de renuncia, pues nada hay que indique su presencia ni el vicio de la voluntad consecuente (...); no consta que la enfermedad de la actora, consistente en un síndrome vertiginoso, merme sus facultades, físicas ni psíquicas, ni le impida valorar las consecuencias de sus acciones (...); no cabe otra conclusión que la de entender que la baja fue voluntaria y que la trabajadora se arrepintió posteriormente de ella, situación que no es valorable a efectos de calificar si la firma se produjo libremente, pues una vez formalizada la renuncia sólo ambas partes, de común acuerdo, podían haber rehabilitado la relación".

En el mismo sentido, la **STSJ de Madrid de 7 de abril de 2003,** I.L. J 1393, en relación al caso de una trabajadora que había firmado la baja voluntaria en su contrato de trabajo al haber manifestado la empresa su intención de presentar una denuncia penal contra ella por sustraer y consentir la sustracción de bienes en el supermercado en el que trabajaba si no se avenía a abandonar voluntariamente el puesto ocupado, resuelve que no nos encontramos ante un supuesto de intimidación que invalide el compromiso (es decir la baja) suscrito por la trabajadora con la empresa. Según la sentencia "no existe intimidación alguna en esta conducta, ya que la intención de la empresa de cursar una denuncia penal (...) es perfectamente lícita, pues constituye el ejercicio de un derecho sin nota alguna de abuso y sin propósito de causar daño a la demandante, pues si sigue prestando servicios –en ningún momento se ha hablado de despido– es lógico que la empresa quiera depurar la conducta de la trabajadora para contrastar su culpabilidad o inocencia, para lo cual necesariamente tiene que incluirla en la denuncia de los hechos", siendo ante ello "explicable que la actora, que tenía un contrato temporal al que le quedaban

dos meses escasos de vigencia, prefiriese no verse involucrada en actuaciones penales, con lo cual la situación de causar baja y no ser denunciada aparece como satisfactoria para ambas partes, sin asomo de intimidación alguna que pudiese torcer la voluntad de la trabajadora ni de circunstancias concurrentes que pudiesen hacer pensar en esa posibilidad". "La demandante –continúa la sentencia– pudo perfectamente arrostrar la denuncia convencida de su inocencia y no firmar el documento de baja, pero una vez firmado sin que la empresa haya incurrido en conducta ilícita o abusiva, y cumplido por su parte el compromiso contraído de no denunciar a la actora, sí podría considerarse abusivo el demandar por despido desdiciéndose de la voluntad manifestada".

D) Condición más beneficiosa: conceptuación y requisitos

La **STSJ de Andalucía (Granada) de 27 de mayo de 2003,** I.L. J 852, se pronuncia sobre el recurrente tema de la condición más beneficiosa y su diferencia con las prácticas consistentes en ventajas meramente toleradas por la empresa. Después de recordarnos la doctrina general en la materia (la condición más beneficiosa exige que quede acreditada la voluntad empresarial de conceder la ventaja de modo irrevocable, de modo que tenga lugar su incorporación al nexo contractual, sin que baste a tal efecto una conducta empresarial de mera tolerancia, incluso aunque se extienda bastante en el tiempo), la misma se pronuncia negativamente sobre la existencia de condición más beneficiosa en un caso en el que concurrían las circunstancias siguientes: 1) la ventaja consistía en computar como trabajados los seis minutos existentes para el cambio de turno en el centro de trabajo; 2) la ventaja había sido reconocida inicialmente por acuerdo de la Comisión Paritaria para tener vigencia sólo en el año 1997; 3) la ventaja fue disfrutada, sin embargo, de hecho durante cuatro años más (hasta fines de 2001); 4) los sucesivos convenios colectivos que fueron suscritos en ese tiempo no hicieron mención en ningún caso a la ventaja citada. Después de reconocer que la ventaja no puede serle imputada al acuerdo de la Comisión Paritaria entre los años 1998 a 2001 (lo que habría determinado sin más la inexistencia de condición más beneficiosa, por el origen colectivo de la ventaja en ese caso) la sentencia resuelve, con cierto déficit argumentativo, que sigue sin tratarse de una condición más beneficiosa porque "su mantenimiento sólo dependía de una decisión empresarial".

La **STSJ de Cataluña de 5 de mayo de 2003,** I.L. J 862, aborda de nuevo el tema de la condición más beneficiosa. Se trata de una resolución de interés, y no por recordarnos la doctrina general sobre la condición más beneficiosa y su diferencia con las prácticas meramente toleradas o consentidas por la empresa (la condición más beneficiosa requiere de la existencia de una voluntad empresarial de atribuir una ventaja a los trabajadores irrevocablemente, sin que la duración de una situación de favor pueda, a veces siendo larga, determinar por sí misma el nacimiento de aquélla, etc.) La razón del interés de esta resolución deriva de la regla que se establece en relación a las ventajas que pueden disfrutar ciertos colectivos de trabajadores con especial cualificación en virtud de los acuerdos que pueden suscribir entre ellos en función de su mayor grado de autonomía organizativa y que son conocidos y tolerados por la empresa. Concretamente, en un caso en

el que un médico disfrutaba desde algún tiempo de ciertas condiciones de horario y jornada en virtud de un acuerdo al que habían llegado los propios médicos del centro hospitalario y que era conocido y tolerado por la empresa, la sentencia que nos ocupa resuelve que ello no constituye una condición más beneficiosa, toda vez que la supuesta ventaja no deriva de una concesión empresarial, sino de una decisión autoorganizativa de los trabajadores que, siendo válida en un momento dado, puede también ser luego modificada por la empresa.

De un supuesto muy particular de condición más beneficiosa se ocupa la **STSJ de Madrid de 12 de marzo de 2003,** I.L. J 1195. Se trata de un caso de transmisión de empresa con efecto subrogatorio en el que se plantea si la entrada en vigor de un convenio de sector en la empresa de destino de los trabajadores tiempo después de que ha tenido lugar el acto de transmisión determina la pérdida de ciertos derechos que los trabajadores venían disfrutando por derivación de lo que establecía el convenio colectivo que disfrutaban en la empresa de origen. La sentencia dice que a los trabajadores ha de aplicárseles el nuevo convenio de sector, pero que sin embargo tienen derecho a seguir manteniendo las ventajas que venían disfrutando a partir de lo que establecía el convenio de la empresa cedente, o, dicho de otro modo, que el convenio de sector de la nueva empresa sólo se les aplica en lo que no perjudique ciertos derechos que los trabajadores disfrutan por derivación del convenio de la empresa de origen. Ello no constituye espigueo, y por tanto es posible, ya que los derechos que los trabajadores traen a partir del convenio de la empresa cedente no lo son en virtud de lo que establece ese convenio, sino en virtud de constituir verdaderas condiciones más beneficiosas, en tanto fueron incorporados al nexo contractual de cada trabajador a título individual a partir de una conciliación que tuvo lugar precisamente con ocasión de la transmisión de la empresa. En la medida en la que se trata, pues, de condiciones más beneficiosas, las mismas deben respetarse por el nuevo convenio, sin que quepa hablar de que estamos ante un supuesto de sucesión de convenios colectivos a propósito de una sucesión de empresas, ni aplicarse las reglas previstas para esos supuestos. Como dice la propia sentencia, "la cuestión debatida no estriba realmente en dilucidar un supuesto conflicto, ni siquiera concurrencia, entre dos normas paccionadas (convenios colectivos)", sino "del respeto a título individual de los derechos laborales reconocidos".

En relación a una mejora voluntaria de Seguridad Social concedida en virtud de una práctica de la empresa, es decir, que no procedía de lo dispuesto en convenio colectivo, consistente en el abono del complemento de la prestación de incapacidad temporal, la **STSJ de Madrid de 25 de abril de 2003,** I.L. J 1413, sin hablar nunca expresamente de que nos encontremos ante un supuesto de "condición más beneficiosa" (término que se evita quizá por el particular ámbito de relaciones que constituyen las mejoras voluntarias de la Seguridad Social), establece que "no estamos ante un acto de mera liberalidad esporádica u ocasional", de modo que "su originaria condición voluntaria suponga que pueda en cualquier momento posterior ser suprimida unilateralmente por la empresa". Antes al contrario, "dicha voluntariedad o unilateralidad se refiere tan sólo al momento de su concesión", pues "una vez concedida dicha mejora deja de ser voluntaria para pasar a ser su concesión y pago obligatorios para el empresario".

E) Neutralización de la condición más beneficiosa: vías

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 9 de junio de 2003,** I.L. J 1107, se refiere a los cauces de neutralización de la condición más beneficiosa. Partiendo de que "no es pacífico el tema planteado, habiendo sido varias las posturas mantenidas", la citada sentencia dice que es preciso distinguir condiciones más beneficiosas "derivadas de una concesión empresarial o de un pacto extraestatutario y las derivadas del contrato de trabajo". Precisado que en el caso se trataba de una condición más beneficiosa de origen contractual, expresamente pactada por las partes al inicio de la relación de trabajo, la sentencia establece que, si bien la negociación colectiva "tiene un carácter uniformador de las relaciones laborales y una eficacia *a priori erga omnes*", no cabe sin embargo que el convenio colectivo –salvo compensación o absorción– revoque las ventajas individualmente adquiridas en virtud de contrato: "solamente mediante la aplicación de una norma con rango de ley, es decir, una norma de derecho necesario, o por la voluntad de las partes" podrá revocarse o modificarse la ventaja (o también por la vía del artículo 41 del ET).

La **STSJ de Navarra de 29 de mayo de 2003,** I.L. J 1249, se ocupa de la absorción y compensación de las ventajas salariales de los trabajadores reconocidas en los contratos como consecuencia de la entrada en vigor de un convenio colectivo que en cómputo global anual, sin necesidad de una comparación por separado de partidas o conceptos retributivos conmensurables y homogéneos, establece un salario de cuantía superior. Según la sentencia, los trabajadores no pueden pretender alegar que no debe operar la compensación y absorción en relación a complementos retributivos reconocidos en sus contratos y que carecen de equivalente expreso en el convenio colectivo que entra en vigor estableciendo una nueva remuneración, toda vez que "a tenor de lo prevenido en el núm. 1 del art. 26 ET, la totalidad de las percepciones del trabajador sin más excepciones que las relacionadas en el núm. 2 (partidas extrasalariales) han de considerarse salario y por tanto susceptibles de absorción o compensación", pues "la absorción y la compensación de salarios juegan, en principio, siempre que se establece un nuevo cuadro de retribuciones en virtud de un acto normativo o convencional" y "los convenios colectivos y los pactos de empresa deben ser aplicados en su globalidad, sin que puedan acogerse sólo las cláusulas favorables negando eficacia a las perjudiciales". En sentido similar (bien que en un caso de absorción, sin compensación) se pronuncia la **STSJ de Valencia de 11 de febrero de 2003,** I.L. J 1327.

6. APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOCIALES EN EL TIEMPO

A) Irretroactividad de las normas sobre prescripción

Como es sabido, las Entidades Gestoras de la Seguridad Social disponen de un plazo limitado para exigir la devolución de las prestaciones indebidamente abonadas a los beneficiarios de la misma. Se conoce también que hasta la entrada en vigor de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, se había con-

solidado una línea jurisprudencial en cuya virtud la regla general de prescripción quinquenal (hoy cuatrienal) del derecho a exigir la devolución de las prestaciones indebidamente percibidas admitía la importante excepción –de equidad– de que, mediando buena fe por parte del beneficiario y habiendo demora prolongada en la exigencia de devolución por las Entidades Gestoras, el plazo de prescripción devenía trimestral. Como tampoco se ignora que la citada Ley 66/1997, de 30 de diciembre, revocó la citada doctrina jurisprudencial al dar una nueva redacción al art. 45.3 de la Ley General de Seguridad Social en cuya virtud se disponía con claridad que "la obligación de reintegro del importe de las prestaciones indebidamente percibidas prescribirá a los 5 años –el art. 24 de la Ley 55/1999, de 21 de diciembre, reduce ese plazo a 4 años– contados a partir de la fecha de su cobro o desde que fue posible ejercitar la acción para exigir su devolución, con independencia –ésta es la precisión decisiva– de la causa que originó la percepción indebida, incluidos los supuestos de revisión de las prestaciones por error imputable a la Entidad Gestora".

Pues bien, en un supuesto en el que el Instituto Nacional de la Seguridad Social reclamaba la devolución de unas prestaciones de incapacidad temporal indebidamente cobradas, la **STS de 16 de mayo de 2003,** I.L. J 811, después de declarar que ningún problema suscita, por supuesto, admitir la posibilidad de que el legislador abrogue una doctrina jurisprudencial previamente consolidada, resuelve que el momento en el que debe comenzar a producir efectos la nueva regla prescriptiva que establece la ley es el de la entrada en vigor de la misma, es decir, el 1 de enero de 1998. Obviamente, el problema se suscita cuando, como sucedió en el caso de que se ocupa la sentencia, el cobro indebido de las prestaciones hubiera comenzado con anterioridad a tal fecha y hubiera continuado con posterioridad. El Tribunal Supremo, invocando lo que establece la Disposición Final Tercera del Reglamento General de Recaudación de los recursos del Sistema de Seguridad Social (RD 1637/1995, de 6 de octubre), así como las normas generales en materia de derecho transitorio, dada la falta de indicaciones intertemporales en la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, resuelve ese problema con una solución de irretroactividad: ha de aplicarse la prescripción trimestral en relación a las prestaciones cobradas hasta el 31 de diciembre de 1997, es decir, a todas aquellas cuya prescripción haya comenzado a correr durante el período de vigencia de la vieja norma, y debe aplicarse la prescripción quinquenal (o cuatrienal, en su caso) en relación a las prestaciones indebidamente cobradas a partir del 1 de enero de 1998, pues el plazo prescriptivo de éstas se abre precisamente cuando ya se encuentra vigente la nueva legislación. *Vid.* también **STSJ de Galicia de 16 de abril de 2003,** I.L. J 1374, y **SSTS de 6 de octubre de 2003,** I.L. J 1473, y **de 30 de junio de 2003,** I.L. J 1527.

B) Soluciones de retroactividad de grado medio

La **STS de 16 de mayo de 2003,** I.L. J 1072, se ocupa de un curioso problema de sucesión de normas a propósito de un supuesto de contratación temporal. Se trataba de una trabajadora que había sido contratada en régimen estatutario al servicio de una institución sanitaria de la Seguridad Social en virtud de un contrato de interinidad por sustitución (nombramiento como "eventual para sustituciones") al amparo de lo establecido en el art. 14.2 del Estatuto del Personal Sanitario no Facultativo de las Instituciones Sanitarias

de la Seguridad Social. Tratándose de una interinidad por sustitución, aconteció que el trabajador sustituido pasó en cierto momento a la situación de excedencia por prestación de servicios en otro puesto del sector público. Habiendo finalizado la causa de la sustitución, el Servicio Público de Salud comunicó el cese a la actora, contratando a continuación a una nueva trabajadora a través de un contrato de internidad por vacante. Conforme a la normativa y jurisprudencia vigente en el momento del primer nombramiento, debiera haberse mantenido contratada a la trabajadora aun cuando hubiera cambiado la causa de la interinidad (de sustitución a vacante). Sin embargo, el problema surge porque una vez desaparecida la causa de la interinidad por sustitución y cesada la trabajadora, y antes del nombramiento de la nueva trabajadora en concepto de interinidad por vacante, entró en vigor una norma, el art. 7 de la Ley 30/1999, de 5 de octubre, de selección y provisión de plazas de personal estatutario de los Servicios de Salud, que establecía que el nombramiento por sustitución y el nombramiento por vacante eran constitutivos de dos contratos distintos.

Como podrá comprenderse la cuestión es: ¿debe seguir manteniéndose el criterio normativo y jurisprudencial que estaba vigente en el momento en el que se concertó la relación de trabajo original (lo que determinaría el derecho de la trabajadora a la continuidad de su relación de trabajo) o cabe aplicar el criterio que establece la nueva norma (lo que determinaría la legalidad del cese de la primera trabajadora y de la contratación de una segunda en concepto de interinidad por vacante)? El Tribunal Supremo, citando una sentencia previa de 23 de septiembre de 2002, se decanta en la resolución que es objeto de reseña por la solución retroactiva. Y lo hace afirmando que "ante el problema de la incidencia de la nueva norma en el cese (es preciso partir) de la realidad de que no existe en ella una disposición de intertemporalidad que vincule los nombramientos efectuados bajo el imperio de la normativa anterior a las causas de cese que en ella se establecían, por lo que su vigencia –la de la nueva regulación– es plena y afecta a todas las relaciones del personal a que se refiere (...) a partir de la vigencia de la nueva norma (...) de tal modo que la introducción de una nueva causa de extinción de la relación de quien desempeña una plaza en razón a sustituir a quien tiene derecho a que le sea reservada dicha plaza es aplicable a cualquier relación existente a la entrada en vigor de la norma que introduce esa nueva causa de extinción". Igualmente, la **STSJ de Valencia de 26 de marzo de 2003,** I.L. J 1343.

La **STSJ de Aragón de 9 de junio de 2003,** I.L. J 1079, se ocupa también de un problema de aplicación de las normas en el tiempo. El caso es como sigue. Habiéndose reconocido a una persona un grado de minusvalía del 68 por ciento, del que derivó el cobro de una pensión no contributiva de invalidez, sucedió que, en el momento del nuevo reconocimiento que debía hacerse para comprobar si procedía la revisión por mejoría o agravamiento, había entrado en vigor un nuevo baremo para la valoración de los grados de minusvalía. La sentencia que es objeto de comentario, con apoyo en las previsiones transitorias de la norma que aprueba el nuevo baremo (RD 197/1999, de 23 de diciembre), resuelve que, si bien es cierto que el nuevo reconocimiento debe hacerse conforme a las pautas de la nueva regulación, no es posible sin embargo que, manteniéndose

las mismas dolencias, es decir, sin concurrir una auténtica mejoría, pueda rebajarse el grado de minusvalía asignado al interesado en el primer reconocimiento. Consecuentemente, el beneficiario no puede ser privado de la pensión de invalidez no contributiva, toda vez que el cambio en la cuantificación de la minusvalía (que había pasado del 68 al 7 por ciento), "no se funda en una mejoría del estado de la interesada, sino en la aplicación del nuevo baremo". No cabe, en definitiva, una aplicación retroactiva absoluta del nuevo baremo, toda vez que manteniéndose las mismas dolencias, es decir, no habiendo mejoría real, no es posible la revisión.

C) Retroactividad constitucional: pensiones de viudedad

La **STS de 12 de mayo de 2003,** I.L. J 1246, se ocupa del siguiente caso. Un viudo adquirió tal condición antes de la entrada en vigor de la Ley 24/1972, de 21 de junio, es decir, en un momento en el que concurrían dos circunstancias determinantes desde el punto de vista de la hipotética vindicación de una posible pensión de viudedad por el interesado: 1) el no reconocimiento del derecho a las pensiones de viudedad a los varones; 2) la no vigencia de la regla de imprescriptibilidad de la acción para reclamar las pensiones de viudedad (operaba, por el contrario, la regla de la prescripción trienal de la LGSS de 1966). El citado viudo solicita la pensión de viudedad en un momento posterior a la entrada en vigor de la Constitución, que es la norma que determina la igualdad de derechos en materia de pensiones de viudedad de mujeres y varones. Pues bien, la sentencia que se reseña resuelve que, si bien es cierto que "la legislación aplicable en materia de Seguridad Social es la vigente en el momento de la producción del hecho que determina la situación protegida", no lo es menos que la prescripción de los derechos no puede operar mientras tales derechos no existen, de modo que como el derecho a la pensión de viudedad sólo nace una vez entrada en vigor la CE, sólo ese momento puede ser considerado *dies a quo* del plazo prescriptivo. Ahora bien, la sentencia va incluso más lejos, ya que no resuelve que deba aplicarse el plazo de prescripción que estaba rigiendo en el momento del hecho causante (tres años), independientemente de que se haya cambiado el momento para el cómputo de dicho plazo, sino que entiende que debe operar la regla de imprescriptibilidad, instaurada –nótese– en un momento posterior, tras la entrada en vigor de la Ley 24/1972, de 21 de junio.

D) ¿Existe la aplicación retroactiva de la jurisprudencia?

En relación a un supuesto en el que un beneficiario de prestaciones de la Seguridad Social (un pensionista de incapacidad permanente) solicitaba la revisión de la cuantía de la pensión originariamente reconocida con base en un cambio de jurisprudencia operado con posterioridad, la **STS de 11 de junio de 2003,** I.L. J 1254, resuelve que esa revisión es posible con efecto retroactivo hasta "la fecha inicial en la que se hubieren fijado los efectos de dicha pensión, sea cual fuere el tiempo transcurrido entre el efecto inicial de la pensión propiamente dicha y la fecha en que la revisión de su cuantía se solicite" (siempre que no se haya rebasado el plazo de prescripción legal), con independencia de que la doctrina jurisprudencial que da cobertura a ese derecho no estuviera vigente durante todo ese tiempo. La razón de ello es que la idea de retroactividad no tiene sentido aplicada a la jurisprudencia, al no ser la misma constitutiva, sino meramente declarativa, del

mandato normativo contenido en la disposición correspondiente. Según la sentencia, la interpretación jurisprudencial no produce otro efecto que "decir lo que ya decía (un) precepto", es decir, "traducir su auténtico contenido", pues "los jueces no crean derecho nuevo sino que lo aplican". En el mismo sentido, aunque no siempre en casos similares, sino distintos, *vid.* **SSTS de 24 de julio de 2003,** I.L. J 1280, **de 8 de octubre de 2003,** I.L. J 1489, y **de 24 de octubre de 2003,** I.L. J 1514.

7. OTROS CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOCIALES

A) La analogía

En un supuesto en que dos maestras contratadas en régimen laboral al servicio de la Administración educativa de determinada Comunidad Autónoma habían ejercido funciones de dirección y reclamaban por ello un plus de dirección, la **STS de 13 de mayo de 2003,** I.L. J 807, resuelve que no puede reconocerse tal complemento, y ello porque no existe norma convencional ni ley que puedan dar apoyo a tal pretensión. Carece de fundamento la argumentación de las demandantes de que aunque el convenio colectivo que les resulta de aplicación no regula el debatido complemento, sí lo hace otro convenio colectivo distinto, así como la invocación que hacen en el sentido de que el complemento de referencia aparece reconocido para los maestros que trabajan en el marco de una relación funcionarial, por lo que debería serles reconocido a ellas por analogía. El TS niega la posibilidad de la aplicación analógica de normas en el caso, precisando que "no resulta ser un argumento válido el que se expone en la demanda en cuanto pretende la aplicación analógica de la normativa aplicable al personal docente con la cualificación de funcionario a un colectivo vinculado a la demandada por relación laboral, no sólo por la diferencia del vínculo sino también porque cada uno de esos colectivos cuenta con su normativa específica y excluyente".

B) Principio de norma más favorable

La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 28 de marzo de 2003,** I.L. J 1001, establece que el principio de norma más favorable en ningún caso puede dar lugar a la aplicación retroactiva de una regla posterior que ninguna previsión expresa de intertemporalidad introduce cuando el factor o hecho que determina la aplicación de la norma ha tenido lugar durante la vigencia de la norma anterior (*tempus regit factum*). En un caso en que estaba planteada la cuestión de si se tenía derecho a una pensión de orfandad siendo el causante un pensionista de MUNPAL cuyo fallecimiento (hecho causante de la orfandad) había tenido lugar antes de la integración de la MUNPAL en el Régimen General de la Seguridad Social, la sentencia que se reseña dice que la legislación que debe aplicarse para el reconocimiento del derecho a la prestación de orfandad es la vigente antes de la citada integración, "sin que para ello sea óbice el hecho de que el artículo 175 de la Ley General de la Seguridad Social contenga una regulación más favorable de la prestación debatida, regulación que no es posible aplicar al caso de la actora, pues ha de aplicarse,

como ya se ha indicado, la normativa que estaba vigente en el momento de producirse el hecho causante, que viene determinado por el fallecimiento del padre".

C) Principio de especialidad normativa

La **STSJ de Madrid de 13 de febrero de 2003,** I.L. J 978, constituye un ejemplo de la aplicación del principio de especialidad normativa en el ámbito de la Seguridad Social (lo que sucede con relativa frecuencia). En el caso de una trabajadora que prestaba sus servicios como auxiliar administrativa en una empresa de comercialización de extintores, y que había padecido asma profesional como consecuencia de la inhalación de aminas antioxidantes por desempeñar sus tareas de auxiliar administrativo en la misma nave de carga y pintura de los extintores, sólo separada por mamparas abiertas en su parte superior, la citada sentencia resuelve que no cabe declarar a la trabajadora afecta de incapacidad permanente total para su profesión habitual por contingencia de enfermedad profesional. La razón de ello es que procede –en virtud del principio de especialidad normativa– aplicar, no la normativa general en materia de invalidez, sino una norma que, aunque anterior y de menor rango, regula el problema que se ha suscitado en el caso de una manera especificada y concreta. Tal norma es la Orden de 9 de mayo de 1962, sobre aseguramiento de enfermedades profesionales, que establece que "en los casos en los que como consecuencia de los reconocimientos (...) se descubra algún síntoma de enfermedad profesional (...) cuya propensión sea posible evitar mediante el traslado del obrero a otro puesto (...) exento de riesgo, se llevará a cabo dicho traslado" (art. 45), y si ello no fuera posible "a juicio de la empresa, previa conformidad con la Inspección de Trabajo, será el trabajador dado de baja e inscrito con derecho preferente para ser empleado por la Oficina de Colocación, percibiendo, mientras no sea ocupado, con cargo a la empresa, un subsidio equivalente al salario íntegro durante un período de 12 meses" (art. 48). Dando aplicación a estas previsiones, puesto que la incapacidad para trabajar no deriva propiamente del desempeño de las tareas administrativas, sino de las circunstancias ambientales en las que las mismas se prestan, la sentencia estima que no estamos en el caso de una incapacidad profesional, por lo que no puede declararse una situación de incapacidad permanente total, sino darse aplicación a la Orden de 1962.

8. INTERPRETACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

A) Interpretación pro beneficiario o humanizadora

En materia de Seguridad Social, por estar en juego la cobertura de situaciones de necesidad , nuestros tribunales han mantenido como es sabido una "interpretación humanizadora" de ciertos requisitos de acceso a las prestaciones, particularmente aquellos de carácter formal, como es el caso del de estar en alta cuando se produce el hecho causante. Precisamente en relación a un caso en el que el sujeto causante no se encontraba en alta o situación asimilada en el momento en que se produjo el fallecimiento del mismo, la **STSJ de Extremadura de 4 de marzo de 2003,** I.L. J 1012, resuelve que ello no impide el nacimiento de las correspondientes pensiones de viudedad y orfandad. Para funda-

mentar esa decisión, la citada sentencia invoca las razones siguientes: 1) la existencia de un principio constitucional de protección suficiente de los ciudadanos en situaciones de necesidad (art. 41 CE); 2) la relativa vacuidad y anacronismo del requisito del alta; 3) la valoración de que el fallecimiento del trabajador y por tanto el hecho causante de las pensiones debatidas haya tenido lugar sólo 19 días después de causar baja en el Régimen General de la Seguridad Social. En relación a este último argumento, la sentencia concreta que "tras analizar la normativa afectante al convenio Especial (...) la baja en la Seguridad Social ha de entenderse con carácter provisional durante los noventa días siguientes al cese, en los que el trabajador puede acogerse al convenio Especial conservando por tanto durante ese período los derechos que puedan serle legalmente atribuidos en relación al tiempo que duró la afiliación y la cotización a la Seguridad Social", máxime considerando que entre los efectos del convenio especial está el de "quedar en situación asimilada a la de alta en el Régimen en que se suscriba" con efecto a partir del día siguiente a aquél en que haya surtido efecto la baja correspondiente.

No admite, sin embargo, posibilidad de llevar a cabo una interpretación humanizadora la **STSJ de Extremadura de 27 de marzo de 2003,** I.L. J 1021, en un caso en el que se trataba del reconocimiento de una pensión de viudedad concurriendo la circunstancia de que la carrera de seguro del causante presentaba un descubierto de 9 meses de cuotas debidas. En relación a una pretensión de reconocimiento de una pensión de viudedad en el marco del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, la sentencia citada resuelve que no procede el reconocimiento de esa prestación por existir un descubierto de 9 meses en el pago de las cuotas a la Seguridad Social al fallecimiento del causante, pues con independencia de que la deuda haya sido satisfecha con posterioridad (tres días después) del óbito, se rebasa el plazo máximo de descubierto –que es de 6 meses– que la normativa aplicable (el art. 53 del Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre, que aprueba el Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social) declara compatible con el reconocimiento de las prestaciones. Rechaza, así pues, la sentencia que se tenga derecho a la pensión de viudedad en un caso como el citado, argumentando a mayor abundamiento que "no consta circunstancia alguna que permita deducir que esa conducta (la falta de abono de las cotizaciones correspondientes a 9 meses) estuviera justificada, de forma que aplicando el indicado criterio flexible (interpretación humanizadora) indujera a afirmar que no concurre una actitud expresiva de separación de seguro (...), no sin antes dejar constancia de la sentencia del TSJ de Cataluña de 16 de mayo de 2001, que reconoce el derecho a la pensión con un descubierto de ocho meses". En un supuesto similar, en el que el descubierto de cotización superaba los 6 meses, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 24 de junio de 2003,** I.L. J 1098, interpreta más flexiblemente el requisito al que se refiere el art. 53 del Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre, señalando que debe valorarse sobre todo la "voluntad de apartamiento del Sistema de Seguridad Social" en función del carácter "esporádico" o no de los descubiertos.

Muestra de una interpretación favorable a la mayor protección de los beneficiarios de la Seguridad Social (interpretación pro beneficiario) es la **STSJ de Cataluña de 11 de junio de 2003,** I.L. J 1124. Se trataba de un caso en el que una trabajadora adoptante de dos

hijos menores de 6 años había solicitado las prestaciones por parto múltiple reguladas en el RD-Ley 1/2000, de 14 de enero, de medidas de mejora de la protección familiar de la Seguridad Social, y el RD 1368/2000, de 19 de julio, que desarrolla las prestaciones económicas de pago único por nacimiento de tercer o sucesivos hijos y por parto múltiple. Pues bien, aunque en función del tenor literal de las previsiones citadas las prestaciones por parto múltiple parecen estar circunscritas a casos de alumbramiento natural, la sentencia resuelve que procede una interpretación amplia y flexible de esa normativa para dar amparo también a los supuestos de adopción múltiple. Dice la misma que procede efectuar una interpretación generosa del RD-Ley 1/2000 con amparo en lo que dice el RD 1368/2000 –es decir, leer la ley desde lo que establece una disposición que la desarrolla–, concretamente teniendo en cuenta que el art. 7 del reglamento de referencia brinda la protección a "los nacimientos producidos en el extranjero cuando los nacidos vayan a integrarse de manera inmediata en un núcleo familiar con residencia en España", inciso que al decir de la sentencia "indica claramente la voluntad de incluir dentro del concepto de parto múltiple (...) a los hijos adoptados". Termina la sentencia precisando que "aun cuando podría entenderse que el Real Decreto efectúa una interpretación extensiva del Real Decreto-Ley, y que por tanto es *ultra vires*, tratándose de una prestación de Seguridad Social es admisible esta interpretación amplia efectuada por un Real Decreto, que intenta paliar el olvido de la norma legal que desarrolla". En contra, *vid*. la **STSJ de Murcia de 30 de junio de 2003,** I.L. J 1146.

A propósito de una prestación de incapacidad temporal solicitada en el marco del Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos por un trabajador que en el momento del hecho causante no estaba al corriente en el pago de las cotizaciones sociales, pero que obtuvo un aplazamiento extraordinario en el pago unos días antes de recaer la resolución denegatoria de las prestaciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social, habiendo presentado la solicitud de aplazamiento después de tener lugar el hecho causante de la incapacidad temporal, la **STS de 24 de septiembre de 2003,** I.L. J 1290, no estima que el solicitante tenga derecho a las prestaciones. Según la misma, "para que ese aplazamiento en el pago de cotizaciones debidamente autorizado por la Tesorería General de la Seguridad Social pueda surtir efectos es ineludible que se produzca con anterioridad al hecho causante", y, "siendo así que en el caso (...) el trabajador afiliado al RETA en el momento de constituirse en baja por incapacidad temporal estaba en descubierto en el pago de las cotizaciones correspondientes a un período anterior a dicho hecho causante y que, sólo varios meses más tarde, hallándose ya en situación de incapacidad temporal, es cuando solicita y obtiene (...) el aplazamiento (...), no cabe la menor duda de que en el momento de producirse la incapacidad temporal carecía de las condiciones necesarias para poder ostentar derecho al subsidio económico correspondiente, y que tal situación de impago de cotizaciones (...) no puede quedar subsanada por el mero hecho de haber conseguido y obtenido de la Tesorería General de la Seguridad Social el pago fraccionado de los descubiertos debidos con bastante posterioridad a haberse producido el hecho causante de la incapacidad".

Se inscribe, sin embargo, en una línea interpretativa pro beneficiario o humanizadora la **STSJ de Valencia de 7 de enero de 2003,** I.L. J 1300. Se trataba de un caso en el que estaban en juego unas prestaciones a favor de familiares, en concreto las solicitadas por una hija soltera del causante que, habiendo dejado el trabajo que tenía como autónoma en

una localidad geográficamente distante, se había trasladado al domicilio de su padre para cuidarle (consta que había convivido previamente con él), teniendo lugar entonces, apenas trascurridos dos años, el fallecimiento del mismo. Según la sentencia, no cabe alegar, como hace la Entidad Gestora, que no concurra el requisito legal de acreditación de "dedicación prolongada al cuidado del causante" (art. 176 de la LGSS y art. 5 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio), valorando que durante el período de permanencia en el cuidado de su padre la hija trabajó y fue dada de alta en el Régimen General por un período de 5 días a tiempo parcial. Ello constituye "un pequeñísimo lapso temporal que no desvirtúa el hecho de la básica dedicación de la misma a su padre desde que se trasladó al (domicilio de éste), con quien también había convivido largas temporadas mientras residía" en su domicilio propio, geográficamente alejado del de su padre.

En relación a un caso en que se había solicitado una pensión de viudedad concurriendo la circunstancia de que el causante, trabajador en el Régimen Especial de Autónomos, no estaba al corriente en el pago de sus cuotas a la Seguridad Social, la **STS de 25 de septiembre de 2003,** I.L. J 1448, determina que no puede reconocerse el derecho a las prestaciones solicitadas. La razón para tal respuesta es que el derecho de la Entidad Gestora a exigir las cotizaciones debidas no está prescrito en el momento de tener lugar el hecho causante de la pensión de viudedad, con independencia de que el mismo sí esté prescrito cuando la viuda formula la solicitud de las prestaciones. Según reza la propia sentencia, "cuando se produjo el hecho causante (...) el esposo de la actora adeudaba las cuotas desde enero de 1991 a diciembre de 1992, y, no estando prescritas, es evidente que no se cumple con la exigencia de estar al corriente del pago".

B) Interpretación y principio de conservación del ordenamiento

Es sabido que el desempeño de ciertas profesiones requiere la afiliación del trabajador en colegios profesionales. También que los organismos públicos sanitarios que utilizan los servicios de profesiones en las que es precisa la colegiación han asumido en ocasiones el pago de las cuotas colegiales de sus trabajadores, buscando así compensar el gasto que necesariamente tiene que asumirse para poder llevar a cabo la prestación de los servicios correspondientes. Ha sucedido así, por ejemplo, en relación a los letrados y a los médicos de los servicios públicos sanitarios, pero no siempre por lo que respecta a los enfermeros o ayudantes técnicos sanitarios (ATS/DUE). Ello ha determinado la aparición de una larga serie de reclamaciones jurisdiccionales por parte de éstos que ha culminado en la consolidación de una línea de jurisprudencia en la que se estima que el principio de igualdad determina la necesidad de que los servicios públicos sanitarios abonen también las cuotas de colegiación de los profesionales de referencia.

Pues bien, en relación a este tema, el art. 16.2 de la Ley autonómica 8/1997, de colegios profesionales de Castilla y León, establece que "los funcionarios y el personal laboral de las Administraciones Públicas en Castilla y León no necesitarán estar colegiados para el ejercicio de sus funciones administrativas ni para la realización de actividades propias de una profesión por cuenta de aquéllas cuando el destinatario inmediato de tales activida-

des sea la Administración", lo que supone una excepción a la obligación de colegiación que dispone con carácter general el art. 3.2 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre colegios profesionales. Invocando la citada previsión autonómica, los servicios públicos sanitarios estatales han pretendido la devolución de las cuotas colegiales abonadas en beneficio de sus trabajadores, lo que ha propiciado la cuestión de resolver previamente si aquella ley autonómica era o no conforme al ordenamiento. A tal efecto, la **STS de 24 de mayo de 2003,** I.L. J 823, establece que la norma de referencia es válida siempre que se interprete en el sentido de que los únicos profesionales que quedan exonerados de colegiación son los que trabajen para las Administraciones de Castilla y León, y no los que presten sus servicios para cualquier Administración Pública y estén operando en el territorio de Castilla y León. Debe preferirse esta interpretación, ya que en otro caso el citado art. 16.2 de la Ley autonómica 8/1997 resultaría contrario al art. 3.2 de la Ley 2/1974, que no debe olvidarse que tras la reforma posconstitucional introducida en la misma por la Ley 7/1997, de 14 de abril, ha adquirido "carácter de legislación básica, o, lo que es igual, norma de competencia estatal inmodificable por las Comunidades Autónomas". En definitiva, si una ley autonómica puede resultar incompatible o compatible con una norma del Estado que ostenta el carácter de legislación básica, según la interpretación que se siga, debe preferirse la que hace posible la salvación de la norma cuestionada, según ordena el principio de conservación del ordenamiento y la presunción de validez constitucional de la ley. En el mismo sentido, *vid.* **STS de 26 de mayo de 2003,** I.L. J 825, y **STS de 28 de abril de 2003,** I.L. J 1056.

C) Penetración de la ley en la interpretación del convenio colectivo

La **STS de 13 de octubre de 2003,** I.L. J 1499, se ocupa de la cuestión de si los términos y las cláusulas de un convenio colectivo pueden y deben interpretarse en función de lo que disponen las leyes y de las conceptuaciones que con base en las mismas elabora la jurisprudencia. A propósito de unas mejoras voluntarias que habían sido dispuestas por convenio colectivo para los casos de "accidente de trabajo", se plantea la cuestión de si cabe entender dentro de los accidentes de trabajo también las enfermedades profesionales, aun cuando el convenio no contenga ninguna previsión expresa de extensión de la ventaja a los supuestos de enfermedad. Se suscita esa cuestión en la medida en la que dentro del sistema de Seguridad Social la jurisprudencia ha entendido en algunos casos que el concepto de enfermedad profesional podía entenderse incluido dentro del concepto –que sería englobante– de accidente de trabajo, por lo que cabría plantear si esa pauta hermenéutica es aplicable cuando el concepto de accidente de trabajo es utilizado en la negociación colectiva. La sentencia dice que no, toda vez que "extender las mejoras a situaciones no previstas en el convenio (...) altera los términos del pacto ampliando la cobertura o beneficio de mejora previsto por los contratantes (...); si los términos (del pacto) son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, es incontrovertido que quien asume la cobertura del riesgo está contemplando únicamente el accidente de trabajo si (en el citado pacto) no se contiene una referencia expresa a la enfermedad profesional". En el mismo sentido, *vid.* **STS de 20 de octubre de 2003,** I.L. J 1512.

Óscar Fernández Márquez

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, benévolos o de buena vecindad. E) *Trabajos familiares.* F) Mediadores mercantiles con asunción de riesgo. g) Trabajos de colaboración social. **4. Zonas grises.** A) Transportistas. B) *Personal contratado en Administraciones Públicas.* C) *Autónomos.* D) Profesiones liberales. E) *Socios empleados.* F) Arrendatarios y aparceros. G) Toreros. H) Religiosos. I) *Otros.* **5. Noción de trabajador en el sistema de la Seguridad Social.** A) Trabajador por cuenta ajena. a) Familiares. b) Extranjeros. B) *Inclusiones por asimilación.* a) *Socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas.* b) Conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares. c) Personal civil no funcionario al servicio del Estado. d) Personal civil no funcionario al servicio de la Administración Local. e) Laicos y seglares que prestan servicios en instituciones eclesiásticas. f) Trabajadores al servicio de entidades benéfico-sociales. g) Personal contratado al servicio de Notarías, Registros de la propiedad y otros centros similares. h) Funcionarios en prácticas. i) Funcionarios del Estado transferidos a las CCAA. j) Miembros de las corporaciones locales. k) *Consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas.* l) *Otros.* C) Exclusiones. a) Servicios amistosos, benévolos o de buena vecindad. b) Servicios que dan lugar a la inclusión en un Régimen Especial. c) Actividades excluidas del sistema de Seguridad Social.

6. Trabajadores sometidos a la jurisdicción española.

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

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica analiza las sentencias recogidas en los números 5 a 8 de 2003 de *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 806 a J 1547) en torno al concepto de trabajador.

1. PRESUPUESTOS CONFIGURADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

A) Presupuestos sustantivos

Una única sentencia analiza los presupuestos sustantivos de la relación laboral, centrándose en este caso en los rasgos de dependencia y retribución.

– **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 3 de mayo de 2003** (recurso de suplicación), I.L. J 844.

1. La demandante lleva ocupando vivienda de la demandada, dentro del centro de trabajo de la cooperativa, desde hace más de cinco años, por haberle sido cedida por la empleadora y ésta ha autorizado a aquélla a usar el teléfono, la electricidad y el agua, sin que pague nada por ello, viviendo en la referida casa con su esposo. De estimarse que existe contrato de trabajo, el salario sería de 23,98 euros diarios, que le serían retribuidos por el uso de la referida vivienda y la categoría de casera, sin ser representante unitario ni sindical de los trabajadores. Consta que la demandante está afiliada al REA por cuenta ajena. La actora realiza jornadas como obrero agrícola eventual para distintas empresas, desde marzo de 1995 a junio de 2001, como peón agrícola eventual, haciéndolo para la demandada en número 65 jornadas. El 29 de septiembre de 2002 la demandada ha requerido a la actora para que abandone la vivienda que ocupa en precario.

2. Dice la sentencia del TSJ de Andalucía que no es obstáculo para decidir la pretensión el hecho de que en la papeleta de conciliación se reclamara por despido nulo y subsidiariamente por despido improcedente, mientras que en el acto de juicio se concretara tan sólo por despido improcedente, porque es tarea de los tribunales la calificación del despido, sin estar condicionados para ello por la calificación que de los hechos haga la parte actora. Tras estimar en parte el error de hecho afirma el TSJ que no se ha acreditado la existencia de dependencia, ni de desempeño de labores de casera, ni de retribución o salario, pues el salario en especie no puede superar el 30 por ciento de las prestaciones económicas a percibir, de modo que el mero hecho de haber acreditado el disfrute de vivienda en el centro de trabajo, sin que se haya acreditado la existencia de la relación laboral, no permite que se estime la demanda.

3. De haberse acreditado la inexistencia de la relación laboral, o mejor, del contrato de trabajo, la desestimación de la demanda era el efecto razonable. Pero no se puede dejar de valorar que se han ejecutado por la demandante 65 jornadas como peón agrícola

eventual para la demandada y que se prevé que es posible asignar el salario de 23,98 euros diarios, a lo que se une que la actora está de alta en el REA por cuenta ajena. Estos extremos no se consideran en la sentencia, seguramente porque no se presentan por la parte recurrente, pero necesitan una respuesta, en el ámbito del art. 1.1 ET, al objeto de que se diga algo, esto es, cuándo fueron esas jornadas de trabajo como agricultora o peón agrícola, y qué significa que se prevea la existencia de un salario, siquiera en sentido eventual o subsidiario. En ese ámbito de dudas se tiene que reconocer que el uso de vivienda sin alquiler, no parece comprensible, a menos que se trate de uso de casa-habitación inherente a contrato de trabajo, aunque se trate de un contrato de trabajo eventual de escasa duración, o de fijo discontinuo. En cambio, lo que no se acredita es el despido, pues no significa tal el mero requerimiento de desalojo. Esto es, la pérdida de una parte del salario, en su caso, pero no es síntoma evidente de despido. Tal vez, por ello, hubiera debido desestimarse la demanda por falta de despido.

2. SUPUESTOS INCLUIDOS

C) Relaciones laborales de carácter especial

b) Servicio del hogar familiar

– **STSJ de Madrid de 10 de junio de 2003,** I.L. J 1401.

1. La demandante prestaba servicios como empleada de hogar para la demandada. En febrero de 2002 le fue comunicado, primero verbalmente y después a través de telegrama, su despido disciplinario motivado en reiterada indisciplina y ofensas verbales, sin que en la comunicación escrita se especificasen las imputaciones y hechos concretos que fundamentaban la decisión disciplinaria. Pocos días antes de la comunicación del despido, la trabajadora había conocido su embarazo, pero no consta que la empleadora tuviera conocimiento de dicha situación. La trabajadora interpuso demanda por despido, solicitando la declaración de nulidad o, subsidiariamente, de improcedencia. En instancia se estimó la demanda acogiendo la pretensión subsidiaria de la demandante y se declaró improcedente el despido. Contra esta sentencia interpone la trabajadora recurso de suplicación interesando la calificación de nulidad del despido. Apoya el recurso en diversos motivos vinculados, todos ellos, con el carácter discriminatorio de la decisión del empleador. Según la recurrente, el despido está motivado en su embarazo y reclama la aplicación de los principios sustantivos y procesales aplicables en estos casos. Por un lado, el art. 55.6 ET, en la redacción dada por la Ley 39/1999 permite entender que el despido producido con posterioridad a la fecha de inicio del embarazo debe ser calificado como procedente, en caso de acreditarse los incumplimientos imputados, o nulo, en caso de que dicha prueba no conste, sin que quepa la calificación de improcedencia. Por otro lado, se citaban los arts. 108.2 y 113 LPL y la jurisprudencia constitucional sobre inversión de la carga de la prueba cuando se alega la lesión de un derecho fundamental. La trabajadora finaliza su demanda solicitando la condena a una indemnización por los daños morales que la actuación de la empleadora le ha ocasionado.

2. El Tribunal Superior de Justicia, tras analizar los motivos del recurso, lo desestima en todos sus extremos. Recuerda la sentencia que la relación laboral de los empleados de hogar es una relación laboral de carácter especial regulada por el RD 1424/1985 que, en su art. 10, contiene previsiones específicas sobre el despido disciplinario. En esa regulación no se contempla la nulidad del despido, lo que constituye una peculiaridad frente a la regulación contenida en el ET que se explica por la relación de especial confianza que caracteriza a este tipo de prestación de servicios. De este modo, el despido disciplinario sólo puede calificarse como procedente o improcedente. Esta última es la calificación que procede cuando, como en el caso sometido a análisis, no ha quedado acreditado el incumplimiento imputado al trabajador. La sentencia añade que no es aplicable a la relación laboral especial de empleados de hogar la presunción contenida en el art. 55.5 ET pues dicha presunción no juega en las relaciones laborales de carácter especial. De este modo, procede declarar la improcedencia del despido y condenar a la empleadora al abono de una indemnización calculada, conforme al art. 10.1 RD 1424/1985, a razón de veinte días de salario por año de servicio. En cuanto a la reclamación de condena por indemnización por daños morales, el Tribunal considera que no han quedado acreditados ni el daño ni los elementos de la indemnización de modo que no procede la condena al abono de lo reclamado.

3. Al menos dos aspectos de este pronunciamiento judicial merecen alguna reflexión. Por una parte, el relativo a la exclusión de la nulidad como calificación posible en el ámbito de la relación laboral especial de empleados de hogar. Por otra, el referido a la posibilidad de condenar a una indemnización de daños y perjuicios como contenido de la sentencia que declara el despido improcedente. Respecto al primer aspecto, no puede apelarse al argumento de la confianza como nota que caracteriza esta relación laboral especial para justificar la inexistencia de despido nulo, porque esa misma nota concurre en la relación especial de alta dirección donde sí cabe la nulidad y la posible readmisión si así lo pactan el empresario y el alto cargo. Posiblemente, lo que pretende evitar el RD 1424/1985 es el efecto de obligatoria readmisión que acompaña a la declaración de nulidad –como se constata en la regulación de los efectos del despido improcedente, donde no se contempla la opción por la readmisión y se impone, como ha interpretado la doctrina judicial, el pago de la indemnización prevista en el art. 10.1 RD 1424/1985– pero para ello no es preciso excluir la declaración de nulidad que, por otra parte, es la única posible para los actos lesivos de derechos fundamentales. En todo caso, no puede dejar de señalarse que la calificación de improcedencia es quizá la más favorable para la demandante dado que la imposición de la readmisión no habría impedido un posterior desistimiento de la relación por parte del empleador con una indemnización, la prevista en el art. 9.3, sensiblemente inferior a la que corresponde por despido improcedente de un empleado de hogar. En cuanto a la cuestión referida a la indemnización solicitada, basta en este breve comentario con poner de manifiesto la paradoja que supone valorar la procedencia o no de una eventual indemnización derivada de la lesión de un derecho fundamental, cuando esa lesión no es objeto de análisis en la sentencia. Esta contradicción podría superarse si la sentencia se pronunciara sobre la lesión del derecho fundamental a efectos de declarar la existencia de un daño indemnizable derivado de esa lesión

pero, en caso de apreciar la vulneración de un derecho fundamental, resultaría delicado no calificar como nulo el despido, sino por la vía del art. 55.5 ET, sí al menos en aplicación de las disposiciones legales que declaran la nulidad de los actos lesivos de derechos fundamentales y de la prohibición de discriminación.

d) Deportistas profesionales

– **STSJ de Valencia de 7 de febrero de 2003** (recurso 858/2002), I.L. J 1325.

1. El actor perteneció al Villarreal Club de Fútbol, SAD, desde la temporada 1992/1993 hasta la temporada 1999/2000 con licencia de jugador aficionado. En 1998 el jugador sufre un accidente de trabajo durante el entrenamiento causando baja médica. En junio de 2000 la relación entre las partes se extingue y en el mes de julio el INSS declara al jugador en incapacidad permanente total para su profesión habitual de futbolista. En el art. 36 del Convenio Colectivo para la actividad de fútbol profesional se establece un premio de antigüedad de concesión al futbolista a la extinción de su relación contractual con el club, cuando ha permanecido en el mismo equipo como futbolista profesional durante los años que se indican. Si ha estado nueve o más temporadas el club viene obligado a satisfacer seis millones de pesetas (hoy, 36.000 euros). La cantidad irá descendiendo si la permanencia ha sido inferior. De ahí que el actor reclame una cantidad económica, bien que inferior a la indicada, al club. Asimismo el art. 13 RD 1066/1985 señala que la relación laboral se extinguirá por "lesión que produzca en el deportista incapacidad permanente total". En tal caso, el deportista tendrá derecho a recibir una indemnización, cuando menos, de 6 mensualidades, si la lesión tuviera su causa en el ejercicio del deporte. Ante la reclamación del actor, el club interpone, tras conocer la sentencia de instancia, recurso de suplicación considerando que la relación concluyó por el transcurso del tiempo pactado y no por incapacidad permanente que es lo que sirve de base para efectuar la reclamación al actor. Del mismo modo, el actor interpone recurso de suplicación por disconformidad con la estimación parcial de su demanda.

2. En relación al recurso interpuesto por el club, el TSJ de Valencia estima el mismo y considera que la relación laboral quedó extinguida el 30 de junio de 2000, siendo ésta la fecha coincidente con la estipulada en la prórroga contractual y teniendo en cuenta lo dispuesto tanto en el art. 6 RD 1006/1985, de 26 de junio, como en el art. 14 del Convenio Colectivo de aplicación que establecen la duración siempre determinada de esta especial relación laboral. Por todo ello "se hace necesario concluir que en la fecha de la resolución del INSS (6 de julio de 2000) que declaró al trabajador en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual, la relación laboral ya estaba extinguida, y como quiera que la indemnización a que se refiere el art. 13 RD 1006/1985 no tiene naturaleza de mejora voluntaria de la Seguridad Social, no sólo por la elemental razón derivada de la propia naturaleza de la norma (es un reglamento y no un convenio o pacto colectivo o individual) sino porque se establece contemplando la extinción del contrato por tal causa y no una concreta contingencia, procederá la estimación del recurso". Por lo que se refiere al recurso interpuesto por el futbolista, el Tribunal también acoge la pretensión basada en que, puesto que el demandante jugó en el club desde la temporada 1992/1993 hasta la temporada 1999/2000, le corresponde un premio de antigüedad calculado sobre

más de siete temporadas por aplicación de la escala recogida en el Convenio Colectivo de aplicación. Entiende el Tribunal que "la consecuencia de apreciar como fecha de inicio de la prestación de servicios el día 15 de octubre de 1992 y no el comienzo de la temporada, no debe conllevar a la desestimación íntegra de la pretensión sino a su estimación parcial, aplicando la escala prevista en el precepto del Convenio Colectivo (...) por cuanto no se cambiaba el título de lo reclamado sino que se acomodaba el montante de lo pretendido a la antigüedad que se había probado, sin causar indefensión a ninguna de las partes, por lo que procede acoger también el recurso".

3. No se plantea en este pronunciamiento ningún conflicto sobre la consideración como trabajador por cuenta ajena del deportista. Tan sólo se discute el derecho a obtener dos tipos de indemnización, la que le corresponde al trabajador como consecuencia de la extinción contractual por incapacidad permanente y la que se deriva del denominado "premio de antigüedad". En un caso, porque las normas legales y reglamentarias de aplicación así lo recogen (art. 13 RD 1006/1985), en otro porque las normas convencionales así lo establecen (art. 36 Convenio Colectivo para la actividad del fútbol profesional). Quizá hubiera debido plantearse como premisa inicial si todas estas normas previstas para los jugadores profesionales son de aplicación a quien tiene, como señala la sentencia en sus hechos probados, licencia de jugador aficionado. Mas puesto que no ha sido éste un elemento de conflicto, quedará al margen de este comentario. Obsérvese, en todo caso, que el jugador aficionado sí podrá tener la calificación de trabajador por cuenta ajena si cumple con los requisitos del art. 1.1 ET aun cuando quepa no aplicarle la normativa específica de la relación laboral de carácter profesional recogida en el RD 1006/1985 cuyo art. 1.2 establece como ámbito de aplicación el de los deportistas profesionales, esto es, el de "quienes, en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dediquen voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución". Centrando nuestra atención en los dos aspectos cuestionados, uno, el reclamado por el actor, es íntegramente admitido por el Tribunal por lo que se entiende que la consideración "proporcional" del tiempo de antigüedad no según las temporadas en las que prestara sus servicios el jugador sino la fecha concreta de incorporación al club (en este caso octubre y no junio) sirve para modular la cantidad de la indemnización a percibir y que dicha consideración es correcta. Estando, pues, de acuerdo todas las partes, ninguna objeción cabe formular al respecto. Mayor interés plantea, sin embargo, el otro elemento de conflicto, el de la indemnización que le corresponde al trabajador por extinguir su contrato como consecuencia de la incapacidad permanente del trabajador. El Tribunal estima, en contra de lo pretendido por el actor, que el contrato se extinguió antes de la declaración de la incapacidad permanente pues la temporada finalizó –y con ella el contrato– el 30 de junio de 2000. La fecha de resolución del INSS (6 de julio de 2000) fue posterior, por lo que no le corresponde al jugador la indemnización dado que el contrato no se extingue "por incapacidad permanente del mismo" sino por expiración del tiempo convenido. Una interpretación tan literalista como inaceptable pues es sabido que la resolución del INSS, fechada tan sólo 6 días más tarde de la extinción formal del contrato, forma parte de un largo proceso de solicitud, calificación, declaración del

grado de incapacidad y resolución definitiva del expediente que no es posible acelerar en seis días. Aunque la competencia para decidir sobre si existe o no una incapacidad permanente y el grado de la misma corresponda al INSS son muchos los órganos especializados que concurren en el proceso, siendo éste dilatado en el tiempo (RD 1300/1995 y OM de 18 de eneto de 1996). Existen indicios suficientes para, al menos, haber evaluado la posibilidad de que el contrato haya sido extinguido no por expiración del tiempo convenido sino por hallarse el jugador en una situación de incapacidad permanente a la que le faltaban tan sólo seis días para ser reconocida formalmente. La inexistencia de una reflexión como ésta, incluso para descartar tal posibilidad, convierten en, cuanto menos, cuestionable la solución adoptada.

e) Artistas en espectáculos públicos

– **STSJ de Cataluña de 21 de mayo de 2003** (recurso 6451/2002) I.L. J 883.

1. En febrero de 1999, la parte actora, empresa Pentagrama Promociones Artísticas, actuando en calidad de agente o empresa, suscribió un contrato privado con el demandado, en calidad de artista o músico, en el que se indicaba que ambas partes con la capacidad jurídica suficiente para el presente contrato de trabajo, convenían que la Orquesta Esfinge se comprometía a actuar en sesión de noche el día 31 de diciembre de 1999 en el Hotel Mediterrani de Castelldefels. Ambas partes tenían suscritos diversos contratos de la misma naturaleza para otros días del año 1999. En agosto de 1999 la empresa Pentagrama remite un telegrama a la Orquesta Esfinge en donde anula todas las actuaciones previstas para 1999 pero sin mencionar la del día 31 de diciembre. En octubre del mismo año, la Orquesta contesta también por telegrama a la empresa y le comunica que queda desvinculada de la misma por la mala fe con la que había obrado al haber anulado todas las actuaciones pendientes a excepción de la del día 31 de diciembre. La empresa percibe una comisión del 15 o 20 por ciento de las actuaciones de la Orquesta. La empresa no proporciona los instrumentos que utiliza la Orquesta, ni la vestimenta, ni decide cuántos músicos tienen que actuar. Si la Orquesta Esfinge tiene ocupado un día para realizar una actuación, la empresa busca a otra orquesta. Pentagrama da de alta por el día de actuación al actor, pero no al resto de los integrantes de la Orquesta. Esta última trabaja también con otros representantes. Exigida una indemnización de daños y perjuicios por la empresa al músico, este último opone excepción de incompetencia de jurisdicción en el juicio, siendo acogida ésta por el Juzgado de lo Social y recurrida por la empresa demandante en suplicación.

2. El TSJ de Cataluña considera, atendiendo a los hechos probados, que "no cabe más que concluir la inexistencia de relación laboral entre las partes litigantes, tanto ordinaria como especial de artistas en espectáculos públicos, por no concurrir en la misma ninguno de los requisitos del art. 1.1 ET". La recurrente alega que el hecho de que las notas de ajenidad y dependencia no aparezcan de forma tan indubitada como en una relación laboral ordinaria se debe a que nos encontramos ante una relación de carácter especial. Pero el Tribunal rechaza semejante alegación considerando que "la especialización de los artistas y conforme al Real Decreto citado no se cifra en la flexibilización de los requisitos básicos de toda relación laboral, los cuales siguen plenamente vigentes ante la remisión que

el propio RD realiza al Estatuto de los trabajadores". La recurrente insiste en la presencia de los requisitos de ajenidad y dependencia en tanto fue ella quien estableció el día de la actuación, la hora del montaje, el lugar de la actuación, las dietas de viaje, la retribución a percibir, el contenido mínimo de la actuación, el alta en Seguridad Social, etc. Mas el Tribunal estima que tales elementos no son fijados libremente por la empresa en cuestión sino por el Hotel que contrata la actuación "limitándose la recurrente a ser intermediaria entre el Hotel y la Orquesta demandada y a percibir una comisión". En definitiva, la intervención de la recurrente se ha limitado "a la que es propia de su condición de agente colocador de artistas o, como dicen sus Estatutos, representación de artistas, sin organizar ni montar espectáculo alguno en el que se ofreciera –dentro de su ámbito de organización y dirección y a cambio de una retribución– la actuación de una orquesta, sino que se ha limitado a contratar en nombre de la Orquesta con comisiones de festejos, Ayuntamientos, empresas privadas la actuación de la Orquesta y a cobrar la contraprestación económica consiguiente para su entrega a la Orquesta una vez descontada su comisión. Y sin que la suscripción del contrato de trabajo con el demandado y su alta en la Seguridad Social por un único día acredite relación laboral alguna entre las partes litigantes". Por todo ello no cabe más que concluir que "la relación existente entre las partes es puramente mercantil y ha de ser la jurisdicción civil la competente para conocer de la reclamación efectuada".

3. Como otras, también esta relación laboral de carácter especial cuenta con unas fronteras ciertamente difusas respecto del arrendamiento de servicios. Un indicio de existencia de relación laboral es la exclusividad del artista respecto del empresario que lo contrata, por ejemplo (STS de 7 de julio de 1988) aun cuando se establezca la absoluta independencia profesional del mismo en el plano artístico (STS de 4 de diciembre de 1984). Por lo demás, cada espectáculo público tiene unas características ciertamente particulares, no siendo igual un espectáculo taurino (contrato de la empresa organizadora con el jefe de la cuadrilla y de éste con los miembros de la misma) que un espectáculo musical como el que nos ocupa. Pero lo cierto es que la relación laboral de carácter especial regulada por el RD 1435/1985 prevé un régimen jurídico aplicable a quienes se dediquen voluntariamente a la prestación de una actividad artística (representación, interpretación, lectura, recitado, canto, baile, etc.) por cuenta y dentro del ámbito de dirección de un organizador de espectáculos públicos a cambio de una retribución. Y es éste, sin duda, el elemento de mayor interés en la discusión planteada en esta sentencia. Se trata de conocer no tanto la condición de trabajador del jefe de la Orquesta demandado sino la consideración como empleadora de la empresa recurrente. Ciertamente en esta relación existen tres partes, el Hotel –que requiere los servicios de una Orquesta–, la Orquesta en cuestión y una "representante" o "agente", función que puede ser desarrollada por una persona física o por una persona jurídica como es el caso de la empresa Pentagrama Promociones Artísticas. Que la relación entre el Hotel y la Orquesta es laboral no entraña ninguna duda máxime cuando el Tribunal Supremo ha mantenido que las actuaciones del artista concertadas a través de su representante con un empresario son laborales, aunque su duración sea brevísima –incluido el "bolo" o la "gala" de una sola actuación– (STS de 4 de diciembre de 1984 o 5 de abril de 1986). Pero que la relación entre la Orquesta y su "representante"

o "agente", en este caso, la empresa Pentagrama Promociones Artísticas es extralaboral parece ser también un criterio adoptado por el Tribunal Supremo sin fisuras (STS de 2 de abril de 1980). Desconociendo aspectos más concretos en torno al contrato establecido por la recurrente y el demandado y entre aquélla y el Hotel que reclama sus servicios, no otra puede ser la solución que la dispuesta por la Sentencia comentada y la derivación de la competencia al ámbito civil de la jurisdicción.

3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

E) Trabajos familiares

– **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 27 de febrero de 2003** (recurso de suplicación), I.L. J 958.

1. La demandante ha trabajado con su suegro y reclama, al concluir su actividad, prestación por desempleo, que le es denegada.

2. El TSJ estima que la denegación de la prestación por desempleo no infringe el art. 1.3.e) ET, porque no se ha logrado demostrar la existencia de vínculo laboral en la prestación de servicios de la demandante en la empresa en la que su suegro es representante legal, esto es, no se ha demostrado la existencia de sumisión, ajenidad, dependencia, subordinación y retribución, de modo que, aunque se estima que ha habido prestación de servicios, los mismos no son laborales, sino que se trata de servicios familiares, a los que se aplica la presunción de no laboralidad que se contiene en el art. 1.3.e) ET citado, que no ha logrado destruirse.

3. Si se parte de que falta la ajenidad, entonces no se puede llegar a otra conclusión distinta de la que se ha expuesto. Pero, para afirmar que se ha acreditado la ausencia de ajenidad y de dependencia, por el mero hecho de que el representante legal de la empresa para la que prestó servicios la demandante, fuera su suegro, debería concluirse que los familiares de quienes representan a cualesquiera empresarios, personas físicas o jurídicas, no pueden trabajar en ellas con contratos de trabajo, lo que es un exceso.

El art. 1.3.e) ET no se refiere a la relación entre el trabajador y el representante legal, que muchas veces es un abogado, empleado del empresario. El empresario no es inexorablemente el representante legal de la sociedad empresarial. El empresario es quien ejerce en la sociedad las facultades propias de tal por título propio, por la titularidad de las acciones o por tener el patrimonio de la misma o la mayor parte, de donde derivan las consecuencias de corresponderle las facultades directivas.

El mero hecho de ser representante legal no implica la titularidad empresarial, a los efectos a que se está refiriendo el citado artículo. Lo que es relevante es que no se ha intentado demostrar la existencia de la condición de asalariado. No existe discusión al respecto y ello, ante una sentencia en que se ha negado la condición laboral por el parentesco con el empresario, debería de haberse intentado, por lo menos subsidiariamente. Este extremo expresa una quietud no común en quien no se estima sujeto de una relación laboral familiar.

4. ZONAS GRISES

B) Personal contratado en Administraciones Públicas

Por la similitud de los supuestos se comentan conjuntamente tres sentencias del personal contratado en Administraciones Públicas.

– **STS de 14 de mayo de 2003** (recurso de casación para unificación de doctrina 1477/2002), I.L. J 809.

– **STS de 9 de junio de 2003** (recurso de casación para unificación de doctrina 1681/2002), I.L. J 1251.

– **STS de 9 de junio de 2003** (recurso de casación para unificación de doctrina 628/2002), I.L. J 1252.

1. Estas tres sentencias traen causa de procesos iniciados por trabajadores, en un caso del Ministerio de Exteriores y en los otros dos del Ministerio de Economía y Hacienda, que piden que se declare su derecho a ser incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Administración del Estado. La Sentencia de 14 de mayo sienta la doctrina que la Sala seguirá después en las dos posteriores de 9 de junio. En los hechos se refleja que hubo una primera sentencia del Juzgado de lo Social cuyo fallo fue desestimatorio de la pretensión de la, en este caso, trabajadora del Ministerio de Economía y Hacienda. Frente a dicha sentencia formalizó suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid cuyo fallo resultó igualmente desestimatorio. La demandante interpuso ante el Tribunal Supremo recurso de casación para la unificación de doctrina proponiendo como contraste una Sentencia de la Sala de Social del TSJ. Parecido discurrir tienen los hechos probados en los dos supuestos restantes.

2. Acreditada la contradicción en todos los casos, la Sala aborda el análisis del tema de fondo apuntando, además, lo aconsejable que resulta hacerlo dada la abundancia de litigios sobre esta cuestión que hacía necesario sentar "cuanto antes criterios unificados que sirvan de orientación a tribunales de grado inferior". Los demandantes invocaban el art. 1.4 del Estatuto de los Trabajadores lo que a juicio del Tribunal carece de utilidad, toda vez que dicha norma convive con el art. 10.6 del CC y que aparte de todo, ambas reglas del ordenamiento español debe coordinarse con el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. En todo caso, el Tribunal sostiene que carece de utilidad la invocación del Estatuto de los Trabajadores porque tal precepto determina la ley aplicable a un contrato de trabajo con prestación de servicios en el extranjero, para una empresa española. Pero, éste no es, en realidad, el punto litigioso, sino otro muy diferente. El Tribunal lo describe así: "saber si, ya dentro de nuestra legalidad interna, una de sus normas, y además con naturaleza de pacto colectivo, integra en su ámbito de aplicación contratos de trabajo como el de la accionante, lo cual es cosa muy diferente". A juicio del Tribunal, se trata de indagar cuál es el significado real que posee la expresión del Convenio Colectivo que excluye al "personal laboral

contratado en el exterior" pues existen razones para entender que lo que se ha querido decir es: personal contratado "para trabajar en el exterior"; y ello porque atenerse a la literalidad del precepto provoca resultados absurdos como lo sería el hecho de que un colectivo de empleados, con idéntico destino, se encuentren excluidos unos e incluidos otros, respecto del Convenio Único, en virtud de un dato sumamente azaroso como es el de que la firma por el empleado se haya estampado en la oficina extranjera o en el correspondiente Ministerio. En segundo lugar, es tradición en los convenios colectivos para el personal del Ministerio de Economía y Hacienda que se incluya una cláusula según la cual queda excluido el personal laboral destinado en el extranjero, y ello que resulta igualmente congruente con lo que se dispone en los convenios del Ministerio de Exteriores. Por último, el Tribunal Supremo se remite al art. 1282 CC a propósito de la interpretación de los contratos, y porque, en definitiva, lo impondría la naturaleza de las cosas. El conocimiento de la intención de las partes contrayentes se consigue también a través de los actos coetáneos y posteriores y parece claro, en atención a dichos elementos, que las partes retenían como elemento diferenciador, no el dato del lugar de celebración del contrato, sino el lugar de la prestación de servicios.

3. Como vemos, una vez sentada esta doctrina por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, las sentencias posteriores, en este caso de 9 de junio del mismo año 2003, se han limitado a recogerla en idénticos términos. El controvertido apartado 1.1 del artículo primero del Convenio Único se interpreta de modo que si el trabajador está prestando servicios laborales en el extranjero, no le es de aplicación el Convenio Único, ni puede invocar a su favor los derechos que el mismo reconoce a los trabajadores que estén dentro de su ámbito. No obstante, sí cabe la aplicación del Convenio citado una vez que el trabajador esté dentro de su ámbito. Por otra parte, si el trabajador ha estado trabajando para la Administración española en el extranjero con anterioridad a la aprobación del Convenio Único y actualmente viene prestando servicios para la Administración en España, estará incluido en el ámbito de aplicación de dicho convenio, y por ello puede pedir el reconocimiento de los servicios prestados con anterioridad y que con un criterio amplio son reconocidos en el art. 75.1, párrafo 4º, del Convenio Único donde se establece que, a efectos de antigüedad, se tendrán en cuenta los servicios prestados como funcionario de carrera, funcionario interino, contratado laboral fijo, contratado interino, contratado eventual o contratado administrativo al amparo de la LFCE por los trabajadores en el ámbito de aplicación del Convenio Único.

C) Autónomos

– **STSJ de Galicia de 26 de abril de 2003** (recurso de suplicación), I.L. J 1378.

1. El demandante en instancia había actuado como agente de seguros para una agencia mercantil sin haber procedido al alta y cotización en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA). La Inspección de Trabajo y Seguridad Social levantó acta de liquidación de cuotas a la Seguridad Social del demandante por considerar que durante el período de tiempo controvertido realizó de forma habitual, personal y directa una actividad económica de agente de seguros a título lucrativo, como trabajador por cuenta propia. La Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) dictó acuerdo formalizando el alta y la baja del trabajador en el RETA durante dicho período. El acuerdo fue impugnado por el interesado y el juzgado que conoció del asunto estimó su pre-

tensión declarando nulo el acuerdo de la TGSS. Ésta recurrió en suplicación ante el TSJ argumentando que el actor había obtenido, en el desempeño de sus funciones como agente de seguros, unos rendimientos que superaban el salario mínimo interprofesional (SMI) vigente por lo que debía presumirse que éste era su principal medio de vida y, por tanto, debía haberse afiliado y dado de alta en el RETA.

2. El Tribunal Superior de Justicia estima el recurso interpuesto por la TGSS señalando que cuando los ingresos percibidos en el ejercicio de la actividad de subagente supera el SMI debe entenderse que existe habitualidad en el ejercicio de esa actividad, habitualidad que constituye criterio determinante de la inclusión obligatoria en el RETA y, por lo tanto, del cumplimiento de los actos de afiliación, altas, bajas y cotización en dicho régimen. Ahora bien, la concurrencia de las circunstancias mencionadas determina una presunción que puede ser desvirtuada por el interesado aportando las pruebas suficientes. En este sentido, no es suficiente la alegación del interesado basada en que la agencia para la que prestaba servicios era regentada por su propia hija pues el trabajo familiar da lugar a trabajos autónomos. Indica el Tribunal, a efectos didácticos, que una prueba válida podía haber sido la acreditación de que las cantidades percibidas lo fueron en concepto distinto al de captación de clientes o realización de la actividad de agente pues, a falta de esa prueba, lo correcto es deducir que la retribución percibida lo es en compensación por el trabajo realizado.

3. La noción de trabajador por cuenta propia a efectos de la obligatoria inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, viene delimitada en función de la realización de una actividad económica a título lucrativo de forma habitual, personal y directa (art. 2.1 RD 2530/1970). Sin embargo, el alcance del término de habitualidad no está precisado en la norma de modo que ha sido la jurisprudencia la que ha delimitado los criterios o indicios que determinan la existencia de habitualidad. A estos efectos, y por ceñirnos al tipo de actividad económica a que se refiere la sentencia que se comenta, respecto de los agentes de seguros, el Tribunal Supremo ha señalado que la noción de habitualidad se conceptúa atendiendo a la índole de su actividad sin establecer requisitos añadidos relativos a la cuantía de la remuneración que obtengan por la realización de su trabajo (STS de 14 de febrero de 2002, RJ 3790/02). Sin embargo, para los subagentes, y desde la Sentencia del TS de 29 de octubre de 1997 (RJ 7683/97), el Tribunal Supremo ha señalado que se entiende cumplida la exigencia de habitualidad cuando las remuneraciones percibidas superan el SMI vigente en cada momento. No se trata de que ese dato determine de forma absolutamente irrebatible la habitualidad ni que esa pauta se constituya en la regla esencial y básica definidora de la habitualidad, sino que se trata de un indicio que puede ser tomado en consideración, cuando no existen otros datos que por sí solos den solución a tal problema. Ésta es la doctrina que aplica la sentencia que se comenta de modo que, a falta de prueba en contrario aportada por el interesado, procedía, como hizo la sentencia en aplicación de la jurisprudencia, declarar su inclusión en el RETA.

– **STSJ de Andalucía (Granada) de 5 de junio de 2003** (recurso de suplicación), I.L. J 1047.

1. La cuestión sobre la posible convivencia de la condición de trabajadora por cuenta ajena y trabajadora por cuenta propia de la actora durante un período determinado de

tiempo, se plantea en el contexto de un proceso de reclamación de prestación por desempleo frente al INEM. Efectivamente, constan como hechos probados que Dña. Carla solicitó prestación contributiva por desempleo, prestación que le fue concedida con una duración de 240 días. Al final de este período solicitó el subsidio por desempleo por agotamiento de la prestación, para lo que aportó, entre otros documentos, la declaración de pagos trimestrales del Impuesto de Actividades Económicas. Ante esta declaración, el INEM inició el expediente de revocación de la prestación por desempleo ya disfrutada, que terminó en una revocación efectiva de aquellas percepciones económicas. Disconforme con esta resolución, la demandante interpuso reclamación administrativa, que fue desestimada por el servicio público de empleo, y finalmente acudió al juzgado de lo social que apoyó la resolución del citado organismo. Frente a esta decisión judicial Dña. Carla planteó recurso de suplicación ante el TSJ de Andalucía.

2. El ponente del TSJ ha de partir de la determinación de la existencia de una prestación de servicios por cuenta propia de la actora, que sería incompatible con la prestación y el subsidio por desempleo reclamados (art. 221 LGSS). Para ello, y como cuestión previa, admite la adición de un nuevo hecho probado, realmente clarificador, conforme al cual la actora entró a formar parte de una Comunidad de Bienes dedicada a la explotación de una actividad de Granja Avícola, mediante la mera aportación de capital, excluyéndose de forma expresa, la realización de trabajo alguno por su parte. Fruto de esa aportación, la actora percibió una serie de beneficios económicos cuantificados en la resolución. A partir de estos hechos, el ponente no puede inferir la existencia de una relación de trabajo por cuenta propia, pues *de facto* no existe prestación de servicio alguno, por lo que concluye la necesaria revocación de la resolución recurrida, y estima de forma íntegra la demanda inicial de Dña. Carla.

3. De la presente resolución se deriva la necesidad de clarificar una confusión sólo aparentemente superflua, pues ha dado lugar al litigio resuelto: la condición de socio o socia de una comunidad de bienes se puede adquirir por la mera aportación de capital, no necesariamente por la aportación de prestaciones personales de servicios de los mismos. En consecuencia, la condición de socio no implica, por sí misma, la presencia de una relación de trabajo por cuenta propia, en la medida en que no necesariamente presume la existencia de una prestación de trabajo. Así, en cuanto no existe prestación de actividad personal del socio, no cabe plantearse las dudas sobre su naturaleza jurídica. Por lo tanto, y ya en relación con el objeto del proceso, la compatibilidad de la condición de socio y los rendimientos de capital derivados de la misma, con la percepción de una prestación por desempleo o de un subsidio por idéntica contingencia, es perfectamente posible. Otra cuestión será el cómputo de esos rendimientos a la hora de calcular las rentas mínimas del posible beneficiario de estas prestaciones (art. 215 LGSS).

– **STSJ de Navarra de 9 de junio de 2003** (recurso de suplicación 187/2003), I.L. J 1255.

1. El actor figuraba dado de alta en el régimen especial de trabajadores autónomos como "intermediario del comercio de productos" y en la licencia fiscal (impuesto de actividades económicas) como agente comercial, y en el colegio profesional correspondiente, aunque causando bajas y altas en uno y otra intermitentemente.

Simultáneamente realizó actividad retribuida para la empresa xxx, consistente en promoción y conclusión de operaciones comerciales, a comisión, sin horario ni jornada determinados, ni despacho en sus instalaciones, aunque sí en su casa particular, conduciendo su propio coche para la realización de sus gestiones, pero disponiendo de tarjeta, teléfono y *e-mail* de la empresa. El actor emitía sus propias facturas, de las que retenía el IRPF y a las que añadía el IVA. Sin embargo, las partes pactaron el abono mensual de las facturas, regularizándose el pago empresarial anualmente. Estos ingresos eran los únicos que aparecen en las declaraciones anuales de la renta, aunque figuran descuentos de importantes cantidades anuales por amortización de elementos afectos a su organización empresarial.

2. La sentencia de instancia declaró la existencia de relación mercantil y, por tanto, estimó la excepción de incompetencia por razón de la materia. La Sala *ad quem* confirma plenamente tal resolución, advirtiendo la imprecisa frontera entre el arrendamiento de servicios civil y el contrato de trabajo. La inclinación por el primero se desprende del *factum* y, sobre todo, de la delimitación de la representación comercial de régimen laboral (RD 1438/1985) y la representación comercial mercantil o de agencia (Ley 12/1992), que "... ha de efectuarse actualmente teniendo presente la Directiva 86/653 CEE, de 18 de diciembre", dicho lo cual se acude nuevamente a la nota de la dependencia como elemento decisorio de la laboralidad. Lo que, en ningún caso, es nota distintiva, es responder o no del buen fin de las operaciones "... desde el momento en que el art. 1 de la Ley del Contrato de Agencia permite excluir de sus obligaciones el riesgo y ventura de las mismas", subrayando la jurisprudencia que "... es propio de la intermediación mercantil que el representante goce de un sistema propio de organización empresarial". Maneja asimismo la Sala, para reforzar su criterio, los discutibles argumentos del alto importe del salario, su alta cualificación y la inexistencia de vínculos de jerarquía con otros trabajadores de la empresa.

3. El supuesto de hecho es lo suficientemente confuso para que quepa resolver en cualquiera de los dos sentidos posibles. Consiguientemente, el fallo conforme de las dos sentencias judiciales no es criticable en sí mismo, pues evidentemente existen en autos amplios argumentos para respaldar la incompetencia jurisdiccional, en cuanto relación mercantil y no laboral. Es lástima, sin embargo, que una vez más se utilicen argumentos absolutamente accesorios, como la falta de horario o de jornada, para desprender conclusiones jurídicas de fondo, y, peor todavía, que se tomen como argumentos decisivos datos absolutamente irrelevantes, como la cuantía salarial, la cualificación y la inexistencia de vínculos con otros trabajadores de la empresa, lo que significa un retroceso interpretativo de medio siglo, que es cuando se consideraba que sólo podían ser trabajadores de régimen laboral las personas con bajas retribuciones y aportación de actividad única o predominantemente manual.

– **STS de 24 de octubre de 2003** (recurso de casación para unificación de doctrina 4603/2002), I.L. J 1514.

1. Se declara probado lo siguiente. La actora prestó sus servicios como subagente de seguros para la empresa Asnor, SA, en virtud de un contrato de naturaleza mercantil. Durante

el período comprendido entre los años 1994 y 1998 vino percibiendo por dicha actividad cantidades que superan el salario mínimo interprofesional en concepto de comisiones. Una resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social de 19 de abril de 2001 acordó el alta y la baja de oficio de la actora en el RETA durante ese tiempo de cuatro años. Contra ella la actora interpuso, tras la pertinente reclamación previa, una demanda en reclamación sobre alta en el citado RETA que fue estimada parcialmente, al declarar que la fecha procedente del alta de oficio de la actora debía ser la de 1 de noviembre de 1997. El recurso de suplicación interpuesto en nombre de la Tesorería General de la Seguridad Social contra dicha sentencia fue desestimado por las STSJ de la Comunidad Valenciana de 9 de julio de 2002, y da lugar al presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

2. La Sala entiende que el recurso planteado plantea una doble cuestión. Por una parte, si la fecha que ha de tomar en consideración la Tesorería General para proceder al alta en el RETA de aquellas personas que han iniciado prestación de servicios como subagentes de seguros con anterioridad a 1 de marzo de 1996, percibiendo por ello cantidades superiores al Salario Mínimo Interprofesional vigente correspondiente y sin que, a pesar de ello hubieran cotizado al RETA ni formalizado alta en dicho régimen es la fecha inicial real correspondiente al inicio de la actividad económica o, si por el contrario, dado que el desarrollo de funciones de subagentes de seguros se inicia con anterioridad a la entrada en vigor del RD 84/1996, de 1 de marzo, es inaplicable el susodicho precepto so pena de atribuir ilegales efectos retroactivos a dicha norma. Y, por otra parte, si tratándose de una prestación de servicios como subagentes de seguros en los términos definidos por la STS de 29 de octubre de 1997, el alta en el RETA a practicar por la Tesorería debe tomar como fecha inicial la del inicio de la actividad (en este caso anterior a dicha fecha) o bien limitar la retroacción a ese 29 de octubre de 1997 para evitar incurrir en otro caso de ilegalidad. En verdad, las dos cuestiones pueden ser reconducidas a la determinación de los efectos retroactivos que debe otorgarse al alta de oficio en el RETA de un subagente de seguros. Citando numerosas sentencias en las que se plasma una doctrina que hoy ya está consolidada (sirvan por todas las SSTS de 29 de abril de 2002, 14 de noviembre de 2002 y 7 de abril de 2003), la Sala da la razón a la recurrente, la Tesorería General de la Seguridad Social, señalando que la fecha relevante a efectos de la contrivertida alta en el RETA es aquella en la que comenzó a desarrollarse la actividad.

3. Baste con manifestar que la presente sentencia se limita a reproducir los argumentos esgrimidos en otras muchas anteriores que resuelven la misma situación de conflicto generada por el RD 84/1996 (véase *JL*, núm. 16).

E) Socios empleados

– **STSJ de Andalucía (Granada) de 9 de junio de 2003** (recurso de suplicación), I.L. J 1050.

1. La presente resolución resuelve en suplicación la demanda planteada por D. Benito contra el INEM en reclamación por desempleo. En la sentencia de instancia consta que el actor tenía reconocida su prestación a nivel contributivo. Sin embargo, en el momento en que solicita el pago único de dicha prestación con el fin de incorporarse como socio trabaja-

dor de la Sociedad Cooperativa de trabajo asociado "Cooservia Sociedad Cooperativa Andaluza", cuyo objeto social es el servicio público de transportes de viajeros en vehículo ligero de auto-taxi, dicha solicitud es desestimada. Igualmente, consta como hecho probado que D. Benito, al igual que el resto de los socios trabajadores de la citada cooperativa, está dado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. También aparece en el relato fáctico de la sentencia recurrida la cláusula del Estatuto de la cooperativa de trabajo asociado antes mencionada, conforme a la cual se exige como requisito para ser socio de la misma, además del trabajo personal del aspirante a socio, una aportación económica inicial de 300,51 euros.

2. Ante los hechos considerados probados, el ponente del TSJ de Andalucía estima la demanda de D. Benito, entendiendo que la norma (RD 1044/1985, de 19 junio) prevé el pago de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, cuando el trabajador acredite ante el INEM que va a realizar una actividad profesional como socio trabajador de una Cooperativa de Trabajo Asociado, y por lo tanto, en el caso concreto, la finalidad de la norma ha quedado completamente cumplida.

3. En esta ocasión, se ha de discrepar de la decisión del TSJ en el siguiente sentido: Efectivamente, la modalidad de pago único de la prestación por desempleo, o en otras palabras, la posibilidad de capitalización de esta prestación, está prevista por la ley como una vía de ayuda y fomento del autoempleo colectivo. Una fórmula de autoempleo colectivo de calidad es la cooperativa de trabajo asociado, en la que sus socios aportan un capital inicial y se comprometen a la prestación de unos servicios con la única finalidad de garantizarse un puesto de trabajo. Sin embargo, el pago único de la prestación por desempleo está vinculado a su utilización como aportación inicial que permita el acceso a la condición de socio por el beneficiario, independientemente de que esa aportación inicial se realice en dinero o en especie. En el caso que se plantea, las dudas se despiertan desde el momento en que como hecho probado se constata el alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de D. Benito, lo que presupone que el actor ya ha adquirido la condición de socio de "Cooservia S.coop". En consecuencia, no es tan relevante el hecho del alta en el citado régimen especial, como el estatus de socio ya adquirido antes de solicitar la capitalización de la prestación por desempleo, lo que hace justificar la decisión del INEM de no concederla, pues es claro que tales cantidades ya no podrían ser destinadas a la finalidad para la que es posible capitalizarlas.

I) Otros

– **STSJ de Cataluña de 21 de mayo de 2003** (recurso de suplicación 6451/2002), I.L. J 883.

1. La empresa –dedicada a la organización de espectáculos artísticos y a la representación de artistas y su promoción– suscribió un contrato denominado de trabajo, actuando como agente o intermediaria, con un músico, conviniendo ambas partes que la orquesta xxx se comprometía a actuar la noche del 31 de diciembre, por un precio alzado, en un determinado hotel, siendo éste uno de los contratos de similares características fir-

mados para la actuación de la orquesta en otras fechas anteriores. La empresa comunicó a la orquesta la anulación de todas las actuaciones, excepto la del fin de año, a lo que respondió la orquesta entendiéndose desvinculada de todos los compromisos, por la mala fe demostrada. La empresa percibe una comisión (entre el 15 por ciento y el 20 por ciento) de las percepciones de la orquesta, pero no facilita los instrumentos utilizados por ella, ni decide la vestimenta de los músicos, ni los que tienen que actuar como tales.

2. La sentencia de instancia (Juzgado de lo Social de Tarragona) desestimó la pretensión actora de la empresa, entendiendo inexistente la relación laboral, tanto común como especial de artistas en espectáculos públicos, entre la empresa y el músico firmante de los contratos para las actuaciones de la orquesta xxx y, por tanto, declarando la incompetencia del orden jurisdiccional social. La Sala *ad quem* confirma la sentencia, declarando la naturaleza mercantil de la relación, razonando, en primer lugar, que "(...) la determinación del carácter laboral o no de la relación que une a las partes no es algo que quede a la libre disposición de éstas, sino que es una calificación que ha de surgir del contenido de las prestaciones concertadas y de la concurrencia de los requisitos que legalmente delimiten el tipo contractual". Y, añadiendo, que en el caso de autos, no se admite la relación común por falta de los requisitos generales del art. 1.1 ET, ni la relación especial de artistas en espectáculos públicos, porque la especialidad de la relación no exime de la concurrencia de aquellos requisitos, básicamente los de ajenidad y dependencia.

3. Como en otros muchos casos similares, la resultancia fáctica condiciona el enjuiciamiento, pues ciertamente el intermediario del negocio no puede pretender erigirse en parte del mismo, máxime cuando las partes son otras, la orquesta xxx y el hotel que solicitaba y retribuía la actuación, en este caso. Y, menos todavía, cuando gira la pretensión en torno a una relación laboral, que si bien ha de interpretarse expansivamente en base a la presunción de laboralidad de los vínculos contractuales caracterizados por la realización de un trabajo para otro, exige inexcusablemente la prestación de actividad retribuida entre el presunto empleador y el prestador del servicio, sin que la naturaleza grupal de éste modifique en un ápice la regla general.

5. NOCIÓN DE TRABAJADOR EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

B) Inclusiones por asimilación

a) Socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas

– **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 17 de junio de 2003** (recurso de suplicación), I.L. J 1097.

1. El objeto del litigio resuelto en suplicación es la determinación del acceso del actor a la situación de jubilación parcial. Se da la circunstancia de que D. Lucas, el demandante, es socio minoritario de dos entidades mercantiles, siendo además consejero delegado en ambas. Por otro lado, aparecen como documentos incorporados a los hechos probados, dos contratos de trabajo ordinarios a tiempo parcial con las dos entidades de las que el

demandante es socio y consejero delegado. La sentencia en instancia resuelve a favor del actor, estimando la demanda y revocando la resolución del INSS por la que se denegaba el derecho de D. Lucas a acceder a la jubilación parcial en relación con su prestación de servicios para una de las empresas en cuyo capital participaba. Ante dicha sentencia, el INSS y la TGSS presentan recurso de suplicación.

2. El ponente del TSJ de Castilla y León desestima el recurso planteado por ambos organismos públicos, entendiendo que es perfectamente compatible la convivencia de relaciones –laboral y societaria– sin que una excluya a la otra. Así, frente a las tesis mantenidas por el letrado de la Administración de la Seguridad Social, conforme a las cuales la relación que unía al actor con la entidad de la que pretendía derivar su situación de jubilación parcial era estrictamente mercantil por ser socio minoritario y consejero delegado de la misma, el ponente de la resolución objeto de comentario estima que, aun dándose aquellas circunstancias, D. Lucas no mantenía el control efectivo, directo o indirecto, de la sociedad, requisito en fin que delimita las fronteras entre el socio trabajador autónomo o el socio trabajador encuadrable en el Régimen General de la Seguridad Social. De este modo, se entiende que el actor debe recibir un tratamiento igual en materia de previsión social al que se otorga a los trabajadores por cuenta ajena, y con ello se reconoce su acceso a la situación de jubilación parcial.

3. Se comparte plenamente la decisión del TSJ de Castilla y León, pues a pesar de lo complejo del supuesto de hecho, es claro que las funciones desempeñadas por el actor como consejero delegado –en régimen de mancomunidad con el resto de consejeros–, así como su participación minoritaria en el capital social, no permiten concluir la existencia de un control efectivo de ninguna de las sociedades en las que participaba, ni de forma directa ni indirecta. Por lo tanto, corresponde su encuadramiento en el Régimen General de la Seguridad Social como asimilado –con los límites correspondientes en materia de prestación por desempleo y FOGASA–, y con ello la posibilidad de acceder a la situación de jubilación parcial al mantenerse en activo con un contrato de trabajo ordinario a tiempo parcial.

k) Consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas

– **STS de 10 de junio de 2003,** Sala Tercera (recurso de casación en interés de ley 5/2002), I.L. J 925.

1. La sentencia se ocupa de los efectos retroactivos en las decisiones de oficio de la Tesorería General de la Seguridad Social producidas al amparo de ciertos cambios de criterio administrativo sobre encuadramiento en la Seguridad Social de los administradores sin control efectivo de la sociedad. En concreto, de 1992 a 1994, y tras la introducción de la teoría del vínculo en el orden jurisdiccional social, la Administración de Seguridad Social decidió cambiar de criterio y proceder a encuadrar de oficio en el RETA a los administradores ejecutivos de las sociedades mercantiles capitalistas, cuando éstos venían optando generalmente por integrarse en el Régimen General. La cuestión aquí se centraba en determinar si

los afectados tenían derecho a la devolución de las cuotas por desempleo, FOGASA y FP por considerarse ingresos indebidos o si, por el contrario, debía considerarse que el encuadramiento anterior era correcto, sin que procediese la devolución de las cuotas.

2. La sentencia que se comenta analiza las posibles contradicciones que pudieran existir en la jurisprudencia del TS del momento, que, con posterioridad, daría origen a una serie de atropellados cambios normativos durante los últimos años noventa. En concreto, la TGSS alega contradicción entre la STS de 4 de junio de 1996, Ar. 4882 y la de la misma Sala de lo Social de 27 de diciembre de 1996, Ar. 9860. La primera de ellas había sostenido que no era contrario a la Ley el encuadramiento de los administradores en el Régimen General, por lo que no procedía la devolución de cuotas. En cambio la segunda sentencia mencionada sostuvo que, cuando se trataba de un socio mayoritario administrador de la sociedad, los efectos del alta de oficio en el RETA habían de retrotraerse hasta el momento en que la Seguridad Social tuvo conocimiento de dicha situación, por lo que procedería la devolución de cuotas indebidamente ingresadas. La sentencia de lo contencioso que se comenta llega a la conclusión de que no existe contradicción entre ambas sentencias, puesto que el primer caso es aplicable a los administradores ejecutivos que no tengan la condición de socios mayoritarios, mientras que el segundo caso se refiere exclusivamente a administradores socios mayoritarios.

3. La sentencia se encuadra en una línea jurisprudencial que se encontraba en aquel momento en estadio de formación, y que desembocó y se consolidó posteriormente tras la STS de 29 de enero de 1997, Ar. 640. Esta sentencia deslegitimó el criterio defendido por la Administración de la Seguridad Social y declaró que el correcto encuadramiento de los administradores que no tuvieran la condición de socios mayoritarios era el Régimen General y no el RETA, ya que se trataba de trabajadores por cuenta ajena "independientes". En mi opinión, sí que existían ciertas contradicciones entre las sentencias de 1996 alegadas, que se hubieran resuelto si desde un primer momento el TS hubiera optado por defender el encuadramiento en el Régimen General de los administradores ejecutivos sin control efectivo, cortando así de raíz la interpretación realizada por la Administración de Seguridad Social. En el trasfondo del problema se encuentra la elevada cuantía económica en juego susceptible de devolución. En todo caso, ha de entenderse que se trata de una jurisprudencia de transición, una más, propia del vaivén que afectó en los noventa a los administradores ejecutivos. La Sala de lo Contencioso, con este fallo, no hace sino refrendar la línea jurisprudencial de la Sala de lo Social en el estadio en que se encontraba cuando el problema en cuestión se planteó.

– **STS de 26 de mayo de 2003** (recurso de casación para unificación de doctrina 3038/2002), I.L. J 828.

1. La sentencia analiza nuevamente un supuesto de resolución de oficio por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social, según el cual, procedía el encuadramiento de una administradora presumiblemente ejecutiva que no ostenta la condición de socio en el Régimen General de la Seguridad Social, sin derecho a desempleo y a Fondo de Garantía Salarial, y a tiempo completo. Y ello pese a que la administradora alegó frente a esta decisión que la actividad que desarrollaba para la sociedad lo era a tiempo parcial, sin que probase este extremo a partir de la fecha de efectos de la resolución de la Tesorería.

2. La sentencia de suplicación estimó la pretensión de la administradora, frente al criterio de la instancia, favorable a las pretensiones de la Tesorería. La Sentencia del Tribunal Supremo que se comenta, apoyándose en la STS de 1 de julio de 2002, Ar. 9088, entre otras, establece que "la asimilación de los administradores societarios a trabajadores por cuenta ajena es una ficción legal al solo efecto de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social, por tanto la aplicación de las normas laborales (…) están excluidas", por lo que no cabe que la administradora se ampare en el art. 12 ET para obtener así la correspondiente reducción en las cotizaciones. Esta situación sólo cabe excepcionalmente si "el administrador desarrolla otras actividades similares en otra empresa dándose un caso de concurrencia de actividades".

3. La sentencia se encuadra en una línea jurisprudencial estable que sostiene la excepcionalidad de la cotización a tiempo parcial de los administradores ejecutivos en el Régimen General. Ello no obstante, continúa sin estar claro si, en caso de que se pruebe la concurrencia de actividades, ha de aplicarse a las diversas cotizaciones las reglas de la pluriactividad o del pluriempleo o, por el contrario, las reducciones propias del trabajo a tiempo parcial, tal y como sostuvo la STS de 5 de noviembre de 2002, Ar. 468. En este sentido, el TS, para compaginar ambas doctrinas, debería hacer hincapié en que el elemento esencial para admitir el trabajo a tiempo parcial es la prueba real de que dicho trabajo se efectúa en tal régimen, con independencia de que el trabajo como administrador para varias sociedades sirva de indicio al respecto, si bien este último requisito no puede convertirse en condición indispensable para aplicar la excepción, puesto que de lo contrario, no cabría pluriempleo posible.

– **STS de 23 de septiembre de 2003** (recurso de casación para unificación de doctrina 39/2003), I.L. J 1546.

1. El demandante presta sus servicios para cuatro sociedades mercantiles, de las cuales tres de ellas tienen su sede en Valencia y otra en Madrid. Los hechos probados revelan que respecto de una de esas empresas, "Recinto, SA", el demandante es titular de la dirección y gerencia, pero no participa en su capital social ni ostenta la condición de socio de la misma; además, consta que fue dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social como trabajador por cuenta ajena a tiempo parcial, si bien una resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social de 1 de julio de 2000 resolvió que su afiliación en el marco de la relación con dicha empresa debía producirse como trabajador a tiempo completo. Tal resolución fue impugnada por el representante de la citada entidad, alegando que se producía una situación de pluriempleo al ejercer el afectado el mismo cargo para cuatro entidades mercantiles distintas, razón por la cual existía dedicación a tiempo parcial en cada uno de ellos. El Juzgado de lo Social desestimó tal pretensión. Ello dio lugar, a su vez, a la interposición de un recurso de suplicación que en este caso sí fue estimado, declarando nula la resolución de la Tesorería. Contra esa sentencia se interpone recurso de casación para la unificación de doctrina.

2. Apreciada la contradicción existente entre la resolución judicial que se impugna y otra resolución judicial firme (en este caso la STSJ de Navarra de 22 de mayo de 2001), el

Tribunal Supremo reitera la doctrina contenida en otros pronunciamientos anteriores (SSTS de 1 de julio de 2002, 11 y 19 de febrero de 2003 y 26 de mayo de 2003), donde se establece que la asimilación de los administradores a trabajadores por cuenta ajena a efectos de Seguridad Social [*ex* art. 97.2.k) LGSS] es una ficción legal cuyo fin no es otro que la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social, pero que en ningún caso supone la aplicación de la normativa laboral (singularmente del Estatuto de los Trabajadores), pues la relación existente es de naturaleza mercantil, la cual se rige por los arts. 123 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989. Dicha Ley no contiene ninguna previsión en torno al tiempo real de prestación de los servicios. Tal circunstancia debe llevar a considerar (tal como ha hecho la misma Sala anteriormente, STS de 26 de mayo de 2003) que, en principio, la jornada es a tiempo completo por la propia naturaleza de la función; con una excepción: que conste, como es el caso, que la misma persona desarrolla otras actividades similares en alguna otra empresa, esto es, que se produzca una concurrencia de actividades. Pues bien, en el presente supuesto el afectado, en efecto, presta servicios simultáneamente para cuatro sociedades, tres de ellas ubicadas en Valencia y otra en Madrid; por ello, no es razonable sostener que el demandante pueda prestar servicios a jornada completa en una de las cuatro sociedades para las que trabaja, más si cabe cuando no están todas situadas en la misma localidad. Así pues, se reitera lo expuesto en STS de 3 de junio de 2003, desestimando el recurso planteado.

3. La argumentación y el fallo de la sentencia son impecables. En cualquier caso, es interesante destacar dos aspectos. El primero se refiere al art. 97.2.k) LGSS: el Tribunal insiste, con pleno acierto, en que la asimilación de determinados consejeros y administradores de sociedades mercantiles, con su consiguiente inclusión en el Régimen General, circunscribe sus efectos al ámbito de la Seguridad Social, sin extenderse al plano laboral. De este modo, se pone de manifiesto que la estrecha vinculación entre una y otra relaciones no debe hacer ignorar el más amplio espacio ocupado por la Seguridad Social. Debe también aludirse, como segundo aspecto destacable, al sentido común que aplica la Sala cuando sostiene que la prestación de servicios para varias entidades (hasta cuatro en este caso) impide que la jornada en cualquiera de ellos sea la correspondiente a una dedicación a tiempo completo.

l) Otros

– **STS de 18 de julio de 2003** (recurso de casación para unificación de doctrina 2319/2002), I.L. J 1273.

1. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social extendió acta de liquidación de cuotas a la Seguridad Social por la relación de la actividad llevada a cabo por los concejales del Ayuntamiento de Boadilla del Monte (Madrid), en su condición de tales. La TGSS cursó el alta y la baja de aquéllos en el RGSS en períodos distintos referidos a aquella actividad, entre el mes de mayo de 1999 y el mismo mes de 2000. La Corporación municipal y algunos de los afectados impugnaron la decisión. El Juzgado de lo Social estimó no ajustadas a derecho las decisiones impugnadas. El TSJ de Madrid decidió el recurso de suplicación en el sentido de estimar la incompetencia del orden social, al ser competencia del orden contencioso-administrativo.

2. La sentencia del TS, recordando otras anteriores, entre ellas, la de 30 de abril de 2002 y la de 15 de agosto de 1997, estima que el tema del encuadramiento en la Seguridad Social excede la mera reclamación de cuotas por un determinado período de tiempo, de modo que impugnar las altas de oficio de la TGSS, por estimar que se trata de materia relativa a la gestión recaudatoria de la Seguridad Social no es la solución adecuada, pues su principal significado es la inclusión o exclusión del sistema de la Seguridad Social. Se trata de un acto administrativo consistente en el alta de oficio por la TGSS que no tenía como único objeto o finalidad la mera gestión recaudatoria, ni existieron actos previos de requerimiento de pago de cuotas, sino que lo único que se produjo fue el alta en uno de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, llevando aparejado todo un complejo de consecuencias, entre las que la simple recaudación, no es la más importante. Por ello, de conformidad con el art. 9.5 LOPJ, se reconoce la competencia del orden social de la jurisdicción.

3. Es ajeno al orden social lo que constituyen actos de gestión recaudatoria, según el art. 3.b) LPL, pero el alta de oficio en el RGSS no es en sí un acto de recaudación, aunque la implique o la prevenga. El alta de oficio, tanto más si no conlleva una reclamación de cuotas, es un acto de sometimiento a un conjunto normativo, al que se puede pretender ser ajeno, como se puede pretender ser ajeno al contrato de trabajo o al ámbito deportivo. Es cierto que un importante efecto es el que se advierte de tener que pagar algunas cantidades en concepto de cuotas, pero no es menos cierto que en ocasiones producirá cuestiones atinentes al bi-encuadramiento, esto es, el pluriempleo en el mismo régimen o en distintos regímenes del sistema, con las consecuencias a veces difíciles de precisar en su totalidad *a priori*, pero en todo caso, con aportación de problemas más o menos relevantes. El alta en un régimen de Seguridad Social inicia unas relaciones de seguridad social, que parten de un supuesto hecho causante, que tiene repercusiones extralaborales. Se constituyen las relaciones de seguridad social instrumentales y se preconstituyen las de protección, para el supuesto de que concurra el estado de necesidad. Todo eso se ofrece con el alta de oficio, si bien se subraya el significado económico de la carga del pago de la fracción de cuota. Pero no es el más importante, ni el único efecto, ni desde luego el primero y principal. Por ello la decisión es la razonable

Luis Enrique de la Villa Gil
Maravillas Espín Sáez
Jesús González Velasco
Miguel Ángel Limón Luque
Lourdes López Cumbre
Ana de la Puebla Pinilla
María de Sande Pérez-Bedmar
Borja Suárez Corujo
Luis Enrique de la Villa de la Serna

III. EMPRESARIO

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Grupo de empresas. A) Responsabilidad solidaria: criterios para determinar su existencia. **3. Contratas.** A) Diferencias con la cesión. B) Noción de propia actividad. **4. Empresas de Trabajo Temporal.** A) Inexistencia de autorización administrativa: infracción administrativa. B) Sucesión de contratos temporales y contrato de puesta a disposición: no cómputo de la antigüedad. C) Alcance de la responsabilidad solidaria *ex* artículo 16.3 LETT. **5. Cesión ilegal.** A) Diferencias con la contrata. B) Consecuencias de la existencia de cesión ilegal en las Administraciones Públicas. **6. Sucesión de empresas.** A) Elementos del supuesto de hecho. B) Efecto subrogatorio. a) Es necesario que los contratos continúen en vigor. b) No alcanza a las expectativas de derecho. C) Respeto de las condiciones de trabajo existentes en el momento de la transmisión. D) Sucesión de contratas. E) Alcance de la responsabilidad solidaria. a) Deudas laborales de la empresa cedente pendientes de abonar. b) Indemnización por despido.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 1 a 4 de 2003 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 806 a J 1547) 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 empresa, así como las relativas a la determinación de los sujetos responsables y al alcance de las previsiones del Estatuto del los Trabajadores en supuestos de sucesión de empresas. Las Sentencias del Tribunal Supremo analizadas pertenecen, casi en su totalidad, a la Sala Cuarta del mismo, si bien en aquellos supuestos en que la resolución objeto de crónica no perteneciese a la precitada, aparecerá reflejada la Sala correspondiente. Por otra parte, las sentencias dictadas en unificación de doctrina están indicadas con la abreviatura u.d.

2. GRUPO DE EMPRESAS

A) Responsabilidad solidaria: criterios para determinar su existencia

La mera existencia de un grupo empresarial no es por sí sola argumento suficiente para derivar de ella la responsabilidad solidaria de todos sus componentes. Como viene reiterando la doctrina jurisprudencial, de la que se hace eco la **STSJ de Madrid de 18 de marzo de 2003,** I.L. J 1204, con prolija enumeración de pronunciamientos, los criterios para derivar de la pertenencia a un grupo de empresas una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, pueden sintetizarse en las siguientes notas: 1) Confusión patrimonial. 2) Funcionamiento integrado o unitario. 3) Prestación de trabajo indistinta o común –simultánea o sucesiva– a favor de varios empresarios. 4) Utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas, en perjuicio de los trabajadores. 5) Confusión de plantillas, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección. Todo ello, teniendo presente, como resalta la sentencia comentada, que "salvo supuestos especiales, los fenómenos de circulación del trabajador dentro de las empresas del mismo grupo no persiguen una interposición ilícita en el contrato para ocultar al empresario real, sino que obedecen a razones técnicas y organizativas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas". De ahí que, para la Sala, estas directrices deban ser complementadas con afirmaciones tales como que "la figura jurídica del grupo de empresas no debe presumirse, sino aplicarse con criterio estricto, y siempre que existan fundados indicios de su existencia", o que "el Derecho Laboral no debe ni puede combatir o frenar tal institución, sino que ha de limitarse a encauzarla dentro del principio de buena fe", o que "la responsabilidad solidaria entre las distintas empresas integrantes del grupo sólo debe aplicarse cuando la que aparezca como empleadora sea insolvente y se pruebe o presuma fundadamente que existió fraude de ley o ánimo defraudatorio", o, en fin, que "el mero hecho de que una empresa aparezca integrada en un grupo aparte de sus acciones pertenezcan a otra o coincidan sus elementos directivos, no debe considerarse ilícito jurídicamente (…), puesto que ello está perfectamente amparado en el art. 38 de nuestra Constitución".

3. CONTRATAS

A) Diferencias con la cesión

Véase apartado 5.A).

B) Noción de propia actividad

Como se sabe, un elemento crucial en la delimitación del supuesto de hecho del art. 42 ET viene constituido por el concepto de "propia actividad", pues sólo las contratas pertenecientes a ella despliegan los efectos jurídicos previstos en el citado precepto. Se trata,

por tanto, de un concepto sometido a amplio debate doctrinal y jurisprudencial que, pese a los años, continúa generando abundante litigiosidad. Frente a posiciones anteriores, la más reciente doctrina del Tribunal Supremo, como recuerda la **STSJ de Aragón de 12 de junio de 2003,** I.L. J 1081, ha seguido la "teoría del ciclo productivo, que considera que el círculo de la propia actividad de la empresa principal queda delimitado por las operaciones o labores que son inherentes a la producción de los bienes o servicios específicos que se propone prestar al público, excluyendo las actividades complementarias inespecíficas (…) debido a que las actividades del ciclo productivo, a diferencia de las actividades indispensables no inherentes a dicho ciclo, se incorporan al producto o resultado final de la empresa o entidad comitente, tanto si son realizadas directamente como si son encargadas a una empresa contratista". De conformidad con tal tesis, la sentencia declarará que la actividad de restauración y rehabilitación de zonas de un parque nacional degradas por las visitas forma parte de la propia actividad del Organismo Autónomo Parques Nacionales, pues se trata de una actividad inherente al citado organismo, indispensable para conseguir la finalidad propia de la red de parques nacionales.

4. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

A) Inexistencia de autorización administrativa: infracción administrativa

La **STS de 10 de junio de 2003,** u.d., jurisprudencia seleccionada núm. 7, pág. LN-32, unifica doctrina acerca de si resulta sancionable administrativamente la conducta de una empresa de trabajo temporal que cede trabajadores antes de haber obtenido la correspondiente autorización administrativa. La Sala, en aplicación de los arts. 2.1 y 2 de la LETT y 43 ET, afirma nítidamente que "cuando se celebren contratos de puesta a disposición al margen de esos preceptos y sin cumplir con las exigencias legales, las empresas incurren en responsabilidad y, atendiendo a la fecha en que ocurrieron los hechos, el art. 96.2 del Estatuto de los Trabajadores sancionaba como infracción muy grave la cesión de trabajadores al margen de la Ley, y eso mismo dispone ahora el art. 8.2 del RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, que aprobó el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, derogando el art. 96 del Estatuto de los Trabajadores".

B) Sucesión de contratos temporales y contrato de puesta a disposición: no cómputo de la antigüedad

En aquellos supuestos en los que el trabajador haya prestado servicios para la misma empresa de manera sucesiva y alternativa a través de contratos directos de carácter temporal y mediante cesión de una empresa de trabajo temporal, no cabe apreciar el cómputo de la antigüedad desde el inicio del primer contrato temporal directo, pues, como señala la **STSJ de Madrid de 10 de febrero de 2003,** I.L. J 977, "aun siendo cierto que en los supuestos de sucesión de contratos temporales, celebrados en fraude de ley, carecen de valor liberatorio los finiquitos que pudiesen haberse suscrito a su conclusión, y que en tales casos, de no haber mediado entre ellos un plazo superior a 20 días es computable

la antigüedad devengada desde el primer contrato (...), no lo es menos que para que tales previsiones puedan entrar en juego, ha de tratarse de un mismo empleador, o siendo formalmente distintos, que entre ellos haya existido una sucesión de empresas del art. 44 del ET, o estén vinculados entre sí por lazos de los que quepa inferir existe un grupo de empresas con responsabilidad solidaria, pues, de lo contrario, no cabe hablar de una sola relación laboral, sino de múltiples contratos de trabajo, tanto como empleadores haya, en los que no es posible el trasvase de responsabilidades (...), aunque los mismos se hubiesen concertados en fraude de ley".

C) Alcance de la responsabilidad solidaria *ex* artículo 16.3 LETT

En los supuestos de contratos de puesta a disposición celebrados contraviniendo lo previsto en los arts. 6 y 8 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, que regula las empresas de trabajo temporal, el art. 16.3 de la citada norma establece la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria y la empresa de trabajo temporal de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición. Como ya ha señalado algún pronunciamiento del Tribunal Supremo e indica claramente la **STSJ de Madrid de 10 de febrero de 2003,** I.L. J 977, dicha responsabilidad está limitada a las obligaciones reseñadas, "sin que por ello pueda extenderse a responsabilidades de otra naturaleza, como las indemnizaciones derivadas del despido, e incluidos por tal razón los salarios de tramitación". Se argumenta, además, que en estos supuestos no son de aplicación las previsiones del art. 43.2 ET para los casos de cesión ilegal de trabajadores, "pues no tiene tal consideración la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa cuando ésta se ha llevado a cabo a través de una empresa de trabajo temporal, debidamente autorizada para ello".

5. CESIÓN ILEGAL

A) Diferencias con la contrata

De nuevo, los criterios, indicios o elementos que permiten deslindar entre el negocio lícito de la contrata y la vedada actividad de cesión de trabajadores constituyen la principal cuestión de los pronunciamientos recaídos en esta materia en el período temporal analizado. La ya dilatada doctrina jurisprudencial y judicial existente sobre la cuestión permite distinguir una evolución que, desde iniciales planteamientos centrados en identificar en la empresa contratista los caracteres propios de una empresa real y auténtica, va refinando su construcción hasta centrar en el ejercicio de los poderes empresariales el dato determinante de la existencia o no de una actividad lícita, más allá de la eventual presencia de un contratista real. Como recuerda la **STS de 16 de junio de 2003,** jurisprudencia seleccionada núm. 8, pág. LN-10, "es difícil reconocer en cada caso, el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita", por

lo que la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación de diversos criterios de valoración, no excluyentes sino complementarios, con valor indicativo u orientador, entre los que pueden citarse "la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio de los poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista". Ahora bien, continúa la sentencia, esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes pueda darse la cesión, pues aún tratándose de empresas reales la cesión puede tener lugar si la actividad del contratista se limita al mero suministro de mano de obra. De ahí la importancia de la actuación empresarial en el marco de la contrata, aunque "excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión de que aquél no es más que un delegado formal de la empresa principal". Por eso, en el caso de autos –arrendamiento de servicios de *telemarketing*–, pese a que la contratista retenía algunas facultades empresariales (poder disciplinario, ordenación de las vacaciones, control de "acceso y salida" del personal), se estima la existencia de cesión ilegal, pues dicha retención de facultades empresariales es compatible en determinados casos con la cesión, como se pone de manifiesto con las empresas de trabajo temporal, "que realizan una actividad material de cesión legalmente exceptuada" y "retienen el ejercicio del poder disciplinario y desarrollan las actividades de selección y formación del personal cedido, aparte de asumir el cumplimiento de las obligaciones salariales y de Seguridad Social en relación con los trabajadores cedidos".

Similares argumentos conducen a la **STSJ de Madrid de 17 de marzo de 2003,** I.L. J 1203, a apreciar un supuesto encuadrable en el art. 43 ET, dado que, aun cuando se trataba de una contratista real, con organización e infraestructura propias, que, "al menos en parte", había puesto en juego en el desarrollo de la contrata, "al poner a contribución de la cesionaria –empresa principal– los elementos personales y materiales precisos para la gestión de las bajas, permisos, vacaciones, turnos de trabajo, así como para el abono de salarios y el pago de las cuotas a la Seguridad Social", sin embargo, "en el desarrollo de las funciones encomendadas era el personal de (la empresa principal) quien instruía a los trabajadores de (la empresa contratista) y les daba órdenes e instrucciones"; actuación que, además, "tampoco puede justificarse en el imprescindible control que sobre la contrata deba desarrollar la empresa principal, pues se trata de dos ámbitos distintos de actuación".

Tras un extenso y prolijo repaso a la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de los criterios delimitadores entre la lícita contrata de obras y servicios y el mero negocio interpositorio –en términos muy semejantes a los recién expuestos–, la **STSJ de Navarra de 9 de mayo de 2003,** I.L. J 1247, llegará a la conclusión de inexistencia de cesión ilegal de trabajadores en el supuesto contemplado, aprovechando la ocasión para hacer una descripción de las necesidades productivas a que responde la externalización del servicio y destacar, con apoyo en la doctrina científica, que la responsabilidad solidaria del art. 42 ET se aplica tanto al negocio de la subcontrata como al de la contrata. Se trata, esta última, de una afirmación en gran medida hoy carente de valor, dado que el precepto comentado ha sido reformado e incluye expresamente ya en su apartado 2 el negocio de la contrata, pero que, no obstante, conserva un interesante valor interpretativo de la finalidad y el bien jurídico protegido por el precepto. Con similares argumentos y parecida

exposición de la evolución jurisprudencial en torno a los factores diferenciales de la descentralización productiva y el simple suministro de mano de obra llega la **STSJ de Galicia de 11 de abril de 2003,** I.L. J 1373, a concluir que en el caso enjuiciado no se produjo una cesión ilegal de mano de obra; en concreto, se trataba de una contrata de reparación de maquinaria auxiliar en cuya ejecución los trabajadores de la empresa contratista prestaban servicios en el taller de la empresa principal que, además, les facilitaba los recambios y herramientas grandes. No obstante, la contratista tenía su vestuario propio, entregaba a sus empleados ropa de trabajo, cajas de herramientas y vehículos, y si bien en los últimos meses su poder de dirección "se había debilitado" –al ser los jefes de la empresa principal los que repartían el trabajo–, sin embargo "mantuvo siempre cierta capacidad organizativa en relación con su personal".

B) Consecuencias de la existencia de cesión ilegal en las Administraciones Públicas

Reiterando pronunciamientos precedentes, la **STS de 28 de octubre de 2003,** u.d., I.L. J 1523, declarará que "el trabajador sujeto pasivo de una cesión ilegal no adquiere en la Administración la condición de fijo de plantilla, sino la de trabajador por tiempo indefinido". Se trata, en suma, de una aplicación particular de la doctrina jurisprudencial sentada en torno a las consecuencias derivadas de las irregularidades en la contratación temporal por parte de las Administraciones Públicas, justificada, en palabras de la sentencia mencionada, en el hecho de que "tanto en este caso como aquél, concurren las mismas razones por las que se impone la prevalencia de las normas constitucionales y administrativas sobre las laborales".

6. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Elementos del supuesto de hecho

De nuevo la jurisprudencia y la doctrina judicial se pronuncian acerca de los elementos que configuran el supuesto de hecho del art. 44 ET y que, por ende, provocan el despliegue de los efectos subrogatorios en él previstos. Así, la **STSJ de Valencia de 20 de enero de 2003,** I.L. J 1310, citando doctrina del Tribunal Supremo, vuelve a insistir en que el art. 44 ET presupone "la concurrencia de dos elementos: uno subjetivo, representado por la transmisión directa o cambio del antiguo empresario por otro nuevo y distinto, aunque la sustitución se realice a través de un tercero interpuesto, pues lo determinante es que el empresario anterior y el nuevo se hagan cargo sucesivamente de la actividad empresarial; y otro, objetivo, consistente en la entrega efectiva del total del conjunto operante de los elementos esenciales de la empresa que permita la continuidad de la actividad principal que constituye su objeto, o, lo que es lo mismo, la permanencia de la empresa como unidad en sus factores técnico-organizativos y patrimoniales". A continuación, la Sala se hace eco de los pronunciamientos del TJCE que, a su juicio "han suavizado o matizado" los requisitos de la efectiva transmisión de bienes patrimoniales, alu-

diendo a sentencias en las que se indica la necesidad de considerar todas las circunstancias de hecho que caracterizan la operación, como el dato de que haya habido o no una transmisión de bienes materiales, que el empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, que se haya transmitido o no la clientela o, en fin, el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión; todas ellas aspectos parciales de la evaluación de conjunto que ha de hacerse y que, por tanto, no pueden apreciarse aisladamente. De todo ello concluye la sentencia examinada que, en realidad, lo pretendido con estas afirmaciones tanto por el TS como por el TJCE es "dejar sentados los supuestos que son conocidos como 'cambios no transparentes', dando las pautas de análisis e interpretación de indicios que deben realizar los órganos judiciales a fin de garantizar los derechos de los trabajadores reconocidos en las leyes, 'levantando el velo' de las sociedades, a fin de determinar si se ha producido ocultación de intereses; y ello sólo es posible a través del estudio individualizado de cada caso".

Por su parte, las **STS de 16 de julio de 2003,** u.d., I.L. J 1268 y **STSJ de Galicia de 22 de abril de 2003,** I.L. J 1376, en torno a idéntico supuesto de hecho, mantendrán la inexistencia de sucesión empresarial sobre la base del estudio de ese elemento objetivo recién comentado imprescindible para que se aplique el art. 44 ET. Mientras que el TS afirmará que la sucesión de empresa "requiere la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales (...) que permite la continuidad de la actividad empresarial (...) y, por ello, no puede apreciarse la sucesión cuando lo que se transmite no es la empresa en su totalidad ni un conjunto organizativo, sino unos elementos patrimoniales aislados", la Sala del TSJ de Galicia insistirá en la exigencia de que se transmita "un conjunto organizado de medios materiales y humanos, que permitan la continuidad de la actividad empresarial", no simples activos que no constituyen un conjunto organizado, y que tales elementos transmitidos "constituyan una unidad de producción susceptible de explotación o gestión separada".

B) Efecto subrogatorio

a) Es necesario que los contratos continúen en vigor

Con independencia o al margen de la necesidad de cumplir con los requisitos configuradores del supuesto aplicativo del art. 44 ET, para que opere la garantía subrogatoria en él recogida es necesario "que los contratos de trabajo continúen en vigor y no se hayan extinguido válidamente" (**STS de 16 de julio de 2003,** u.d., I.L. J 1268 y **STSJ de Galicia de 22 de abril de 2003,** I.L. J 1376).

b) No alcanza a las expectativas de derecho

Después de concluir en la inexistencia de sucesión empresarial en el caso analizado, la **STSJ de Cataluña de 7 de mayo de 2003,** I.L. J 864, señalará que ni aun en el hipotético supuesto de que tal sucesión hubiera acontecido, la pretensión ejercitada –tendente a la aplicación de una mejora voluntaria de la prestación de incapacidad permanente total prevista en convenio colectivo, dándose la circunstancia de que la situación de incapaci-

dad permanente le es reconocida al trabajador años después de la hipotética transmisión–sería viable pues "no existía derecho alguno en el momento de la subrogación, sino una mera expectativa de derecho", y es doctrina del TS que el art. 44 ET sólo abarca "aquellos derechos y obligaciones realmente existentes en el momento de dicha integración", sin que la subrogación alcance "de ningún modo a las meras expectativas (...) sino tan sólo a los derechos consolidados en la fecha de la integración".

C) Respeto de las condiciones de trabajo existentes en el momento de la transmisión

La **STSJ de Madrid de 12 de marzo de 2003,** I.L. J 1195, apoyándose en pronunciamientos precedentes del Tribunal Supremo y aplicando el art. 44 ET en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 12/2001, afirmará que "el art. 44 ET no obliga al nuevo empresario al mantenimiento indefinido de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo que la empresa transmitente aplicaba, sino sólo a respetar las existentes en el momento de la transmisión, por lo que en el futuro habrá de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulan la relación laboral con el nuevo empleador", añadiendo que "carece de toda consistencia (...) la tesis de que el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores sólo exige el mantenimiento de las condiciones que tuvieran los trabajadores en la empresa anterior, con olvido de la valoración de dichas condiciones, pues éstas únicamente se mantendrán en el supuesto de ser más favorables, pero no si (...) lo eran las de la nueva empresa". Si bien en el caso de autos la cuestión ha de ser debatida desde otra perspectiva –pues en el fondo lo que se discute no es la determinación del convenio aplicable sino la subsistencia de una condición más beneficiosa adquirida a título individual que en un determinado momento pierde tal carácter al ser más favorable la regulación establecida en el convenio–, conviene no olvidar, en relación con la doctrina jurisprudencial reseñada, que la redacción actual del art. 44 ET parece implicar que la continuidad aplicativa del convenio de origen, en defecto de acuerdo de empresa, se producirá con independencia de su mayor o menor favorabilidad respecto del convenio que se viniera aplicando en la empresa cesionaria.

D) Sucesión de contratas

La **STSJ de Galicia de 19 de abril de 2003,** I.L. J 1375, debe enjuiciar la pretensión de unas trabajadoras de que opere la subrogación empresarial en un supuesto de hecho delimitado por las siguientes circunstancias: las trabajadoras prestaban servicios en el marco de una contrata de limpieza en las instalaciones de una Escuela Universitaria que, con posterioridad, abandona su centro propio para trasladarse al edificio de una Facultad que ya contaba con su propia adjudicataria del servicio de limpieza.

Como se recordará, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene manteniendo que en los supuestos de sucesión de contratas y concesiones administrativas sólo se producirá el efecto subrogatorio cuando así lo prevea el convenio colectivo aplicable o el pliego de

condiciones administrativas. En el supuesto de hecho estudiado el convenio colectivo, efectivamente, contemplaba la subrogación pero la Sala llegará a la conclusión de que no cabe apreciar subrogación empresarial, pues realmente no se ha producido una nueva concesión y, además, la concesión a la empresa que a partir de ese momento se hará cargo de la limpieza "es de fecha anterior a los ceses de las demandantes y distinta a la en que éstas prestaban sus servicios".

E) Alcance de la responsabilidad solidaria

a) Deudas laborales de la empresa cedente pendientes de abonar

Las **SSTS de 15 de julio de 2003,** u.d., I.L. J 1266, **de 15 de julio de 2003,** u.d., I.L. J 1264 y **de 4 de octubre de 2003,** u.d., I.L. J 1470 abordan supuestos de hecho idénticos o similares respecto de los que deben decidir, no si hubo sucesión empresarial, pues se parte de la base de que la relación laboral con la empresa cedente se extinguió antes de la transmisión, sino "si el art. 44.1 ET permite ser interpretado en el sentido de entender que de la transmisión de empresas se deriva una responsabilidad solidaria de ambas con respecto a las deudas laborales preexistentes a la transmisión respecto de un trabajador no cedido". Tras un análisis de la evolución histórica de la redacción del precepto analizado y con apoyo adicional en criterios hermenéuticos adicionales como la interpretación literal, lógica y sistemática, el Tribunal Supremo concluirá que "el legislador español, yendo más allá del comunitario, ha establecido que, en caso de sucesión empresarial no sólo se produce la subrogación de la nueva en los derechos y obligaciones del anterior respecto de los trabajadores cedidos, sino que ha mantenido la responsabilidad solidaria de ambas empresas respecto de las deudas laborales que la empresa cedente tuviera pendientes de abonar".

b) Indemnización por despido

En la interpretación del alcance de la responsabilidad solidaria de las empresas cedentes y cesionarias prevista en el art. 44 ET, la **STSJ de Navarra de 23 de abril de 2003,** I.L. J 1236, sostendrá que aquélla se produce "respecto de las obligaciones salariales nacidas con anterioridad a la transmisión, pero dicha responsabilidad no se puede extender a un despido que se produce con posterioridad a dicha sucesión empresarial y sólo es imputable a la empresa cesionaria". Si bien en este extremo el razonamiento de la Sala parece correcto, máxime si tenemos presente que el art. 44.3 ET limita el alcance temporal de la responsabilidad a las obligaciones nacidas antes de la transmisión y no satisfechas, no lo parece tanto cuando afirma que a la misma conclusión de la inexistencia de responsabilidad de la empresa cedente por las consecuencias de un despido llevado a cabo por la empresa cesionaria con posterioridad a la transmisión se puede llegar teniendo presente la declarada por el TS naturaleza indemnizatoria de los salarios de tramitación y la propia de la indemnización por despido, pues con ello parece olvidarse que el art. 44.3 ET habla de obligaciones laborales y no específicamente de obligaciones de carácter salarial.

Más allá de lo expuesto, la Sala añadirá que la exclusiva responsabilidad de la empresa cesionaria no se ve alterada por la circunstancia de que la empresa cedente haya continuado abonando el salario del trabajador en cuestión durante más de dos meses después del cese de la explotación, "porque mediante ello sólo ha pretendido favorecer a la trabajadora, y no ha impedido que la misma se incorpore temporáneamente a su trabajo".

Jesús Cruz Villalón
Patrocinio Rodríguez-Ramos Velasco
Rafael Gómez Gordillo

IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Cuestiones generales en materia de contratación: período de prueba. 3. Contratación temporal. A) Supuestos. a) Contrato para obra o servicio determinado. b) Contrato eventual por circunstancias de la producción. c) Contrato de interinidad. d) Nombramientos temporales del personal estatutario del Sistema Nacional de Salud. B) Reglas generales. a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales. b) Tratamiento de la extinción contractual. **4. Contratación a tiempo parcial y contrato fijo discontinuo.** A) Contrato a tiempo parcial. B) Contrato fijo discontinuo. **5. Contratos formativos: contrato para la formación. 6. Contratación en la Administración pública: Irregularidades en la contratación laboral.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica incluye las sentencias publicadas en los números 5 al 8 de 2003 de la revista *Información Laboral Jurisprudencia*. No existen novedades espectaculares si bien se detectan sentencias interesantes en relación con los contratos de obra o servicio determinado y, sobre todo, con el personal temporal del empleo público.

2. CUESTIONES GENERALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN: PERÍODO DE PRUEBA

En buena medida, los pronunciamientos recaídos en el período considerado reiteran interpretaciones ya conocidas. Así, en relación con la necesidad del ejercicio de la facultad de desistimiento mientras el pacto de prueba esté en vigor, así como la aplicación de los criterios civiles para el cómputo de plazos, encontramos la **STSJ de Andalucía (Granada) de 24 de junio de 2003,** I.L. J 1053. En otro orden de consideraciones, la **STSJ de Madrid de 17 de febrero de 2003,** I.L. J 981, se ocupa de los límites de la facultad de desistimiento, en concreto, de su posible ejercicio contrario a los derechos fundamentales de los trabajadores: se estudiaba en el supuesto la posible vulneración, finalmente descartada por el Tribunal, del derecho de huelga al haberse producido la denuncia del contrato en sus proximidades.

Existen, no obstante, algunas sentencias de mayor interés que hacen referencia al carácter escrito del pacto de prueba que, como es sabido, tiene carácter constitutivo. La primera es la **STSJ de Asturias de 14 de marzo de 2003,** I.L. J 1004, la cual admite como suficiente para dar cumplimiento a la exigencia legal, el hecho de que el contrato individual indique respecto al período de prueba que éste se ajustara a las previsiones del convenio (indicando en la correspondiente casilla la expresión "según convenio"). Por otro lado, la **STSJ de Madrid de 10 de febrero de 2003,** I.L. J 973, exime de la exigencia legal de que el pacto de prueba conste por escrito aquellos supuestos en los que el trabajador se niegue injustificadamente a firmar el contrato:

> "Pues la conducta del trabajador que injustificadamente se niega a firmar el contrato no puede enervar la eficacia del período de prueba ya que de otro modo se estaría dando validez a un comportamiento ilícito."

3. CONTRATACIÓN TEMPORAL

A) Supuestos

a) Contrato de obra o servicio determinado

Aparte de algún pronunciamiento que establece doctrina general en relación con la actividad que permite recurrir al contrato de obra, excluyendo que la de conservador en un museo pueda tener tal relevancia (**STSJ de Navarra de 14 de mayo de 2003,** I.L. J 1248), el resto de los pronunciamientos se refieren a temas que resultan absolutamente habituales en los repertorios, aunque presentan insospechadas evoluciones, siempre en línea de flexibilizar aun más el recurso empresarial a esta forma de contratación.

En primer término las **SSTSJ de Andalucía (Granada) de 3 y 27 de mayo de 2003,** I.L. J 845 y 851, se ocupan nuevamente del tema de la adscripción a varias obras, dentro del sector de la construcción. La especialidad del supuesto se encuentra en que tal adscripción no se produce de forma simultánea, sino de forma sucesiva: "una vez concluida" una obra, el trabajador pasa a otra. El TSJ entiende que no se trata de un fraude de ley sino de una novación contractual legítima, puesto que hubiera sido admisible llegar al mismo resultado mediante la suscripción de un nuevo contrato y además la posibilidad se encontraba prevista en el convenio de aplicación.

En segundo término existen varios pronunciamientos respecto al clásico tema de la posibilidad de utilizar el contrato para atender las necesidades derivadas de la suscripción de una contrata. Esta posibilidad, reconocida desde antiguo, vuelve a ser admitida por la **STSJ de Madrid de 10 de febrero de 2003,** I.L. J 975. Igualmente la acepta la **STSJ de Madrid de 21 de abril de 2003,** I.L. J 1404, aunque con ciertos límites: el contrato debe ajustar su duración a la contrata de manera que cuando se extienda a dos períodos distintos separados por cierto lapso temporal, el contrato no puede extinguirse al acabar el primero.

Como se ha anticipado las novedades radican en las ulteriores flexibilizaciones respecto al uso del contrato de obra en caso de contratas. Por un lado, la **STSJ de Madrid de 24 de febrero de 2003,** I.L. J 985, no sólo admite que la contrata sea causa para el recurso al contrato, sino que permite que las vicisitudes de aquélla incidan en su existencia. En efecto, según la sentencia es admisible pactar una cláusula que permita la extinción anticipada por reducción del servicio contratado. En efecto:

> "La terminación del servicio por reducción acordada por ésta (la empresa principal) determina una supresión de la necesidad temporal del trabajo en relación con los trabajadores afectados. Esta circunstancia es, pues, suficiente, si no existen problemas de determinación de aquéllos, para extinguir sus contratos."

Y todo ello con fundamento en el artículo 49.1.b) ET.

Por otro lado, la misma posibilidad de contratar o subcontratar un servicio aparece en la **STSJ de Navarra de 20 de junio de 2003,** I.L. J 1258, como determinadora de la existencia de una actividad con autonomía y sustantividad propias y además de naturaleza temporal. En esta sentencia, para determinar si la actividad para la que habían sido contratados los trabajadores en la empresa reunía estas características, el Tribunal se fija en el hecho de que después de la extinción del contrato, la empresa suscribió una contrata para realizar las mismas funciones.

La evolución interpretativa, en definitiva, que presenta este tema muestra sin duda, la existencia de un error conceptual de alcance general, la propia admisión indiscriminada del contrato de obra para atender a las contratas, que, a nuestro juicio, debería ser objeto de profunda revisión en algún momento. En caso contrario, como estamos viendo, la causalidad de la contratación temporal se resquebraja.

b) Contrato eventual por circunstancias de la producción

La única sentencia relevante resulta ser la **STS de 6 de mayo de 2003,** u.d., I.L. J 1063, referida al sector público si bien su doctrina es fácilmente extensible con carácter general. El supuesto resuelto hace referencia a la legitimidad de recurrir al contrato eventual para atender las necesidades derivadas de la existencia de una vacante definitiva o transitoria. Se trata de saber, en definitiva, si cabe la utilización del contrato eventual en lugar del contrato de interinidad. Si bien históricamente la cuestión se había resuelto considerando que se trataba de una irregularidad de carácter administrativo, sin relevancia en punto a la irregularidad de la cláusula de temporalidad del contrato, el Tribunal Supremo excluye ahora esa interpretación, en atención a que, además de una clara ilegalidad, se produce un obvio perjuicio a las expectativas de los trabajadores:

> "A lo anterior, debería añadirse una observación de interés, frente a la postura de la Administración demandada. Se incurre desde luego en fraude (con las salvedades y suavizaciones conceptuales incluidas más arriba, por tratarse de un empresario del sector público), y se perjudica al trabajador, si, ante situaciones que se pretexta son de interinidad, se les contrata bajo fórmulas muy limitadas en el tiempo, ya que los tiempos de inexistencia

> de titular, propios de la modalidad de interinidad, suelen ser mayores; buena prueba de ello es que la empleadora ha retenido el aspecto que le beneficia: la aparición de un propietario, por contratación fija producida antes del plazo de eventualidad preestablecido, no impide la extinción del contrato; siendo por tanto incomprensible que el trabajador no se aproveche de este otro lado de la balanza."

Lógica consecuencia es la solución final de declaración del carácter indefinido del contrato, bien que con las singularidades propias de las Administraciones Públicas.

c) Contrato de interinidad

Poco que reseñar: sin perjuicio de lo que inmediatamente veremos respecto a los nombramientos de sustitución en el sector sanitario público, sólo se debe indicar la existencia de la **STSJ de Madrid de 21 de abril de 2003,** I.L. J 1408, en relación con la imposible extinción del contrato cuando, tras la desaparición de la causa de reserva del puesto de trabajo del trabajador sustituido, el interino ha continuado prestando sus servicios con normalidad. Esta circunstancia, de acuerdo con las reglas generales, conduce a la conversión del contrato en indefinido.

d) Nombramientos temporales del personal estatutario al servicio del Sistema Nacional de Salud

Como es habitual, existe un buen número de sentencias que se refieren a esta materia, algunas de las cuales presentan un carácter novedoso puesto que se ocupan de la incidencia de modificaciones legislativas sobrevenidas. En este último terreno destaca la **STS de 16 de mayo de 2003,** u.d., I.L. J 1072, que aborda la incidencia del régimen general previsto en la Ley 30/1999 para los nombramientos temporales del personal estatutario respecto a los anteriores a su entrada en vigor. En concreto, el problema que resuelve es si la causa extintiva introducida por esta ley para los nombramientos por sustitución, consistente en la pérdida del derecho de reserva del puesto de trabajo del sustituido, debe aplicarse también a los nombramientos anteriores a la ley, hechos cuando la indicada cláusula no estaba expresamente prevista. El Tribunal Supremo entiende que la nueva solución legal resulta de aplicación a todas las relaciones estatutarias con independencia del momento en que se constituyeron y, por tanto, también a las anteriores:

> "no existe en ella una disposición de intemporalidad que vincule los nombramientos efectuados bajo el imperio de la normativa anterior a las causas de cese que en ella se establecían, por lo que su vigencia es plena y afecta a todas las relaciones del personal a que se refiere, obviamente respecto de los efectos a producir a partir de esa vigencia de la nueva norma y en tanto lo sea, de tal modo que la introducción de una nueva causa de extinción de la relación de quien tiene derecho a que le sea reservada dicha plaza, es aplicable a cualquier relación existente a la entrada en vigor de la norma que introduce esta nueva causa de extinción. Por ello (...) la causa consistente en que el sustituido pierda el derecho a la mencionada reserva, actúa sobre las relaciones preexistentes a la norma (...)"

Esta misma doctrina se presupone en las **SSTSJ de Aragón de 11 de abril de 2003,** I.L. J 1075, y **Comunidad Valenciana de 28 de marzo de 2003,** I.L. J 1344, que, además admiten que la extinción del contrato del sustituto por pérdida de reserva del puesto de trabajo del sustituido puede ir seguido de la convocatoria correspondiente para la provisión temporal de la vacante por medio de una nueva interinidad. Parecen separarse con ello de la doctrina anterior que impide que un interino fuera sustituido por otro. Debe precisarse, sin embargo, que, detrás de ambas sentencias, la realidad subyacente parece ser la de que el primer nombramiento, por su carácter urgente, podría no haberse ajustado a las exigencias constitucionales y legales de acceso al empleo público. Se permite con ello que para una provisión, todavía temporal pero mucho más duradera derivada de la inexistencia de reserva de puesto, éstas actúen con total eficacia.

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 24 de junio de 2003,** I.L. J 1108, se ocupa de los criterios aplicables en los casos de necesidad de cesar personal interino por amortización de alguna plaza vacante. Ratifica la validez de las instrucciones aprobadas al efecto por el Insalud, aunque éstas hayan cambiado el criterio previsto en otras anteriores.

Por último, las **SSTSJ de Asturias de 14 de marzo de 2003,** I.L. J 1005, y **Cantabria de 19 de febrero de 2003,** I.L. J 963, se ocupan del encuadramiento del personal llamado de refuerzo que, como es sabido, presta sus servicios en momentos concretos para garantizar la atención continuada. De acuerdo con ambas sentencias, los nombramientos de refuerzo dan vida a una única relación y no a nombramientos puntuales para cada momento de prestación. Por ello existe una única relación jurídica, con permanencia de la situación de alta, para evitar la desprotección del trabajador, sin perjuicio de que la cotización pueda realizarse por las horas efectivamente trabajadas.

B) Reglas generales

a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales

La tónica general es la de la afirmación de un principio de igual trato entre los trabajadores fijos y los temporales, en línea con doctrina jurisprudencial consolidada e incluso con el tenor literal de las normas legales a partir de 2001. En este sentido destaca por su detalle argumentativo la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 17 de enero de 2003,** I.L. J 1362, si bien pueden citarse también las **SSTSJ de Cataluña de 12** y **27 de mayo de 2003,** I.L. J 873 y 885. De este modo, se viene excluyendo la posibilidad de que ciertas ventajas se reserven a los trabajadores fijos, sin conculcar el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española.

Ciertamente en algunos casos, ello puede alterar las reglas del disfrute, multiplicando las obligaciones a cargo de las empresas. Ello puede ocurrir cuando el trabajador de plantilla tiene derecho a las ventajas y, por imperativo del artículo 14 CE, se ha de extender también a quien le sustituye. El Tribunal Supremo, en **STS de 23 de septiembre de 2003,** I.L. J 1452, ha indicado con acierto que esta circunstancia no es en sí misma suficiente para alterar la existencia de la regla general, aunque parecer admitir que en algunos

supuestos sí puede llegar a serlo. De hecho, la **STSJ de Murcia de 16 de junio de 2003,** I.L. J 1144, ha admitido esta idea y excluye que el trabajador que sustituye a un liberado sindical tenga derecho a percibir una cierta ventaja social cuando el trabajador sustituido la ha percibido también. A juicio de la Sala esta última circunstancia constituye justificación objetiva y razonable de la diferenciación.

Por otro lado, la exigencia de la igualdad no parece un principio absoluto. De hecho existen algunos pronunciamientos que la incluyen para algunos casos concretos. Luego veremos (*infra*, 6) las razonables diferenciaciones que se establecen en relación con el tratamiento de los trabajadores indefinidos pero no fijos de plantilla del sector público. Interesa ahora destacar la **SAN de 18 de febrero de 2003,** I.L. J 1231, que admite la legitimidad del diferente tratamiento de los indefinidos y de los temporales en relación con su inclusión o no en el plan de pensiones de la empresa: mientras los fijos acceden a él sin requisitos de antigüedad, a los temporales sólo se les admite cuando acreditan una antigüedad de dos años. La Audiencia Nacional excluye que exista discriminación:

> "la exigencia prevista en la regulación del plan de pensiones de los empleados de vinculación, mediante un contrato de trabajo por tiempo indefinido, para la exención del requisito del período de espera de dos años, no supone discriminación para los trabajadores temporales, que en su caso podrán acceder al plan desde el mismo momento en que se conviertan en fijos, y en igualdad de condiciones que éstos desde ese mismo día".

Es previsible que la solución se encuentre condicionada por el hecho de que el convenio es anterior a la reforma de 2001 puesto que con arreglo a ésta, la solución podría ser discutible.

b) Tratamiento de la extinción contractual

Como viene siendo habitual aparecen sentencias referidas a los efectos de la extinción del contrato en los casos en los que ha existido una sucesión de contratos temporales. La doctrina general en este terreno es, como es sabido, que si no se ha producido una solución de continuidad trascendente, todos los contratos consecutivos dan vida a una única relación jurídica a los efectos oportunos, y en concreto para determinar la cuantía indemnizatoria (**STSJ de Cantabria de 5 de marzo de 2003,** I.L. J 1182). Por el contrario, cuando la ruptura de la continuidad es consistente, superando el plazo de la caducidad del despido, la cadena contractual sólo es relevante a partir de este momento sin que se computen relaciones anteriores (**STSJ de Cantabria de 19 de febrero de 2003,** I.L. J 965).

Ulteriores matices respecto a esta doctrina son los siguientes. Por un lado, la **STSJ de Madrid de 10 de febrero de 2003,** I.L. J 976, indica que la sucesión contractual sólo puede entenderse existente respecto a un mismo empleador. De esta manera sucesivos contratos temporales con diferentes empresas usuarias no pueden ser relevantes nunca para una sola de éstas, siéndolo en su caso para la ETT.

Por otro lado, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 12 de mayo de 2003,** I.L. J 892, introduce algunas ideas interesantes en relación con el principal efecto de esta doctrina, esto es, la cuantía de la indemnización derivada del período de previa prestación de servicios. En primer término indica que la cuantía indemnizatoria debe medirse considerando a los trabajadores a jornada completa aunque, en fecha próxima al despido, el contrato temporal se haya suscrito con una sustancial reducción de jornada. En segundo lugar, y como era previsible, la sentencia entiende que la cuantía indemnizatoria ha de sufrir la minoración derivada de las eventuales indemnizaciones por fin de contrato que el trabajador haya percibido por cada uno de los contratos. Se trata con ello de evitar un enriquecimiento sin causa.

4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL Y CONTRATO FIJO DISCONTINUO

A) Contrato a tiempo parcial

Empiezan a aparecer pronunciamientos sobre la problemática de la transformación del trabajo a tiempo completo en trabajo a tiempo parcial, con motivo de jubilaciones igualmente parciales de los trabajadores. La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 17 de junio de 2003,** I.L. J 1097, se ocupa de este tema desde una perspectiva estrictamente de Seguridad Social. Se trata en concreto de saber si el administrador mancomunado, que a su vez era trabajador de la empresa, puede recurrir o no a los mecanismos de relevo. El TSJ entiende que sí sobre la base de la compatibilidad entre la relación laboral y societaria. Aunque teóricamente aceptable, es probable que la solución no se adecue a las especialidades asegurativas que se han venido estableciendo para este tipo de personal en los últimos años.

Por su parte, la **STSJ de Madrid de 28 de marzo de 2003,** I.L. J 1213, se ocupa del supuesto desde un punto de vista más general, resolviendo el tema de si el recurso de estos mecanismos es un derecho del trabajador o no. La sentencia, tras realizar un análisis exhaustivo de las diferentes normas que los han regulado en los últimos tiempos, llega a la conclusión que el trabajador no tiene un derecho que pueda imponer a la empresa. La posibilidad de transformación de un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial, para acceder a la jubilación parcial, queda siempre sujeta al "previo acuerdo con su empresa".

B) Contrato fijo discontinuo

Resulta interesante la **SAN de 5 de marzo de 2003,** I.L. J 1345, en relación con los trabajadores de la Agencia Tributaria que desarrollan sus tareas en las diferentes campañas de la declaración de la renta. Sobre este tema existe doctrina de suplicación que los encuadra como trabajadores eventuales, a pesar del carácter cíclico de la prestación. La Sentencia que se reseña altera esta percepción, considerando que se trata de trabajadores fijos periódicos.

> "los trabajadores que se relacionan en el hecho probado segundo de esta sentencia suponen el cubrir necesidades sustanciales de la actividad normal de la demandada, para recaudar, anualmente, el impuesto sobre la renta, de modo cíclico, reiterado, homogéneo y, racionalmente, previsible en el funcionamiento de la Hacienda Pública, siendo lógico calificar, a la vista de los que se relatan, como actividades de carácter fijo y discontinuo que se corresponde, en la actualidad, con la de 'indefinida a tiempo parcial' a la que se refieren los preceptos antedichos y conclusión que no resulta afectada, para desvirtuarla, por las variaciones de legislación que existan en cada campaña, medios informáticos que se utilicen, dotaciones presupuestarias o procesos de selección para nuevo ingreso, cuando, en cualquier caso, las plazas son de la clasificación inferior dentro de la Escala Administrativa y, las variaciones legislativas, a esos niveles, son mínimas, a los efectos de alterar la homogeneidad de las funciones que deben desarrollarse por los trabajadores afectados por el conflicto que nos ocupa".

La Sentencia es importante no sólo porque parece más correcta que los pronunciamientos precedentes, sino también, y sobre todo, porque al tratarse de un conflicto colectivo resuelto en instancia por la Audiencia Nacional, permite que el asunto desemboque ante el Tribunal Supremo que podría con ello clarificar definitivamente esta situación.

Importante también, aunque no tan clara en su solución, es la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 17 de junio de 2003,** I.L. J 1099. En el supuesto los trabajadores lo eran de una empresa azucarera, teniendo la condición de fijos discontinuos para la correspondiente campaña. En el contrato suscrito se estableció una cláusula que autorizaba a la empresa, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 47 ET, a interrumpir la prestación e, incluso, a dar por finalizada la campaña cuando por razones meteorológicas o similares existieran problemas de falta de materias primas y por tanto de efectiva prestación por parte de los trabajadores. El Tribunal entiende que la cláusula es válida y que también lo es la decisión de la empresa de dar por interrumpida la prestación y por finalizado el período de campaña cuando se actualizaran las correspondientes circunstancias. Y lo que es más importante, considera irrelevante, tal y como resultaba de lo pactado en el contrato, el hecho de que la empresa instara expediente de regulación de empleo por fuerza mayor que fue desestimado. La autonomía individual adquiere cada día un mayor papel en el mundo de la contratación laboral.

5. CONTRATOS FORMATIVOS: CONTRATO PARA LA FORMACIÓN

Existen dos pronunciamientos, cuyo interés es relativo, relacionados con los efectos del incumplimiento total de las obligaciones formativas. La **STSJ de Madrid de 28 de abril de 2003,** I.L. J 1414, reitera, como no puede ser de otra manera, que en estos casos la cláusula temporal queda desnaturalizada y que, por tanto, la extinción que se ampara en ella debe considerarse un despido.

Por su parte, la **STSJ de Cataluña de 5 de junio de 2003,** I.L. J 1112, se refiere al problema de cómo debe calcularse la indemnización. El trabajador pretendía que, en lugar de cuantificarse sobre la categoría de aprendiz, se calculara sobre la categoría de peón. El

Tribunal no excluye esta posibilidad si bien entiende que, para aceptarla, es preciso acreditar la efectiva prestación de estas funciones por su parte. A falta de tal acreditación, la categoría relevante es la pactada de aprendiz.

6. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: IRREGULARIDADES EN LA CONTRATACIÓN LABORAL

Por último, debe hacerse alguna referencia a las sentencias recaídas en punto a la irregularidad de los contratos temporales en el sector público. En rigor existen pocas novedades, más allá de lo indicado en apartado anterior respecto al personal estatutario del sistema nacional de salud [*supra*, 3.1.d)]. Así, continúa manteniéndose la posible diferenciación entre las irregularidades administrativas y fraude de ley (**STSJ de Galicia de 8 de abril de 2003,** I.L. J 1371) e igualmente se continúa resolviendo, para este último caso, la declaración de indefinido pero no fijo de plantilla (**STS de 6 de mayo de 2003,** I.L. J 1063, y **STSJ de Extremadura de 2 de abril de 2003,** I.L. J 1227).

Lo más interesante es que, en relación con esta última categoría, los tribunales continúan matizando su peculiar estatuto jurídico. Por un lado, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 5 de junio de 2003,** I.L. J 1086, reitera que no hay despido cuando la plaza ocupada por el indefinido no fijo sale a oposición. Deja sin embargo imprejuzgada, por ser cuestión nueva, la cuestión de si la extinción debiera o no haberse canalizado por vía de la extinción por causas objetivas.

Por otro lado, se han resuelto varias pretensiones de este personal reclamando un igual tratamiento al del personal fijo de plantilla. Los tribunales, con buen criterio, son reacios a admitirlas habida cuenta de que la diferente forma de acceder al empleo puede constituir justificación objetiva y razonable de determinadas desigualdades. De entrada, la **STSJ de Madrid de 21 de abril de 2003,** I.L. J 1406, excluye que, so pretexto de igualdad, deba ser aplicada la regla convencional que atribuye la opción en caso de despido improcedente al trabajador. Se trata de criterio ya conocido sobre el que existe jurisprudencia unificada y sobre el que, por tanto, poco podemos decir ahora. Mayor interés presenta la **STSJ de Madrid de 17 de marzo de 2003,** I.L. J 1201. La sentencia se ocupa de las diferencias de tratamiento en relación con la promoción profesional según el sistema de clasificación pública en la empresa TVE, SA. De acuerdo con ésta, los trabajadores de plantilla que permanecen en una cierta clasificación durante un cierto período de tiempo pasan a tener ventajas económicas. Esta regla se aplica sólo a los de plantilla sin que pueda extenderse, como indica la sentencia, a los indefinidos que no lo son. Ello no obstante, la inmediatamente posterior **STSJ de Madrid de 4 de abril de 2003,** I.L. J 1392, admite que, una vez adquirida de forma regular la fijeza, deben computarse a estos efectos los períodos en los que el trabajador tuvo una vinculación temporal (en el supuesto, un contrato de prácticas).

José María Goerlich Peset
María Amparo García Rubio
Luis Enrique Nores Torres
Mercedes López Balaguer
Amparo Esteve Segarra

V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Salario. A) Definición y composición de la estructura salarial. a) Naturaleza salarial de la paga extraordinaria por antigüedad reconocida en Convenio Colectivo de empresas de enseñanza privada. b) Prima de asistencia. El derecho de huelga como derecho fundamental debe tener tratamiento específico. No cabe descontar la prima de asistencia por el día de participación en la huelga. c) Plus de especial responsabilidad y dedicación. Puestos de trabajo con elevado grado de responsabilidad y toma de decisión. No es abonado a todos los técnicos. Debe justificarse porque el puesto de trabajo lleva implícito el grado de responsabilidad y la toma de decisiones. d) Premio de actividad. No procede. El trabajador es despedido con anterioridad a que se haga efectivo su cobro. B) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación. a) Diferencias retributivas en función del vínculo contractual: funcionarios y laborales (fijos y temporales). b) Complemento de especial dedicación. c) Diferencias salariales motivadas en la distinta titulación requerida para el puesto. Unificación de doctrina. C) Fondo de Garantía Salarial. a) Responsabilidad directa: no procede. Despido objetivo fraudulento. b) Responsabilidad directa: procede. Despido objetivo y número de trabajadores de la empresa: referencia a la fecha del despido y no al número de trabajadores habitualmente empleados. **2. Jornada de trabajo.** A) Calendario laboral. a) Conflicto colectivo. Calendario laboral. Elaboración consensuada. Aceptación tácita. B) Domingos y festivos. a) Convenio Colectivo de Grandes Almacenes. Pactos individuales. C) Horas extra. a) Cómputo. Criterio para determinar su existencia. Jornada anual. b) Trabajos en festivos. Jornada inferior a la ordinaria. Períodos mínimos de descanso. D) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. a) Conflicto colectivo. Modificación introducida unilateralmente por la empresa. Necesidad de acudir al procedimiento previsto en el artículo 41 del ET. b) Conflicto colectivo. Modificación horaria. Justificación. c) Conflicto colectivo. Inexistencia de modificación sustancial. Calendario elaborado unilateralmente por la empresa. **3. Pacto de permanencia y no concurrencia. 4. Clasificación profesional.** A) Objeto del proceso especial de clasificación profesional. **5. Movilidad funcional.** A) Movilidad funcional interna. B) Titulación y movilidad funcio-

nal. C) Derecho a la retribución de las funciones superiores desempeñadas. D) Derecho a la convocatoria de cobertura de puestos vacantes: desestimación. **6. Movilidad geográfica.** A) Movilidad geográfica. No tiene tal consideración, ni de traslado, realizar cambios de puesto de trabajo para cubrir vacantes en la misma plaza o en un radio de 25 Km. Convenio Colectivo de la Banca. **7. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo.** A) Conflicto colectivo. Desestimación. Concepto de modificación sustancial de condiciones de trabajo. No hay modificación unilateral por la empresa al ser impuesta por resolución judicial. B) Calendario laboral. Modificación horaria acordada unilateralmente por la empresa. Mayor número de días al año. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. La empresa ha de acudir al procedimiento del artículo 41 del ET. C) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Rescisión contractual indemnizada. Procede la de 20 días y no 45 días. D) Alteración por el empresario del régimen de jornada continua a turnos rotativos (mañana, tarde y noche) con la consiguiente alteración de horarios de jornada, de días de libranza. E) Para la modificación sustancial de condiciones de trabajo es necesario perjuicio al trabajador. Inexistencia de presunción *iuris tantum*. Exigencia de ser probado. **8. Excedencias.** A) Excedencia voluntaria: Acciones frente a la negativa empresarial al reingreso.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 5 a 8 de 2003-2004 de la Revista de *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 806 a J 1547).

1. SALARIO

A) Definición y composición de la estructura salarial

a) Naturaleza salarial de la paga extraordinaria por antigüedad reconocida en Convenio Colectivo de empresas de enseñanza privada

La **STS de 9 de mayo de 2003,** I.L. J 1062, plantea dos cuestiones: en primer lugar, si la paga extraordinaria por antigüedad establecida en el art. 61 del Convenio Colectivo de empresas de enseñanza privada constituye salario o mejora social, y, en segundo término, si la Administración educativa sería la responsable del pago en su totalidad o la parte proporcional al tiempo en que empresa y trabajador estuvieron bajo el régimen de centro concertado.

Esta problemática ya ha sido resuelta con anterioridad en la STS de 17 de diciembre de 2002. El art. 61 del Convenio Colectivo dentro del Título IV dedicado a las retribuciones y bajo la rúbrica de "paga extraordinaria por antigüedad en la Empresa" dispone que los trabajadores que cumplen 25 años de antigüedad en la empresa tendrán derecho a una paga cuyo importe será equivalente al de una mensualidad extraordinaria por cada quinquenio cumplido. La paga extraordinaria del art. 61 se encuadra en el capítulo de las retribuciones y que a tenor del art. 26 LET entra dentro de su amplio concepto de salario, pues es una retribución que se satisface como remuneración a una larga prestación de servicios y que su única razón de ser es remunerar la notable antigüedad en la prestación del trabajo a la empresa, sin que el art. 26 LET ni la noción de salario requiera periocidad, pues no dejan de ser salario las retribuciones de trabajos excepcionales y de dedicaciones a la empresa notable. Respecto a la segunda de las cuestiones, el Tribunal Supremo señala que el derecho a la paga extraordinaria por antigüedad se devenga cuando se cumple el tiempo de servicio continuo exigido y no de modo proporcional al tiempo trabajado y así lo mismo que la antigüedad ha de abonarse por la Administración, aunque ésta la hubiera adquirido el trabajador durante un tiempo en que la empresa no fuera centro concertado, el premio del art. 61 se ha de satisfacer cuando se causa el derecho al mismo.

b) Prima de asistencia. El derecho de huelga como derecho fundamental debe tener tratamiento específico. No cabe descontar la prima de asistencia por el día de participación en la huelga

La **SAN de 26 de marzo de 2003,** I.L. J 1349, analiza la legalidad de la decisión empresarial de descontar la prima de asistencia a los trabajadores que participaron en la huelga general del día 20 de junio de 2002 contra la reforma en materia de desempleo. La prima de asistencia se regula en el art. 41 del Convenio Colectivo que condiciona el derecho a percibir tal retribución a la circunstancia de que el trabajador no haya faltado, aun cuando fuese justificadamente, ningún día, salvo exclusivamente las ausencias de los representantes sindicales motivadas por el ejercicio de su cargo añadiendo que todas las demás ausencias (enfermedad, accidente, licencia, permisos, etc.) conllevarán la pérdida de la prima anual de asistencia, con independencia de que las mencionadas ausencias resulten justificadas.

La cuestión se resuelve de forma negativa con la siguiente argumentación:

> "(…) el ejercicio del derecho de huelga es un derecho fundamental (…) de modo que la normativa convencional ha de interpretarse en el sentido más favorable a su vigencia y en concreto no extendiendo las consecuencias económicas de su activación más allá (…) de la privación salarial correspondiente al tiempo de su ejercicio efectivo. Esto supone pues identificar una heterogeneidad entre el ejercicio del derecho de huelga y el ejercicio de los derechos laborales ordinarios que veda una integración horizontal de aquélla, en cualquier referencia abierta o tácita de éstos, como pretende deducir la empresa de los dos cuantificadores universales que contiene el precepto. 'Todas las demás' y 'etc.' Es cierto que la excepción que se contempla puede integrar el ejercicio de un derecho fundamental, aun-

que de carácter complementario, de la libertad sindical, pero ello no supone la inclusión de los demás en la enumeración abierta de las causas de absentismo que complementariamente se efectúa, y ello por la autonomía epistemológica de todo derecho fundamental que exige un tratamiento normativo específico.

Pero es que además todos los supuestos de absentismo que se enumeran presuponen, en caso de justificación, la titularidad de derechos individuales (representación sindical, salud, descanso) de ejercicio individual susceptibles pues de valoración personalizada con criterio particularizado de cuantificación acumulativa separada, coherente con la finalidad desincentivadora de la asistencia, que late en la política de absentismo que desde 1994 rige en la empresa. La huelga es por el contrario un derecho de insoslayable ejercicio colectivo (…), renuente por ello a su subsunción en una política ordinaria de absentismo, precisamente por la generalidad que conlleva su forma de activación, y del que es ejemplo gráfico la larga lista de trabajadores ausentes que ha tenido que confeccionar la empresa respecto a un solo día de inasistencia. La radicalidad de esta diferenciación exige del precepto convencional una inclusión expresa de la huelga. Y si no lo hace debemos entenderlo excluida y valorar conforme a los criterios ordinarios de pérdida salarial el ejercicio de la huelga, criterios estos que suponen una cuestión extraña a este procedimiento y que de todas formas –una vez hemos excluido la normativa convencional– no podría justificar la pérdida del 20 por ciento de un concepto retributivo anual por la pérdida de un día de trabajo por la evidente desproporcionalidad de porcentajes".

c) Plus de especial responsabilidad y dedicación. Puestos de trabajo con elevado grado de responsabilidad y toma de decisión. No es abonado a todos los técnicos. Debe justificarse porque el puesto de trabajo lleva implícito el grado de responsabilidad y la toma de decisiones

El artículo 53.c).4 del I Convenio Colectivo de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias regula el plus de especial responsabilidad y dedicación, disponiendo que el objeto de dicho plus será compensar a aquellos trabajadores cuyos puestos de trabajo, teniendo el carácter de gestión, mando, confianza y/o jefatura, y siempre que no deban realizarse en régimen de turnicidad, llevan implícito en sus funciones un elevado grado de responsabilidad y de toma de decisión, así como una disponibilidad absoluta a las necesidades del servicio, siendo fijadas estas circunstancias y su correspondiente jornada laboral por la Presidencia del Ente Público.

En aplicación de lo dispuesto en este precepto y continuando la línea jurisprudencial ya sentada en fallos anteriores, la **STSJ de Galicia de 4 de abril de 2003,** I.L. J 1370, deniega el reconocimiento de este plus a un trabajador al no quedar acreditada la realización de funciones que lleven aparejadas un elevado grado de responsabilidad y toma de decisión, así como una disponibilidad absoluta a las necesidades del servicio, ni que el puesto de trabajo que desempeña haya sido calificado por estas circunstancias por el Presidente de la Autoridad Portuaria. En definitiva, la percepción de este complemento

salarial no corresponde a todos los técnicos por el mero hecho de ostentar tal categoría profesional, sino que exige la justificación de que el puesto de trabajo lleva implícita y se realiza por el trabajador en las condiciones que con carácter general prevé el art. 53 del Convenio Colectivo y que son las que justifican su finalidad compensatoria.

d) Premio de actividad. No procede. El trabajador es despedido con anterioridad a que se haga efectivo su cobro

La cuestión que se plantea es si el trabajador que ha cesado en su relación laboral con la empresa por despido declarado judicialmente procedente tiene derecho al cobro de un premio de actividad consistente en dos viajes organizados y pagados por la empresa devengados con anterioridad al despido pero hechos efectivos con posterioridad al cese. Los citados viajes constituían un incentivo ofrecido a los trabajadores, dentro de la denominada Liga Nationale, en el que se incluían los 5 primeros directivos clasificados en el *ranking* de producción, entre los que se encontraba el demandante. En las Bases de la referida Liga Nationale 2000 se fijaba la siguiente cláusula: "Los premios mencionados son personales e intransferibles y el no poseer contrato en vigor en la fecha efectiva del viaje, o no encontrarse en el ejercicio de sus funciones y actividad como Directivo, anula el derecho de asistir al mismo o a cualquier otro tipo de prestación sustitutoria".

La **STSJ de Cataluña de 8 de mayo de 2003,** I.L. J 867, desestima el derecho al cobro del premio de actividad estableciendo al respecto:

> "Y es que desde la interpretación del título que regula el reconocimiento del derecho al viaje en cuestión no deja, a nuestro juicio, lugar a duda alguna a que entre los requisitos de constitución del derecho o que permiten el reconocimiento del mismo se encuentra el de que el trabajador afectado 'posea contrato en vigor en la fecha efectiva del viaje' o que 'se encuentre en el ejercicio de sus funciones y actividad como Directivo'. No se estaría así, y al establecerse dicha exigencia en las llamadas 'bases' de organización y reconocimiento del viaje, de una condición que afecta a un derecho ya constituido o devengado, y en la perspectiva que utiliza la sentencia impugnada, sino de un derecho que sólo se perfecciona cuando se acreditan todas las circunstancias o requisitos establecidos en las 'bases', incluida la última citada, que es la de la situación en activo mencionada. Éstas son las condiciones o circunstancias que dan lugar al reconocimiento del derecho por quien libremente lo establece y según queda establecido con claridad más que suficiente por el título de constitución del mismo. Juicio distinto hubiera podido merecer el caso en que alguna de tales condiciones no se hubieran podido constituir por una conducta arbitraria de la empresa demandada; que se estuviere ante una conducta dirigida inequívocamente a determinar la imposibilidad del cumplimiento de la condición o, incluso, cuando ésta fuera su consecuencia necesaria. (…) Pero no es éste el caso que se enjuicia donde el trabajador fue objeto de un despido finalmente declarado procedente".

B) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación

a) Diferencias retributivas en función del vínculo contractual: funcionarios y laborales (fijos y temporales)

Conforme doctrina del Tribunal Supremo y Constitucional no es discriminatorio establecer diferencias salariales entre funcionarios y personal laboral que realizan iguales trabajos pues es una diferencia justificada por el distinto régimen jurídico de unos y otros (**STSJ de Asturias de 4 de abril de 2003,** I.L. J 1215). Cosa distinta es establecer sistemas retributivos diferentes para trabajadores fijos y temporales. Sobre esta concreta cuestión la jurisprudencia ya había expresado su rechazo por estimarlo discriminatorio. Por su parte, la legislación, específicamente, la Ley 12/2001, de 9 de julio, añadió un anexo 6 al art. 15 LET con el fin de dejar constancia expresa de lo ya anticipado por los Tribunales: "los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida".

Dicho lo anterior, se plantea si los demandantes, trabajadores vinculados con la Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos a través de contratos de naturaleza temporal tienen o no derecho a percibir la paga de resultados en las mismas condiciones que el personal funcionario y laboral fijo. Las **SSTJ de Canarias y Cataluña de 17 de enero y 12 y 27 de mayo de 2003,** I.L. J 1362, 873 y 885, reiteran doctrina resolutoria de supuestos similares conforme a la cual la temporalidad de un contrato no puede tener la consideración de justificación objetiva y razonable para que a trabajo igual no se pague un salario igual (STC de 31 de mayo de 1993), de tal manera que no se puede privar a los trabajadores temporales del derecho a percibir las mismas retribuciones que los trabajadores fijos que desempeñan los mismos puestos, sin conculcar el principio de igualdad de trato en materia retributiva (STS de 6 de julio de 2000) resultando contrario al principio de igualdad e incluso discriminatorio aplicar a los contratados temporales por esta sola causa un régimen jurídico y económico diferente (STS de 22 de enero de 1996). Al no establecer el Acuerdo los parámetros en los que se basa para incentivar la producción y disminuir el absentismo laboral, que permite justificar una mayor vinculación de dicha paga al personal fijo frente al temporal, por el cumplimiento de objetivos más generales por parte de los trabajadores fijos, la diferencia de trato otorgada por la demandada a su personal temporal en relación con el personal fijo, es discriminatoria. Sobre un supuesto bien similar se pronuncia en igual sentido la **STSJ de Madrid de 4 de abril de 2003,** I.L. J 1391.

b) Complemento de especial dedicación

El complemento de especial dedicación es anejo al primitivo puesto de trabajo de la trabajadora, complemento cuya función es compensar los sacrificios extraordinarios que imponía tanto en horario, como en viajes y días festivos el anterior puesto. De ahí que no se consolide dicho plus cuando la trabajadora pasa a un nuevo destino más cómodo y que no resulte discriminatorio que en algún supuesto excepcional el referido comple-

mento se mantenga para algún trabajador que también cambia de destino debido a circunstancias específicas siempre y cuando se respeten los mínimos legales y convencionales en materia salarial (**STSJ de Madrid de 4 de febrero de 2003,** I.L. J 1168).

c) Diferencias salariales motivadas en la distinta titulación requerida para el puesto. Unificación de doctrina

El establecimiento de un salario superior para uno de los locutores de radio de Ayuntamiento con respecto a los otros dos cuando para el ingreso del primero se exigía el título de Bachiller Superior o Formación Profesional de 2º grado y para las otras trabajadoras únicamente el título de Graduado escolar o equivalente no resulta discriminatorio, pese a que estos trabajadores ostentan la misma categoría profesional, realizan idéntico cometido, y en los mismos turnos y horarios. Esto es así porque tal diferencia retributiva no se justifica en ninguna de las causas que determinan la existencia de trato discriminatorio: raza, religión, sexo, ideario político o sindical, ... y no hay razón alguna por la que lo pactado entre las partes no haya de ser respetado (**STS de 22 de septiembre de 2003,** u.d., I.L. J 1454).

C) Fondo de Garantía Salarial

a) Responsabilidad directa: no procede. Despido objetivo fraudulento

La **STSJ de Murcia de 19 de mayo de 2003,** I.L. J 909, aplica la ya consolidada doctrina jurisprudencial, según la cual, para que se le pueda exigir al FOGASA el pago de la cantidad correspondiente a las extinciones por despido objetivo del art. 52.c) ET o por despido colectivo del art. 51 ET a que se refiere el art. 33.8 ET, se requiere del cumplimiento del supuesto de hecho descrito en la norma, y, en consecuencia, la existencia real y efectiva tanto del despido colectivo como del mencionado despido objetivo, según proceda. Esta doctrina jurisprudencial se encuentra recogida, entre otras, en STS de 14 de diciembre de 1999, I.L. J 1954, en donde se hace referencia no sólo a las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción a que se refieren los mencionados preceptos, sino también al resto de requisitos y exigencias que definen ambos despidos.

Por ello, el TSJ de Murcia señala que para que se pueda hablar de despido objetivo en los términos del art. 52.c) ET, el empresario debe acreditar la decisión extintiva en los términos previstos legalmente y que si se está en presencia de un fraude de ley, como en este caso sucede (conclusión a la que llega la sentencia de instancia basándose en la contratación de un nuevo trabajador pocos días después del despido y para ocupar el mismo puesto que antes ocupaba el despedido, lo que evidencia la falsedad de la causa, y en el aquietamiento ante el despido) la consecuencia jurídica de éste implica evitar que se obtenga el fin prohibido por el ordenamiento jurídico, esto es, que un organismo público, con fondos públicos, pague lo que no le corresponde, de forma que el FOGASA se encuentra perfectamente legitimado, en el ejercicio de su competencia y al tramitar el correspondiente expediente administrativo, para denegar la prestación del 40 por ciento de indemnización y, en consecuencia, no está obligado a aplicar lo dispuesto en el art. 33.8 ET.

b) Responsabilidad directa: procede. Despido objetivo y número de trabajadores de la empresa: referencia a la fecha del despido y no al número de trabajadores habitualmente empleados

Para determinar si debe o no responder el FOGASA en los términos a que se refiere el art. 33.8 ET se debe tener en cuenta el número de trabajadores que ocupa la empresa en la fecha del despido, y no el número de trabajadores habitualmente empleados.

Así lo señala la **STSJ de Valencia de 16 de enero de 2003,** I.L. J 1305.

2. JORNADA DE TRABAJO

A) Calendario laboral

a) Conflicto Colectivo. Calendario laboral. Elaboración consensuada. Aceptación tácita

Se plantea por el Comité de empresa de la Delegación de Huelva de Securitas Seguridad de España, SA, demanda de conflicto colectivo por entender vulnerado el art. 41 del Convenio Colectivo Nacional de Empresas de Seguridad, para los años 2002-2004.

El artículo citado, establece que las empresas afectadas por el Convenio Colectivo "someterán a la aprobación de la representación de los trabajadores el correspondiente horario de trabajo de su personal".

Se argumenta por la parte actora, al amparo de este artículo, la necesidad de que la elaboración de los calendarios de trabajo, deba ser consensuada, entre empresa y representación de los trabajadores. Ahora bien, la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 9 de mayo de 2003,** I.L. J 1042, va a entender que cabe la aceptación tácita por la parte social, si entregado el calendario anual ésta no muestra oposición dentro de un plazo razonable. En este caso concreto, el calendario fue entregado a la representación de los trabajadores en febrero de 2002, sin que se manifestase por ésta ninguna opinión contraria al mismo, hasta el mes de junio de 2002, en el que se acuerda su impugnación.

La Sala entiende, que tras una vigencia de seis meses, se ha producido una aceptación tácita del mismo, derivada de las mínimas reglas de la buena fe, por lo que la actuación de la empresa resulta ajustada a derecho.

B) Domingos y festivos

a) Convenio Colectivo de Grandes Almacenes. Pactos individuales

El pacto individual alcanzado en contrato de trabajo sobre prestación de servicios en domingos y festivos, puede verse afectado por un Convenio Colectivo aprobado en fecha

posterior al mismo, si no se acredita que el pacto individual fuere más beneficioso para los trabajadores que las disposiciones de la nueva norma colectiva.

Así lo entiende la **STSJ de Aragón de 19 de mayo de 2003,** I.L. J 839, que analiza la incidencia del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes (BOE de 18 de agosto de 2001), sobre los contratos individuales, celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta norma.

Entiende el Tribunal que el Convenio Colectivo de Grandes Almacenes resulta de aplicación frente a lo dispuesto en los contratos individuales toda vez que las condiciones estipuladas en su día para trabajar en domingos y festivos no eran más convenientes que las que posteriormente ha venido a arbitrar el citado Convenio.

Otro argumento que valora el Tribunal, para entender aplicable el Convenio Colectivo, es el hecho de que el mismo, respeta el derecho a no trabajar en domingo o festivo a los trabajadores contratados con anterioridad a su firma que no tuvieran recogido en el contrato de trabajo o pacto posterior la obligación de hacerlo.

En definitiva no existe vulneración de lo dispuesto en el art. 3.1.c) ET sobre prelación de fuentes.

C) Horas extra

a) Cómputo. Criterio para determinar su existencia. Jornada anual

Aborda la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 7 de julio de 2003,** I.L. J 1160, el criterio que debe emplearse para determinar la existencia, o no, de horas extraordinarias, en aplicación del Convenio Colectivo de Medianas Superficies de Distribución de Alimentos.

Interpretando el contenido del art. 14 del Convenio citado, que regula la existencia de una jornada máxima anual, y del art. 17, que fija el sistema de cálculo de horas extraordinarias sobre salario bruto anual y horas de trabajo efectivo, la Sala considera adecuada la decisión del Juzgador de instancia, y se inclina por entender que debe considerarse el cómputo anual de la jornada.

Criterio este, que ya ha sido aplicado por otras Salas de Tribunales Superiores de Justicia, ejemplo de las cuales lo es la STSJ de Madrid de 23 de noviembre de 2002, I.L. J 2340.

b) Trabajos en festivos. Jornada inferior a la ordinaria. Períodos mínimos de descanso

Se desestima, en el Fundamento Jurídico Segundo de la **STSJ de Extremadura de 13 de marzo de 2003,** I.L. J 1017, la reclamación planteada por una trabajadora, en reclamación de horas extras por festivos trabajados. Dentro de la Sentencia, por parte de la Sala, se destaca una serie de circunstancias que conllevan a desestimar la pretensión de la actora: en primer lugar, el desarrollo de una jornada de trabajo inferior a la ordinaria para el sector; en segundo lugar, la compensación de los días de trabajo en festivos con descan-

sos en otros días; y en tercer y último lugar, el respeto por la empresa, de los periodos mínimos de descanso establecidos, art. 34 ET.

D) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo

a) Conflicto colectivo. Modificación introducida unilateralmente por la empresa. Necesidad de acudir al procedimiento previsto en el artículo 41 del ET

La **STSJ de Navarra de 30 de mayo de 2003,** I.L. J 1250, desestima el Recurso de Suplicación, planteado por la empresa, y considera necesario acudir al procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo, previsto en el art. 41 ET, cuando se pretende introducir, de forma unilateral, sin negociación previa con la representación de los trabajadores, un turno nuevo de trabajo.

Tras analizar en su Fundamento Jurídico Tercero, los requisitos exigidos por esta figura jurídica, la Sala llega a la conclusión de que, la modificación que se pretende por la empresa, tiene carácter de sustancial, al traducirse en un mayor número de días de trabajo al año, y suponer, en consecuencia, unas condiciones más perjudiciales, motivo por el cual, deberá acudirse al procedimiento previsto en el art. 41 ET.

b) Conflicto Colectivo. Modificación horaria. Justificación

Aborda la **STSJ de Cataluña de 17 de junio de 2003,** I.L. J 1134, el supuesto de modificación del horario de trabajo de tres empleados, trasladados a un nuevo centro, que deben ajustarse al existente en el mismo.

En el supuesto de hecho, tres trabajadores, son trasladados de un centro de trabajo, a otro, sin que este traslado, suponga cambio de residencia. En este nuevo centro de trabajo, el horario que deben realizar es diferente del existente en el de procedencia. Así la jornada del centro de origen se desarrollaba, de lunes a jueves, de 7,30 a 13,00 horas, y de 14,00 a 17,00 horas, el viernes, la jornada de trabajo, se desarrollaba de 7,30 a 13,30 horas. En el nuevo centro de trabajo, la jornada se desarrolla, de lunes a viernes, de 8,00 a 13,00 horas, y de 14,00 a 17,00 horas, suponiendo esta jornada una reducción de 172 horas al año.

Entiende el Tribunal que no se puede considerar perjudicial para los afectados esta modificación, dado que conlleva una reducción de la jornada anual en 172 horas, sin reducción de la retribución que venían percibiendo, y se encuentra justificada en la necesidad de adaptarse al horario existente en el nuevo centro de trabajo.

c) Conflicto Colectivo. Inexistencia de modificación sustancial. Calendario elaborado unilateralmente por la empresa

La **STSJ de Navarra de 26 de junio de 2003,** I.L. J 1259, desestima la pretensión de la parte actora, de considerar como modificación sustancial de las condiciones de trabajo,

la elaboración por la empresa de un calendario de trabajo, que modifica la distribución de la jornada de trabajo.

Destaca la Sala que el estudio de la normativa que resulta de aplicación (tanto el art. 34. 6 ET, como el art. 26 del Convenio Colectivo de Industria Siderometalúrgica de la Comunidad Foral de Navarra), no permite concluir la existencia de una obligación de negociar con los representantes de los trabajadores los calendarios de trabajo.

A juicio de la Sala el art. 34.6 ET sólo impone a la empresa la obligación de elaborar anualmente un calendario de trabajo y exponerlo en lugar visible del centro; y por su parte, el art. 26 del Convenio Colectivo aplicable únicamente determina que la jornada laboral queda a resultas de los calendarios que aprueben y fijen las empresas.

En conclusión, no existe obligación legal alguna para las empresas de negociar el calendario laboral, a no ser que la norma colectiva disponga cosa distinta.

3. PACTO DE PERMANENCIA Y NO CONCURRENCIA

La STS de 26 de junio de 2001, recogiendo doctrina anterior y modificándola en adelante, analiza el contenido del art. 21.4 ET, precisando los requisitos necesarios para que el pacto de permanencia sea válido y despliegue su eficacia. Al respecto, señala que la "especialización profesional" a la que alude el precepto, es ajena al derecho de todo trabajador a la formación profesional, derecho importantísimo protegido constitucionalmente (arts. 27, 35 y 40.2 CE), y regulado como un derecho del trabajador [arts. 4.2.b) y 23 ET]. Entonces, la cláusula de permanencia, que constituye una relevante limitación al derecho del empleado a extinguir el contrato por su sola voluntad, mediante la dimisión que contempla el art. 49.1.d) ET, exige no sólo el mero cumplimiento formal de los requisitos que se desprenden del art. 21.4 ET, a saber:

1. Que su aplicación sea efectiva para el caso de que el trabajador haya recibido una especialización profesional;

2. Que el proceso de especialización lo sufrague la empresa;

3. Que su finalidad sea poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico;

4. Que su duración no vaya más allá de dos años;

5. Que la cláusula se constate por escrito.

Se requiere además que el pacto de permanencia esté fundado en causa suficiente y para que pueda apreciarse su licitud o carácter no abusivo, se exigen también determinados requisitos mínimos de proporcionalidad o equilibrio de intereses. Y en caso de controversia incumbe a la empresa la prueba de que la formación proporcionada al trabajador

ha supuesto realmente una auténtica especialización profesional, que, por una parte, redunde en un plus de cualificación del trabajador respecto de la que corresponde habitualmente a la función laboral contratada, permitiendo a quien la ha recibido mayores facilidades de colocación en el futuro, y por otra, que origine al propio tiempo a aquélla un verdadero perjuicio la marcha anticipada del trabajador sin haber resarcido a la empleadora del esfuerzo (no necesaria y exclusivamente financiero) que le ocasionó la especialización a su cargo del empleado.

La **STSJ de Valencia de 9 de enero de 2003,** I.L. J 1301, aplica la doctrina anterior para analizar el pacto de permanencia de un trabajador con categoría profesional de Delineante de 2ª suscrito con una empresa dedicada a la actividad de diseño industrial y programas mecanizados, así como taller de moldes y matrices de inyección de termoplásticos. En este caso los daños reclamados por la empresa, en virtud de la cláusula de permanencia que contiene el contrato, solicitados en la demanda, consisten en el importe de dos facturas, abonadas por la empresa, por dos cursos a los que asistió el demandado, junto con otros dos compañeros, de 5 días y 4 días de duración, en noviembre de 1998 y febrero de 1999, para el manejo de un programa de diseño de ordenador, cuya licencia fue adquirida por la empresa, constando que la baja voluntaria del trabajador se produjo el 6 de junio de 2000. Con estos datos el Tribunal concluye que ni concurre el requisito de especialización, con las matizaciones exigidas por la jurisprudencia, ni la empresa ha acreditado la puesta en marcha, con tal formación, de proyectos determinados o la realización de un trabajo específico, ni consta un verdadero perjuicio de la empresa con la dimisión del trabajador. El Juez de Instancia, al no contener la cláusula cifra indemnizatoria, sitúa el perjuicio de la empresa en la tercera parte de las facturas, dado que junto con el actor asistieron al curso otros dos compañeros, pero al no acreditar la empresa, a quien incumbía, que fuera el actor el encargado de manejar el programa, no queda probado el perjuicio ocasionado.

Por lo que se refiere a la alegada infracción del art. 21.4 LET en relación con la cláusula de no concurrencia prevista en el contrato, para después de extinguido el contrato de trabajo, razona el Tribunal que tampoco procede dar lugar a las cantidades solicitadas en la demanda por este concepto, pues de su redacción se desprende que en realidad se trata de una cláusula de plena dedicación añadida a la que ya consta en el contrato y por la que el trabajador ya percibía 5.000 pesetas en cada nómina. En esta cláusula que se examina, y por la que el recurrente venía percibiendo 5.000 pesetas en sus nóminas con carácter extrasalarial, el trabajador se compromete a no realizar, dentro de un período de dos años contados a partir de la extinción del contrato, actividad, función o tarea, sea por cuenta propia o ajena, o por persona interpuesta, que entre en concurrencia con el objeto social de la empresa, y se obliga a restituir al empresario todas las compensaciones económicas percibidas por este concepto para caso de incumplimiento, y aunque la Sentencia de instancia declara probado que el recurrente a los dos días de la baja voluntaria comenzó a prestar servicios para una empresa dedicada a la misma actividad, desempeñando las mismas funciones, la compensación económica pactada no es adecuada, como exige el precepto denunciado en el recurso. La validez de la cláusula de no

concurrencia se halla inexcusablemente condicionada, dada la evidente limitación que supone para el derecho al trabajo (art. 35 CE), a la contrapartida para el trabajador de recibir una compensación económica adecuada, no lo son 120.000 pesetas reclamadas y abonadas fraccionadamente a razón de 5.000 pesetas en cada nómina, por mucho que aparezca constatado el interés comercial o industrial del empresario, y aunque se haya incumplido la referida cláusula.

4. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

A) Objeto del proceso especial de clasificación profesional

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

5. MOVILIDAD FUNCIONAL

A) Movilidad funcional interna

La movilidad funcional se encuentra limitada *ex* art. 39 ET por el grupo profesional y la titulación del trabajador, límites dentro de los cuales se desenvuelve el poder de dirección empresarial, el *ius variandi* empresarial. Esta movilidad funcional, denominada como "interna", horizontal u ordinaria, se encuentra únicamente limitada por el principio de buena fe que preside la relación laboral y por el respeto a los derechos fundamentales, con particular alusión a la dignidad del trabajador. Así, ajustándose a estos límites, el empresario puede cambiar el puesto de trabajo asignado al trabajador con consiguiente modificación de funciones, decisión empresarial que no es causal, si bien, como decimos, "es evidente que tampoco podrá acordarse de forma arbitraria por el empleador ni en contra de las exigencias de la buena fe o con vulneración de los derechos fundamen-

tales o de la dignidad del trabajador", y que tampoco está sujeta a límites temporales. En estos sentido y términos se manifiesta la **STSJ de Cataluña de 10 de junio de 2003,** I.L. J 1121, que conoce de un conflicto planteado por un trabajador, Mando Intermedio de RENFE, cuando se le asigna un nuevo puesto de trabajo, encuadrado en la Jefatura de Logística Noreste, que igualmente niega la vulneración de la normativa interna de RENFE por considerar que el precepto alegado regulaba el sistema de provisión o ascenso a puestos de trabajo de una categoría superior, la de Estructura de Apoyo, circunstancia que no se aprecia en el supuesto enjuiciado. Con estas mismas características, medida no causal y sin limitación temporal, pero sí limitada por el respeto al principio de buena fe y a los derechos fundamentales del trabajador, el empresario puede igualmente encomendar al trabajador funciones o tareas distintas sin modificación de puesto de trabajo, caso apreciable en la **STSJ de Madrid de 11 de febrero de 2003,** I.L. J 1173, que conoce de la demanda planteada por una recepcionista de óptica cuyas funciones pasan de recepción aleatoria de llamadas y trato a determinados clientes a únicamente aquella primera función.

B) Titulación y movilidad funcional

La ostentación de titulaciones académicas o profesionales exigidas para ejercer la prestación profesional es uno de los límites más importantes en materia de clasificación profesional y movilidad funcional en nuestro ordenamiento jurídico, tal y como se aprecia en el art. 39.1 ET. Pero es un requisito que, al limitar el derecho constitucional a la libre elección de profesión u oficio en los términos en que se reconoce en el art. 35.1 CE, admite matices y modulaciones.

Entre éstos, las SSTS de 20 de enero, 21 de febrero, 25 de marzo de 1994 y 21 de junio de 2000 y las SSTS de 24 de julio de 2000, 15 de noviembre de 2000, 4 de junio de 2001 y 25 de junio de 2002 (u.d.), reflejan las diferencias existentes entre la exigencia legal de titulación, en cuyo caso no cabe ni reconocimiento de nueva clasificación profesional ni retribución salarial acorde a las funciones realizadas pues responde a un fin público de garantizar la capacitación técnica precisa para el desarrollo de determinadas funciones, se trata de un requisito de orden público pudiendo su incumplimiento constituir incluso un delito de intrusismo tipificado en el art. 403 CP, y su exigencia convencional, supuesto en que al menos se reconoce a los trabajadores el derecho a las retribuciones propias de la categoría correspondiente a sus nuevas funciones, pues no es un fin público el que requiere tal titulación sino "el designio de mantener el nivel cultural y técnico que resulte más adecuado", aunque no puedan consolidar ésta. Las **SSTS de 8 de febrero, 18 de marzo, 29 de abril,** y **23 de mayo de 2003,** u.d., (recursos 2420, 2147, 4076 y 4318/2002), I.L. J 334, 483, 261, y 1067, reiteran esta línea sobre una situación frecuente en la práctica, la prestación de funciones de Maestro-Educador por trabajadores que tienen reconocida la categoría inferior de Educador. En todos los casos se trata de personal laboral del Principado de Asturias.

C) Derecho a la retribución de las funciones superiores desempeñadas

El personal del Ministerio de Defensa se muestra especialmente litigioso en lo que concierte a su clasificación profesional y movilidad funcional. Esta intensa conflictividad, que ha contribuido a perfilar los límites del proceso de clasificación profesional, no sólo es debida a la complejidad del establecimiento convencional de un sistema de clasificación profesional, apreciable en su máxima expresión en el Convenio Único para el Personal Laboral de la Administración Central del Estado, aplicable a este personal, siendo exponentes de esta conflictividad la STSJ de Andalucía (Málaga), de 18 de septiembre de 2002, (recurso de suplicación 1448/2002), I.L. J 2979, que explicita el funcionamiento del antedicho sistema de clasificación profesional, y la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife), de 10 de enero de 2003, (recurso de suplicación 469/2002), I.L. J 100. También se debe, aunque estas cuestiones sean más comunes a otros colectivos, a la encomienda de funciones superiores y reclamación de los consiguientes derechos *ex* art. 39 ET. Valga como muestra un botón, la **STSJ de Murcia de 12 de mayo de 2003,** I.L. J 907, conoce y estima la reclamación de las diferencias salariales efectuada por un auxiliar de mantenimiento del Ministerio de Defensa, adscrito al grupo profesional 6, pero que venía en realidad desempeñando las tareas propias del grupo profesional 4, entre otras: ocuparse del taller de cerrajería y carpintería metálica, talleres que no cuentan con otro trabajador, realizando tareas de forma autónoma y con total responsabilidad de forma exclusiva y habitual.

D) Derecho a la convocatoria de cobertura de puestos vacantes: desestimación

Las **SSTSJ de Madrid de 28 de febrero y 17 de marzo de 2003,** I.L. J 986 y 1202, conocen de dos demandas individuales sobre el mismo supuesto, afirman que la prolongada existencia de vacantes no ocupadas, en concreto de dos puestos de trabajo de Técnico de Control de Afluencia en Servicios Centrales de AENA vacantes desde 1995 y 1998, no genera por sí sola el derecho de una trabajadora, Controladora de Circulación Aérea, a su cobertura, al no ser un supuesto incluido dentro del ámbito de aplicación del art. 39.4 ET dado que el trabajador no ha venido desempeñando las funciones propias de tales puestos de trabajo. Es más, el convenio colectivo de aplicación, I Convenio Colectivo Profesional entre el Ente Público AENA y el Colectivo de Controladores de la Circulación Aérea de 4 de marzo de 1999 (BOE del 18) prevé que su cobertura se realice mediante un concurso de méritos con cambio de destino, concurso cuya convocatoria pertenece al ámbito de organización de la empresa, a la decisión del empresario, y que no está sometida a plazo alguno. Por consiguiente podrá ser resuelto por el empleador en el marco de la negociación colectiva pero no en sede judicial.

6. MOVILIDAD GEOGRÁFICA

A) Movilidad geográfica. No tiene tal consideración, ni de traslado, realizar cambios de puesto de trabajo para cubrir vacantes en la misma plaza o en un radio de 25 Km. Convenio Colectivo de la Banca

Debate sobre el que incide la **STSJ de Madrid de 18 de marzo de 2003,** I.L. J 1338, es la interpretación del art. 30 del Convenio Colectivo de banca y ello por cuanto la traba-

jadora fue trasladada de la oficina de Villalva a otra en San Lorenzo del Escorial. La citada sentencia destaca que las empresas podrán cubrir las vacantes existentes realizando cambios de puestos de trabajo, que no tendrán la consideración de traslado ni movilidad geográfica, dentro de una misma plaza o de un radio de 25 Km, tal y como recoge el señalado precepto del CC. Asimismo destaca recogiendo la dictada por la Sala de lo Social de Andalucía (Sevilla) de 29 de mayo de 2000, que no establece el último párrafo del art. 30 del Convenio Colectivo una obligación de la empresa de ofertar públicamente la plaza al personal, pues el traslado sólo puede favorecerse sin menoscabo de las facultades de organización de las empresas, ya que el poder de organización y dirección del empresario no tiene más límites que los derechos reconocidos a los trabajadores por la Constitución, las Leyes y los Convenios Colectivos y el contrato de trabajo, y la regularidad en el ejercicio de este poder de dirección", límites no vulnerados por el empresario, por lo que se entiende ajustada a derecho la medida tomada por éste.

7. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

A) Conflicto colectivo. Desestimación. Concepto de modificación sustancial de condiciones de trabajo. No hay modificación unilateral por la empresa al ser impuesta por resolución judicial

La **STSJ de Cantabria de 24 de febrero de 2003,** I.L. J 968, examina el supuesto de conflicto en relación a la reorganización del "servicio Municipal de Transportes Urbanos", y ello por cuanto una sentencia firme declaró el derecho del personal de tráfico del SMTU, que presta servicios en jornada diaria continua que excede de 6 horas a disfrutar de un período de descanso no inferior a 15 minutos. Pues bien, partiendo de la consideración de que la decisión empresarial es de carácter colectivo y por tal exigencia del cumplimiento de la apertura de período de consultas, no se ha cumplido, insiste la sentencia en la determinación de si la medida tomada es sustancial o no. En el presente supuesto, al devenir la medida de una obligación de hacer impuesta por otra resolución judicial dictada en procedimiento colectivo, no se puede entender encontrarnos ante una modificación unilateral de condiciones del contrato pues viene impuesta por resolución judicial.

B) Calendario laboral. Modificación horaria acordada unilateralmente por la empresa. Mayor número de días al año. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. La empresa ha de acudir al procedimiento del artículo 41 del ET

La empresa procedió a notificar el nuevo calendario laboral para el año 2003, lo cual suponía modificación del calendario del año 2002, no llevando a cabo consultas. Durante el año 2002 se había alterado el calendario al introducir un nuevo turno, lo que la delegada de personal firmó poniéndose en práctica de forma inmediata. La **STSJ de Navarra de 30 de mayo de 2003,** I.L. J 1250, analiza el poder de dirección del empresario, el *ius variandi*, las materias afectadas por la modificación y la sustancialidad, proyectándolo sobre el cambio del calendario y señala, que "la modificación operada, atinente a la aprobación del calendario laboral, no puede ser considerada un mero ajuste intrascendente

cuando dicha modificación se traduce en un mayor número de días de trabajo al año, por tanto, ante la realidad de una modificación sustancial sin que siguiera el procedimiento del art. 41 ET debe de considerarse injustificada.

C) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Rescisión contractual indemnizada. Procede la de 20 días y no 45 días

El trabajador venía desarrollando una prestación de servicios para un Ayuntamiento con un horario ciertamente especial (20,00 a 23,00 en invierno y 21,30 a 24,00 o 0,30 horas en verano), siéndole modificado de 12,00 a 14,00 por razones de atención a los ciudadanos, impugnada tal modificación se entendió por el Juzgado de lo Social justificada. El trabajador posteriormente instó la rescisión con amparo en el art. 50.1.a) ET (y parece ser, subsidiariamente) la rescisión al amparo del art. 41.3 ET. La **STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de abril de 2003,** I.L. J 1619, analiza a cuál de las indemnizaciones previstas en los señalados preceptos tiene derecho el trabajador. Ésta destaca que, "para que pueda prosperar la acción resolutoria del contrato de trabajo contenida en el art. 50.1.a) ET es preciso que el trabajador acredite que la modificación sustancial de condiciones laborales redunda en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad. Cabe descartar que la modificación sustancial de condiciones de trabajo suponga un menoscabo en la dignidad, pues las funciones que venía desempeñando éste son idénticas a las que tras la modificación debía realizar, sin que se le haya privado de ningún signo externo de su categoría profesional, ni se ha acreditado la existencia, siquiera indiciaria, de trato vejatorio o intención de perjudicar al trabajador con la modificación de condiciones, que se ha limitado a un cambio de horario y extensión de la jornada laboral (...)". Tampoco afecta a su dignidad, sino que el cambio de horario tiene por causa atender a las necesidades de atención al público que acude a dicha institución pública. Por consiguiente no procede la extinción al amparo del art. 50.1.a) ET.

D) Alteración por el empresario del régimen de jornada continua a turnos rotativos (mañana, tarde y noche) con la consiguiente alteración de horarios de jornada, de días de libranza

La **STSJ de Madrid de 19 de mayo de 2003,** I.L. J 1629, analiza al supuesto de cambio de jornada continuada a una jornada de turnos rotativos mensuales mañana, tarde y noche con alteraciones en las libranzas, lo que determinó instar por la representación de los trabajadores conflicto colectivo, a la que dio respuesta el juzgado declarando la modificación nula. La Sala conoció del recurso señalando que "los cambios operados consistieron, básicamente, en la implantación con carácter general de un sistema de turnos rotativos, que antes no existía, lo que evidentemente comporta la modificación de la distribución horaria de la jornada del personal afectado; la variación del régimen de libranzas, y finalmente el cambio ocasional del lugar de toma y deje del servicio (...)". Así que, en suma, "si antes los trabajadores afectados por este proceso colectivo tenían establecida una jornada continuada que todos los días laborables se iniciaba de mañana. Si bien tal régimen fue cambiado unilateralmente por su empleador, hoy recurrente, pasando a tener que realizar con carácter general turnos rotativos de mañana, tarde y noche, lo que, como lógica consecuencia, supuso que variase asimismo la distribución horaria de su jornada, a la par que el sistema de días libres, tales modificaciones de condiciones labo-

rales suponen, sin duda, una alteración sustancial, por esencial de las anteriormente disfrutadas, supuesto que encaja plenamente en el art. 41.1 ET".

E) Para la modificación sustancial de condiciones de trabajo es necesario perjuicio al trabajador. Inexistencia de presunción *iuris tantum.* Exigencia de ser probado

Por la empresa se ofreció a la trabajadora –limpiadora en un centro público de Arganzuela– un cambio de horario (mañana a tarde) toda vez razones productivas, no obstante la empresa y para no perjudicarla la ofertó mantenerse en ese centro con el horario modificado, o la limpieza en otro centro, sito en San Sebastián de los Reyes, con las mismas circunstancias de jornada, horario, libranzas y categoría profesional. La empresa manifestó que en caso de no optar expresamente entendía su deseo a mantenerse en el mismo centro en turno de tarde. Ante ello la trabajadora guardó silencio, no optando expresamente, solicitando la extinción del contrato de trabajo al amparo del art. 41.3 ET.

La **STSJ de Madrid de 18 de junio de 2003,** I.L. J 1678, destaca: "para que prospere la opción del trabajador por resolver el contrato y percibir la indemnización legal es preciso que en la modificación concurran las siguientes circunstancias: a) Que se refiera a materias relacionadas con el tiempo de trabajo (jornada de trabajo, horario y régimen de trabajo); b) que tenga carácter sustancial, y c) que perjudique al trabajador". Así destaca que deben producirse y apreciarse por el Juzgado sentenciador la existencia de perjuicios para el trabajador a causa del repetido cambio de condiciones esenciales de trabajo a fin de que actúe el mecanismo resolutorio, "no es dable establecer en tal sentido, una presunción *iuris tantum* de perjuicio para el trabajador en todo supuesto de modificación de las señaladas condiciones esenciales de trabajo, sino que, por el contrario y conforme a la normal interpretación del repetido art. 41.3 ET, debe admitirse por el tribunal sentenciador la existencia de tales perjuicios, según el resultado en juicio". En este supuesto la trabajadora nada acreditó y por tal no procedía la extinción al amparo del señalado precepto.

8. EXCEDENCIAS

A) Excedencia voluntaria: Acciones frente a la negativa empresarial al reingreso

La **STSJ de Madrid de 10 de abril de 2003** (recurso 98/2003), I.L. J 1397, recuerda que frente a la negativa empresarial al reingreso desde la situación de excedencia, caben dos tipos de reacciones, la ordinaria de reincorporación al puesto de trabajo que ha de articularse por el procedimiento ordinario y la de despido, que ha de ser ejercitada por el procedimiento especial.

Consecuentemente, cuando el trabajador solicita el reingreso y la empresa no contesta su petición, o la rechaza pretextando falta de vacante u otras circunstancias análogas, sin

desconocer la existencia de un vínculo entre las partes, lo procedente es interponer la acción de reingreso. Por el contrario, en los casos en los que el empresario se niega de forma rotunda e inequívoca a acceder al reingreso, rechazando incluso la existencia de relación entre las partes, lo procedente es ejercitar la acción de despido.

En todo caso, para la sentencia comentada, el plazo de prescripción de un año para el ejercicio de la acción de reingreso, debe computarse desde la existencia de vacante conocida por el trabajador.

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) Formalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación. **5. El ejercicio de la acción y la modalidad procesal del despido.** A) La caducidad de la acción. B) El procedimiento por despido. **6. Calificación judicial del despido: Procedencia. 7. Calificación judicial del despido: Improcedencia.** A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia. B) Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización. a) 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. B) Cuestiones conexas.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica recoge la doctrina judicial relativa a la extinción del contrato de trabajo y al despido, emanada del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, incluida en la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, números 5 a 8 del año 2003.

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 primera de las causas de extinción del contrato de trabajo, el "Mutuo acuerdo de las partes" [art. 49.1.a) ET] que se documenta a través del denominado "Finiquito", es analizada en la **STSJ de Madrid de 10 de febrero de 2003,** (recurso 5444/2002), I.L. J 973, que le otorga valor liberatorio al enjuiciar el supuesto de la válida extinción contractual dentro del período de prueba.

La Sala argumenta en su FJ 2º:

> "La negación de la eficacia liberatoria del finiquito se ha producido en otros supuestos por completo distintos del presente, tales como: finiquitos tras contratos temporales fraudulentos, o firmados entre contrato y contrato que se suceden en una cadena, o suscritos a la finalización de períodos de trabajo fijo discontinuo (en acciones de despido) y también en casos en que claramente no se ha incluido un concepto determinado o se producen diferencias salariales por convenio posterior con efectos retroactivos (en acciones de reclamación de cantidad). Por lo que se refiere a los finiquitos firmados a la conclusión de un contrato por no superación del período de prueba, se ha declarado su ineficacia cuando tal período era inexistente, por haber sido rebasada su duración o por no haberse pactado por escrito, así en la sentencia del TS de 19 de junio de 1990 y en el supuesto contemplado en la Sentencia del TS de 5 de octubre de 2001. Pero ya se ha dicho que el caso analizado era diferente por las razones expuestas, por lo que se ha de dar plena validez al finiquito".

La **STSJ de Madrid de 10 de febrero de 2003** (recurso 5059/2002), I.L. J 975, estudia la extinción contractual por "realización de la obra o servicio objeto del contrato" [art. 49.1.c) ET], y niega la existencia de despido, basándose en la validez de la modalidad de contrato para obra o servicio determinado cuya duración aparezca vinculada a la vigencia de un contrato mercantil. El fallo declara la existencia de la extinción de la relación laboral, basándose en que "La realización de la obra o servicio objeto de contrato debe conllevar a su extinción –art. 8.1.a) del RD 2720/1998– como causa válida para proceder a la misma –art. 49.1.c) ET– sin que por tal razón pueda hablarse de despido". En sentido análogo, la **STSJ de Madrid de 24 de febrero de 2003** (recurso 5745/2002), I.L. J 985, desestima la existencia de despido, estimando la extinción del contrato por realización de la obra o servicio determinado, sujeta a la duración de una contrata, arrendamiento de servicios o concesión administrativa, debida a la reducción o disminución del servicio objeto de la contrata que implica una supresión de la necesidad temporal de trabajo, siendo esta circunstancia suficiente para extinguir sus contratos. Asimismo, la **STSJ de Navarra de 20 de junio de 2003** (recurso 71/2003), I.L.

J 1258, falla la inexistencia de despido, mostrándose partidaria de la extinción contractual del contrato por obra o servicio determinado, al finalizar la causa y el objeto previstos en dicho contrato. Finalmente la **STSJ de Andalucía (Granada) de 27 de mayo de 2003** (recurso 19/2003), I.L. J 851, analiza la extinción contractual por realización de la obra o servicio objeto del contrato, y niega la existencia de despido, ante la novación sucesiva por mutuo acuerdo de las partes:

> "Cuando lo que se pacta es que el contrato para obra determinada inicialmente concertado pueda ser novado sucesivamente en cuanto a su objeto por mutuo acuerdo de las partes, de tal modo que el trabajador no puede ser empleado simultáneamente en diferentes obras, sino que terminada una obra, o agotada la posibilidad de empleo en ella del trabajador éste pueda pasar a otra mediando el correspondiente acuerdo con el empresario, obviándose así los inconvenientes de los trámites que habrían de mediar de celebrarse diferentes contratos de obra y lapsos de tiempo de inactividad del trabajador (...), es la conclusión de la última obra para la que el trabajador es contratado la que determina el fin de la subsistencia del contrato temporal existente entre las partes, razón por la cual, sobre la base de cuanto se ha razonado, ha de concluirse que dicho cese no constituye un despido."

A la extinción del contrato de trabajo por muerte, jubilación, en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, o incapacidad del empresario, [art. 49.1.g) ET] se refiere la **STSJ de Cataluña de 23 de junio de 2003** (recurso 1843/2003), I.L. J 1136. Confirma la sentencia de instancia que desestimaba la demanda de despido, en el supuesto de una trabajadora, en la que: "acreditada la relación laboral con el empresario manteniéndose hasta el fallecimiento de éste, del que tuvo oportuno conocimiento, y a partir del tal acaecimiento fue la esposa del finado la que continuó, en calidad de usufructuaria universal de la herencia del marido, con el desempeño y gestión del negocio de hostelería, haciendo abono de los salarios a la demandante y continuando la actividad empresarial de aquél hasta su jubilación". El fallo rechaza la existencia de despido por jubilación de la titular del negocio, pronunciándose a favor de la extinción de la relación laboral. Para la Sala:

> "es claro que de conformidad con la ya consolidada doctrina sustentada por el Tribunal Supremo entre otras coincidentes Sentencias de 28 de junio de 1984, 16 de junio de 1988, 18 de diciembre de 1980 y 13 de marzo de 1992, la única empresaria y continuadora en la titularidad del negocio para la que la demandante siguió prestando servicios lo fue la aludida esposa del finado de conformidad con lo prevenido por el núm. 2 del art. 1 del Estatuto de los Trabajadores sin que pese a haberse producido, por razón de tales circunstancias, un cambio en la titularidad de la empresa, a tenor de lo determinado por el art. 44 del mismo ET, a la demandante, en calidad de trabajadora, le correspondieran otros ni más derechos que los de "quedar subrogado el nuevo empresario en los mismos derechos y obligaciones del anterior.Y si –igualmente constatado como probado– el posterior 30 de junio de 2002 la referida y única titular del negocio decide jubilarse causando baja en el régimen especial de trabajadores autónomos y cerrando el establecimiento en el que desarrollaba su actividad de empresaria –sin que se haya discutido ni siquiera puesto en duda que la misma no reuniera la exigencias legales establecidas para adoptar tal decisión de jubilación– poniendo tal hecho en conocimiento de la trabajadora demandante, es claro que sea cual fuere el tamiz a que tales

> hechos y procederes se sometan sólo como determinantes de extinción de la relación laboral conforme a lo prevenido en el apartado g) del núm. 1 del art. 49 ET, y tan constante como reiterada doctrina sobre el mismo contenida entre otras coincidentes sentencias del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1990, 9 de abril de 1996, y 25 de abril y 20 de junio de 2000, puede jurídicamente valorarse al estimarlo y decidirlo".

Relativa a la extinción del contrato de trabajo "por voluntad del trabajador" (art. 50 ET), la **STSJ de Valencia de 16 de enero de 2003** (recurso 2951/2002), I.L. J 1304, niega la existencia de dimisión de un trabajador, y por tanto esta última en un supuesto en el que el empleado es despedido y, una vez incoada ante el juzgado de lo social demanda por despido (que es declarado improcedente, optando la empresa por la readmisión del trabajador), el trabajador es agredido por el hijo del empresario (también trabajador) dando lugar a la suspensión de la relación laboral con motivo de la gravosa situación generada.

La Sala argumenta en su FJ 2º:

> "Efectivamente es correcta y aplicable la doctrina jurisprudencial que considera que la extinción de la relación laboral a instancias del trabajador por incumplimiento de las obligaciones de la empresa, sólo pude producir desde una situación de activo, de manera que, con carácter general, se exige el mantenimiento de la relación laboral y la continuidad de las recíprocas prestaciones hasta que se declare judicialmente la extinción. Sin embargo, también se ha permitido por la jurisprudencia que la dureza de este requisito puede matizarse en casos extraordinarios, basados no en motivos de incomodidad o de simple deseo del trabajador, sino por la situación especialmente gravosa a que puede conducir el mantenimiento de la relación laboral; en este sentido, diversas sentencias admiten la suspensión de las recíprocas obligaciones de prestar servicios y de abonarlos, en supuestos en que existan razones de índole física, psíquica, económicas o morales que la justifiquen, con la finalidad de impedir mayores males que la propia ruptura del vínculo (STCT de 5 de mayo de 1988 y del TS de 26 de diciembre de 1986) (...)Existe, pues, causa de extinción por incumplimiento de la empresa de sus obligaciones en materia de seguridad del trabajador; y existe, igualmente, causa que justifica la suspensión de la relación laboral llevada a cabo por el trabajador y explicada por escrito a la empresa en fecha 5 de noviembre de 2001, por lo que procederá efectuar los dos pronunciamientos solicitados, es decir: declarar improcedente su despido y estimar la demanda por extinción."

La **STSJ de Cantabria de 25 de marzo de 2003** (recurso 216/2003), I.L. J 1189, al enjuiciar el caso de una trabajadora que es despedida disciplinariamente por faltas de asistencia al trabajo, estando en una situación de baja médica y en trámite de invalidez, confirma la sentencia de instancia que desestimaba la improcedencia de despido. El fallo es contrario a la existencia de dimisión voluntaria de la trabajadora:

Para la Sala, la dimisión voluntaria de su puesto de trabajo:

> "decae, asimismo, por los propios términos de la doctrina jurisprudencial, que acepta la posibilidad que el propio trabajador manifieste su voluntad de mantener la vigencia del

> vínculo contractual cuando no puede reincorporarse por continuar en situación de baja médica, tal y como acontece en el supuesto de autos, dado que para que concurra abandono del puesto de trabajo es necesario, cuando no se hace de forma expresa, que derive de forma inequívoca de conductas, acciones u omisiones que rotundamente evidencien la voluntad en tal sentido del aplicado –Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 27 de junio de 1983 y de 3 de junio de 1988–, esto es, y dicho de otro modo, que el consentimiento claro de acusar baja voluntaria ha de evidenciarse –SSTS de 29 de junio de 1989 y de 2 de enero de 1990– o ha de constar una conducta que manifieste un deliberado propósito de dar por terminado el contrato –STS de 7 de mayo de 1990– y la actitud de la actora no pude tildarse de concluyente en cuanto a su voluntad de romper el nexo, sino todo lo contrario: lo quiso mantener vigente como demuestra el hecho de su intento de reincorporación".

La **STSJ de Valencia de 17 de febrero de 2003** (recurso 3206/2002), I.L. J 1330, razona cómo para que pueda considerarse existente la dimisión de una trabajador es necesaria una actuación clara que demuestre el propósito de dar por terminado el contrato, y declara su inexistencia en el supuesto de abandono del trabajador, consistente en una conducta de omisión de acudir al puesto de trabajo durante varios días consecutivos, por un despido previo. Justifica el fallo en que: "la inexistencia más o menos prolongada no es algo que mecánicamente equivalga a una extinción por dimisión, sino que, y éste sería el resultado unificador de la presente resolución, se necesita que esas ausencias puedan hacerse equivaler a un comportamiento del que quepa extraer, de manera clara, cierta y terminante que el empleado desea terminar el contrato. Es evidente que en el presente supuesto en que las mismas se basan precisamente en la afirmación, aceptada por la sentencia de la instancia, de un despido previo, no pueden ser expresivas de un abandono unilateral del trabajador (…) dado que la situación de suspensión procede de una situación legal de obligado cumplimiento para el trabajador".

La **STSJ de Valencia de 13 de febrero de 2003** (recurso 3295/2002), I.L. J 1329, versa sobre un supuesto de extinción de contrato de trabajo por voluntad de un trabajador con categoría profesional de Jefe de sección de la empresa. El mismo alega ser objeto de *mobbing* al venir realizando un horario de trabajo superior al ordinario, encomendándosele, además, la realización de un curso de formación y tras haber mantenido una conversación irrespetuosa con su superior. La sala deniega la calificación de despido.

La sentencia, en su FJ 2º argumenta:

> "El que la empresa demandada tenga una política de personal con los jefes de sección en el que la flexibilidad de horario se vuelve una espada de Damocles contra el trabajador, si bien autoriza a efectuar las protestas oportunas en la medida en que el horario efectivamente realizado excede de los mínimos o máximos legales, ello no puede implicar que exista un incumplimiento grave susceptible de motivar la extinción de la relación laboral por el citado art. 50 ET. En este supuesto estamos ante una movilidad funcional que no ha conllevado (al menos al momento de ejercitar la acción) un cambio de condiciones de trabajo que altere lo antes obtenido por la vía de la concertación entre las partes, pues no puede hablarse de un traslado forzoso a la necesidad de realizar un curso de formación,

aunque sea fuera de su localidad de origen y de trabajo, salvo que se acreditara una evidente mala fe en su ubicación, lo que no consta; tampoco puede estimarse que una conversación fuera de tono e irrespetuosa, como lo fue la realizada, suponga la manifestación de una situación de acoso moral, pues consta su condición de extraordinaria y puntual, lo que no puede incluirse dentro del concepto doctrinal de *mobbing* a que antes se ha hecho mención. Por ello y con independencia de las posibles acciones que pueda conservar el actor en el ejercicio de sus derechos laborales, al igual que el resto de sus compañeros afectados por similar problemática, no puede considerarse que exista una especial situación de discriminación o afectación especial del actor, por lo que procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia de la instancia".

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

En el análisis judicial del despido, se observan 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. La **STSJ de Andalucía (Granada) de 3 de mayo de 2003** (recurso 3484/2002), I.L. J 844, desestima la existencia de despido ante la inexistencia de relación laboral entre la actora y la empresa, al considerar que la misma no desempeña funciones de "casera" en una propiedad de la empresa demandada.

La Sala señala al respecto:

> "Independientemente de las vicisitudes que puedan producirse en un ámbito distinto sobre el desahucio de la vivienda que ocupaba la actora dentro del recinto de la Cooperativa demandada, el objeto de esta resolución, queda circunscrito a determinar si existe una relación laboral indefinida como casera entre la actora y la demandada, y de las pruebas que han sido valoradas objetivamente por el Magistrado de instancia, ha de llegarse a la misma conclusión, es decir que no ha quedado demostrada la existencia de una relación laboral entre ambas partes, y ello es así por cuanto existiendo las notas del contrato de trabajo, la dependencia, la prestación de servicios por cuenta ajena y la retribución, en el caso que nos ocupa, no ha quedado adverada la existencia de ninguna de ellas, pues no queda constancia de la existencia de tal dependencia, no se han especificado, ni se ha probado realizar las labores que como presunta casera hubiera debido realizar la actora en el Centro de Trabajo, ni por supuesto la existencia de una retribución o salario, por cuanto aun cuando se permite que parte del salario sea satisfecho en especie, el art. 26 ET no permite en ningún caso que el salario en especie supere el 30 por ciento de las percepciones económicas a percibir por la actora según su categoría profesional, por lo cual, y al no haber quedado acreditada tal relación laboral, procede confirmar íntegramente la resolución impugnada."

La **STSJ de Cataluña de 5 de junio de 2003** (recurso 1224/2003), I.L. J 1115, al resolver sobre un supuesto de desestimación de despido, analiza la inexistencia de relación laboral alguna, en el supuesto de que pese a haber sido formalizado contrato de trabajo,

la efectividad del mismo se supedita al cumplimiento de algún requisito (en el caso que analiza, la obtención de permiso de trabajo). La Sala resume los requisitos y características que deben estar presentes en esta relación laboral en los siguientes términos:

> "Aun cuando se formalizó perfectamente el contrato de trabajo entre las partes se condicionó su efectividad y el desenvolvimiento de todas sus consecuencias a la obtención del permiso de trabajo, sin que conste que la actora se hubiere dirigido a la empresa para darle a conocer, bien su obtención o bien que hubiera formulado la solicitud de la tarjeta de residente comunitario –ya bastante para el trabajo–. Consecuentemente nos encontramos que el contrato no cobró efectividad o vigencia efectiva y que tampoco se manifestó por la empresa su voluntad de no incorporar a la trabajadora (...) Y la conclusión debe ser, en definitiva, la confirmación de la sentencia de instancia, en desestimación de la acción de despido, puesto que se aprecia que no se dio."

La **STSJ de Valencia de 7 de febrero de 2003** (recurso 858/2002), I.L. J 1325, deniega la existencia de despido y falla en favor de la extinción contractual, al abordar la situación de un trabajador "deportista profesional" que tras sufrir un accidente laboral es declarado en situación de incapacidad permanente derivada del ejercicio deporte, alegando para ello, en su FJ 2º, que "El art. 13 del RD 1006/1985, de 26 de junio, lleva por rúbrica Extinción del contrato, estableciendo en su apartado d) como causa de extinción de la relación laboral por muerte o lesión que produzca en el deportista incapacidad permanente total o absoluta o gran invalidez".

3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CAUSAS QUE LO MOTIVAN

Al incumplimiento contractual consistente en la "desobediencia a una orden de la empresa", como causa de despido disciplinario [art. 54.2.a) ET] se refiere la **STSJ de Extremadura de 10 de abril de 2003** (recurso 175/2003), I.L. J 1230. Resuelve sobre el despido de un trabajador que, pese a tener pactado verbalmente cada trabajador con la empresa que éstos deben trabajar durante un servicio de guardia en turnos de semana, para atender aquellas urgencias fuera de las horas ordinarias de la jornada laboral y durante los fines de semana, el demandante se negó a llevar a cabo la guardia del fin de semana. La sala declara la procedencia del despido disciplinario efectuado, frente a la sentencia de instancia que lo declaró improcedente.

La Sala de lo Social del TSJ de Extremadura, en su FJ 2º, expone que el trabajador está en la obligación de cumplir la orden y después formular la reclamación procedente: "El trabajador no puede erigirse en definidor de sus propias obligaciones, sino que, ante una orden emanada de la empresa, lo primero es cumplirla, salvo que la misma pueda comportar riesgos inminentes para el operario, pudiendo éste, tras ejecutar lo mandado, formular la reclamación que procediera y, por eso, el Tribunal Supremo ha declarado, por ejemplo, en SS de 8 de julio de 1986 y 25 de junio de 1987, entre otras, que la desobediencia determina el despido cuando se ofrece como una directa contradicción a una orden del empresario, dada en base al poder directivo que le reconoce el art. 5.c) ET, pues no constituyendo el cumplimiento de lo obligado riesgo de un perjuicio grave e irreparable para el trabajador, viene

obligado a efectuar el trabajo, pudiendo aducir con posterioridad las razones que tuviere, con objeto de que la situación no pueda repetirse caso de que la orden no sea ajustada a derecho o bien para la indemnización de los perjuicios causados."

A la cuarta de las causas motivadoras de un despido disciplinario, consistente en la "transgresión de la buena fe contractual" [art. 54.2.d) ET], se refiere expresamente la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 20 de junio de 2003** (recurso 16/2003), I.L. J 1089. que confirma la procedencia del despido de un trabajador que, de forma grave y culpable, actuando consciente y dolosamente, hace uso de dos empleados de la empresa, para rematar una obra ajena a la propia empresa, con abuso de su autoridad, ya que era el jefe directo de esos dos empleados, ocultándolo a la misma. La Sala, respecto a la transgresión de la buena fe contractual expone:

> "Viene insistiendo la doctrina jurisprudencial (Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1984, 18 y 28 de junio de 1985, 12 y 17 de julio, 13 y 23 de octubre y 11 de noviembre de 1986, 21 de enero y 13 de noviembre de 1987, 7 de junio, 11 de julio y 5 de diciembre de 1988 y 15 de octubre de 1990 que en aquellas cuestiones situadas en el área disciplinaria o sancionadora de esta rama del ordenamiento jurídico, han de ponderarse todos sus aspectos, objetivos y subjetivos, pues los más elementales principios de justicia exigen una perfecta proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, y en este orden de las cosas no puede operarse objetiva y automáticamente, sino que tales elementos han de alzarse para buscar en su conjunción la auténtica realidad jurídica que de ella nace, a través de un análisis específico e individualizador de cada caso concreto, con valor predominante del factor humano, pues, en definitiva, se juzga sobre la conducta observada por el trabajador en cumplimiento de sus obligaciones contractuales o con ocasión de aquéllas. De igual forma, el Tribunal Supremo interpretando el art. 54 del ET ha precisado que es necesario quede evidenciado que se trate de un incumplimiento grave y culpable, pues el despido por ser la sanción más grave en derecho laboral obliga a una interpretación restrictiva, pudiendo, pues, imponerse otras sanciones distintas del despido si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos impugnados, si bien son merecedores de sanción no lo son de la más grave, como es el despido. Respecto del apartado d) en su número 2, que tipifica como justa causa del despido la transgresión de la buena fe contractual así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo, que la buena fe es consustancial al contrato de trabajo, en cuanto por su naturaleza sinalagmática genera derechos y deberes recíprocos: que el deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajadores es una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual, y que la deslealtad implica siempre una conducta contraria a la que habitualmente ha de observar el trabajador respecto de la empresa, como consecuencia del postulado de fidelidad (…) la jurisprudencia requiere –como hemos visto– para que el trabajador sea despedido por transgresión de la buena fe contractual, que haya actuado de un modo consciente y doloso, excluyéndose de esta causa la imprudencia. Se afirma así que el trabajador debe actuar en conciencia de que su conducta vulnera el deber de fidelidad para con la empresa, por lo que exige que la conducta sancionable con despido sea calificable de dolosa (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 y 28 de junio de 1985 y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 11 de junio de 1992)."

4. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS

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

La interpretación de la causa de despido económico o por necesidades técnicas, organizativas o de producción de la empresa [art. 52.c) ET] se plantea en la **STSJ de Valencia de 17 de enero de 2003** (recurso 3068/2002), I.L. J 1306. Frente a la sentencia de instancia, que declaró la improcedencia de la extinción del contrato de trabajo de la trabajadora demandante fundado en causas objetivas, la Sala declara la procedencia de la extinción del contrato de trabajo por dichas causas, debido a la pérdida de los cuatro clientes que la empresa tenía en la provincia, la disminución importante de la facturación, el descenso del número de trabajadores dados de alta y dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa. Para ello, la Sala, en su FJ único, razona:

> "Deben entenderse que han quedado constatadas las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa, a las que alude el art. 52.c) ET como requisito de aplicación de la figura del despido objetivo (…) De modo que como se ha señalado también con reiteración, el ámbito del control judicial sobre la decisión empresarial extintiva basada en alguna de las causas mencionadas, debe ir dirigido a determinar la razonabilidad de la medida adoptada, es decir, que el juez deberá llegar a la convicción de que las medidas empresariales adoptadas son, razonablemente interpretadas, necesarias para la consecución de los fines pretendidos por el empresario. Y en el presente supuesto (…) la medida adoptada no puede calificarse de irrazonable o arbitraria pues (…) la decisión de amortizar el único puesto de trabajo que la empresa tenía dedicado a la gestión administrativa en esa provincia se vislumbra como una decisión razonable en cuanto apoyada en las circunstancias descritas (…) Lo expuesto conduce a la estimación del recurso interpuesto por la empresa en el sentido de declarar la procedencia de la extinción del contrato de trabajo de la trabajadora demandante."

Por el contrario, la **STSJ de Extremadura de 9 de abril de 2003** (recurso 84/2003), I.L. J 1229, declara improcedente la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas de los trabajadores demandantes, al no estar justificada ni haber acreditado la concurrencia de la causa en que se basa para acordar la extinción de sus contratos. Para ello fundamenta el fallo, en su FJ 1º, en que los empleados no fueron contratados para la actividad de investigación que fue suprimida, ni se dedicaban a ella, sino que realizaban tareas ordinarias que continúan desarrollándose y sin que en esa actividad exista necesidad alguna de amortizar puestos de trabajo.

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

La **STSJ de Murcia de 19 de mayo de 2003** (recurso 583/2003), I.L. J 909, analiza la legitimación del FOGASA para denegar la prestación del 40 por ciento de indemnización si constata la inexistencia de despido objetivo del art. 52.c) ET, al no haber acreditado el empresario la decisión extintiva en los términos previstos legalmente, y por ello estar en

presencia de un fraude de ley, en cuyo caso, "las consecuencias económicas no deben recaer sobre el Fondo de Garantía Salarial como responsable directo".

En el mismo sentido, la **STSJ de Madrid de 4 de marzo de 2003** (recurso 4260/2002), I.L. J 1336, al analizar, en un despido por causas objetivas, el ofrecimiento de indemnización legalmente exigida, expone que la carga de la prueba corresponde al empresario, siendo irrelevante su ofrecimiento ante el SMAC, pues ha de realizarse al entregar la carta de despido [art.53.1.b) ET], dado que el ofrecimiento ulterior no subsana el incumplimiento de los requisitos legales.

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

A) La caducidad de la acción

Las **STSJ de Cantabria de 5 de febrero de 2003** (recurso 61/2003), I.L. J 962, y **STSJ de Cantabria de 19 de febrero de 2003** (recurso 131/2003), I.L. J 964, desestiman la excepción de caducidad de la acción de despido. La primera de ellas trata el supuesto en el que el actor, tras suscribir contrato especial de Deportista profesional, en fecha 24 de junio de 2002, no inicia su actividad deportiva hasta el 26 de agosto del citado año, fecha en la que no inicia sus entrenamientos con el club debido al desconocimiento del tal acontecimiento. Por ello, la empresa expresa al demandante vía fax, –el día 12 de septiembre del citado año, documento admitido por ambas partes–, su deseo y voluntad de rescindir el contrato con el actor, ofreciendo una indemnización como saldo y finiquito, por lo que debe entenderse que hasta dicho momento, tal entidad consideraba que la relación laboral se encontraba vigente, y por tanto, la acción ejercitada no ha caducado.

En la segunda de las sentencias citadas se analiza el supuesto de un trabajador que tras disfrutar de su mes de período vacacional y al reincorporarse a su puesto de trabajo, observa que ha sido dado de baja en la Seguridad Social mientras se encontraba de vacaciones; hecho por el que interpone demanda por despido. A tal respecto la Sala desestima la excepción de caducidad de la acción en el cómputo del plazo, alegando para ello en el FJ 6º "que el actor se fue de vacaciones el 19 de agosto de 2002, y una vez cumplido el mes de vacaciones al reincorporarse al trabajo (18 de septiembre de 2002), comprobó que había sido dado de baja en la Seguridad Social con fecha 31 de agosto de 2002, por lo que a partir de dicha fecha, mejor dicho desde el día siguiente, cuando debe comenzar a computarse el plazo de caducidad establecido legalmente".

Por el contrario, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 5 de junio de 2003** (recurso 67/2003), I.L. J 1044, estima la excepción de caducidad en el cómputo del plazo, en el supuesto en el que dos trabajadores, tras firmar su renuncia a proseguir desempeñando su puesto de trabajo en la empresa en fecha 21 de abril de 2002, deciden interponer demanda por despido el 17 de mayo del citado año. En el supuesto analizado, la Sala esti-

ma la excepción de caducidad fundamentando el fallo en que "ya se había superado el plazo de 20 días hábiles que para la caducidad de la acción de despido se establece en el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores".

Finalmente, la **STSJ de Cataluña de 17 de junio de 2003** (recurso 1815/2003), I.L. J 1133, enjuicia un supuesto de caducidad de la acción por despido. Expone que el cómputo del plazo de caducidad se reanudará al día siguiente a aquél en el que el trabajador reciba la notificación de la designación de un abogado de oficio, con independencia de que le haya llegado o no al abogado correspondiente. La sala argumenta para ello que "La suspensión del plazo de caducidad, se mantiene durante todo el tiempo que duren los trámites que se desarrollen para la designación del abogado de oficio".

B) El procedimiento por despido

La **STSJ de Cataluña de 3 de junio de 2003** (recurso 493/2003), I.L. J 1110, y la **STSJ de La Rioja de 3 de abril de 2003** (recurso 79/2003), I.L. J 1242, con ocasión de la infracción de las normas esenciales del procedimiento de despido, analizan los requisitos necesarios del mismo. La Sala, reiterando la doctrina judicial del Tribunal Supremo, argumenta:

> "Es preciso recordar que, como constante doctrina emanada del Tribunal Supremo ha establecido, para que pueda tener viabilidad el motivo basado en la infracción de normas esenciales del procedimiento es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos: A) Que se haya infringido una norma procesal. B) Que se cite por el recurrente el precepto que establece la norma cuya infracción se denuncia. C) Que el defecto no sea invocado por la parte que lo provoca, pues sólo el perjudicado puede denunciar el defecto. D) Que la infracción de la norma procesal haya producido indefensión. E) Que se haya formulado protesta en tiempo y forma, pidiendo la subsanación de la falta, con el fin de que no pueda estimarse consentida."

6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

La **STC 192/2003, de 27 de octubre,** (recurso 4492/2001), I.L. J 1534, al declarar la procedencia del despido efectuado a un trabajador que prestaba servicios durante el período de vacaciones, por transgredir la buen fe contractual, lo analiza en relación con la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador, y concluye que no es acorde con la libertad y dignidad de la persona ni con el respeto a su vida privada.

La Sala argumenta:

> "Así las cosas, la concepción del tiempo libre del trabajador, no como tal, sino como un tiempo de descanso a disponibilidad del empresario, y de la sumisión del deber de trabajo y rendimiento no sólo a una comprobación objetiva durante el cumplimiento de la prestación, sino también durante el tiempo de descanso, de las que parten las Sentencias impugnadas para declarar la procedencia del despido por realizar trabajos para otra empresa

> durante el período vacacional, no resulta en modo alguno acorde con la configuración actual del derecho a vacaciones anuales retribuidas en nuestro ordenamiento jurídico laboral, ni, lo que es más importante aun, con la primacía de la libertad de la persona y el respeto a su vida privada que la Constitución garantiza. Una concepción del derecho del trabajador a las vacaciones retribuidas como la mantenida en las resoluciones judiciales impugnadas equivale a desconocer la dignidad personal del trabajador, entendida ésta como el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, la capacidad de 'autodeterminación consciente y responsable de la propia vida' (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8º), así como el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE). Recordemos una vez más que 'la regla del art. 10.1 CE, proyectada sobre los derechos individuales, implica que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un mínimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona' [SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4º, y 57/1994, de 28 de febrero, FJ 3.a)]."

La dignidad personal del trabajador se vería severamente limitada de aceptarse un tan omnímodo control como el que se permite en las Sentencias impugnadas sobre la persona y vida privada del trabajador por parte de la empresa para que presta servicios. Sostener que el empresario pueda tener un derecho o un interés jurídico legítimo a que el trabajador dedique exclusivamente sus vacaciones al descanso en orden a la recuperación de sus energías físicas y mentales "para que (...) se encuentre en plenas condiciones" concluido el período vacacional, en el que ha de dedicarse "exclusivamente a recuperar fuerzas", "en bien propio" y de su empresa, al reincorporarse al trabajo, con la grave consecuencia de que, de no hacerlo así, incurrirá en un "incumplimiento grave y culpable" que podrá dar lugar a que sea válidamente despedido "por transgresión de la buena fe contractual" (art. 54 LET), supone una interpretación del principio de buena fe que produce un desequilibrio patente o irrazonable, a partir, como ha quedado expuesto, de pautas axiológicas constitucionales indiscutibles, por lo que no puede considerarse como una respuesta fundada en Derecho que satisfaga el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el art. 24.1 CE. A lo anterior cabe añadir que esa interpretación efectuada por los órganos judiciales resulta manifiestamente infundada en un sistema jurídico presidido por la libertad y el derecho al trabajo (art. 35.1 CE), que hace posible, entre otros fenómenos, la prestación simultánea de servicios profesionales para dos o más empresarios (*v.gr.*, art. 21.1 LET, *a contrario*, y arts. 110.2 y 120.3 de la Ley general de la Seguridad Social), salvo casos de concurrencia desleal que afecten a intereses empresariales protegibles y sin perjuicio de los pactos de plena dedicación que puedan celebrarse entre empresario y trabajador (art. 21.1 LET) o de otros supuestos legalmente previstos, lo que conduce a la misma conclusión de reputar las resoluciones judiciales impugnadas como lesivas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

La concepción del período anual de vacaciones como tiempo cuyo sentido único o principal es la reposición de energías para la reanudación de la prestación laboral supone reducir la persona del trabajador a un mero factor de producción y negar, en la misma medida, su libertad, durante aquel período, para desplegar la propia personalidad del modo que estime más conveniente. Una tal concepción, según la cual el tiempo libre se considera tiempo vinculado y la persona se devalúa a mera fuerza de trabajo, resulta incompatible con los principios constitucionales que enuncia el art. 10.1 CE (dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad), a cuya luz ha de interpretarse, inexcusablemente, cualquier norma de Derecho y, para lo que importa ahora, la cláusula legal de la buena fe. La resolución judicial que desconoce tales principios constitucionales al interpretar y aplicar esta cláusula no puede entenderse, por tanto, fundada en Derecho.

Diversas resoluciones judiciales declaran la procedencia de despidos disciplinarios por ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos [art. 54.1.c) ET]. La **STSJ de Cataluña de 2 de junio de 2003** (recurso 894/2003), I.L. J 1109, confirma la declaración de procedencia del despido de un trabajador que profiere ofensas escritas a su empresario en un lugar público. Para la Sala es un hecho probado la conducta llevada a cabo por el trabajador consistente en la realización de una "pintada" (en la fachada del domicilio del empresario) en la que le denominaba "ladrón", siendo sorprendido por la hija de éste. El motivo alegado en la carta de despido es suficiente, por su gravedad, para motivar el despido.

Para la Sala "Entraña no sólo una ofensa dirigida al empresario, al llamarle 'ladrón', sino también unos daños en las propiedades de éste, dado que la pintada escribiendo tal expresión fue realizada tanto en el domicilio del empresario como en una de sus tiendas, sin que pueda entenderse que ello encierra un mero 'deslucimiento', dada la dificultad y trabajos precisos para borrar tal en las fachadas".

Asimismo, la **STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2003** (recurso 2070/2003), I.L. J 1131, estima la procedencia del despido de un trabajador basado en la realización de ofensas a su empresario, además de incurrir en transgresión de la buena fe contractual. Para la Sala, el hecho probado de "romper con una barra el cristal delantero izquierdo de su empresario sito en su garaje tras mantener una discusión con aquél", determina la procedencia del despido disciplinario efectuado:

> "considera incumplimientos contractuales susceptibles de ser sancionados con el despido disciplinario (...) b) la indisciplina o desobediencia en el trabajo, 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".

La **STSJ de Extremadura de 10 de abril de 2003** (recurso 175/2003), I.L. J 1230, declara la procedencia del despido disciplinario, basado en la desobediencia a una orden de la empresa, de un trabajador que, pese a tener pactado verbalmente con la empresa que debe realizar

un servicio de guardia (de turno rotatorio semana) fuera de las horas ordinarias de la jornada laboral y durante los fines de semana, se negó a llevarlo a cabo un fin de semana.

La Sala expone que:

> "El trabajador no puede erigirse en definidor de sus propias obligaciones, sino que, ante una orden emanada de la empresa, lo primero es cumplirla, salvo que la misma pueda comportar riesgos inminentes para el operario, pudiendo éste, tras ejecutar lo mandado, formular la reclamación que procediera y, por eso, el Tribunal Supremo ha declarado, por ejemplo, en SS de 8 de julio de 1986 y 25 de junio de 1987, entre otras, que la desobediencia determina el despido cuando se ofrece como una directa contradicción a una orden del empresario, dada en base al poder directivo que le reconoce el art. 5.c) ET, pues no constituyendo el cumplimiento de lo obligado riesgo de un perjuicio grave e irreparable para el trabajador, viene obligado a efectuar el trabajo, pudiendo aducir con posterioridad las razones que tuviere, con objeto de que la situación no pueda repetirse caso de que la orden no sea ajustada a derecho o bien para la indemnización de los perjuicios causados."

De otro lado, la **STSJ de Madrid de 10 de abril de 2003** (recurso 5352/2002), I.L. J 1402, declara la procedencia de un despido basada en la obtención de una prueba, por la empresa, a través del ordenador portátil del trabajador, sin que ello suponga una violación del derecho a la intimidad del mismo. Alega la Sala que: "El derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar, se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho (SSTC 57/1994, FJ 6º y 143/1994, FJ 6º, por todas)".

Finalmente, la **STSJ de Valencia de 17 de enero de 2003** (recurso 3068/2002), I.L. J 1306, declara la procedencia de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, debido a la pérdida de los cuatro clientes que la empresa tenía en la provincia, la disminución importante de la facturación, el descenso del número de trabajadores dados de alta y dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa.

Para ello, la Sala, en su FJ único, alega:

> "Deben entenderse que han quedado constatadas las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa, a las que alude el art. 52.c) ET como requisito de aplicación de la figura del despido objetivo (…) De modo que como se ha señalado también con reiteración, el ámbito del control judicial sobre la decisión empresarial extintiva basada en alguna de las causas mencionadas, debe ir dirigido a determinar la razonabilidad de la medida adoptada, es decir, que el juez deberá llegar a la convicción de que las medidas empresariales adoptadas son, razonablemente interpretadas, necesarias para la consecución de los fines pretendidos por el empresario. Y en el presente supuesto la medida adoptada no puede calificarse de irrazonable o arbitraria pues la decisión de amortizar el único puesto de trabajo que la empre-

> sa tenía dedicado a la gestión administrativa en esa provincia se vislumbra como una decisión razonable en cuanto apoyada en las circunstancias descritas. Lo expuesto conduce a la estimación del recurso interpuesto por la empresa en el sentido de declarar la procedencia de la extinción del contrato de trabajo de la trabajadora demandante."

7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

Un significativo número de resoluciones analizan la improcedencia de los despidos efectuados en supuestos de contratación temporal sucesiva:

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 12 de mayo de 2003** (recurso 864/2003), I.L. J 892, falla a favor de la conversión de la relación de trabajo en indefinida, en el caso de varios contratos temporales sucesivos debido a que "un contrato temporal inválido por infracción de los límites establecidos en su regulación propia con carácter necesario, constituye una relación laboral indefinida y no pierde esa condición por novaciones aparentes con nuevos contratos temporales ni se rompe por cortas interrupciones que buscan parecer una nueva".

La **STSJ de Madrid de 10 de febrero de 2003** (recurso 5040/2002), I.L. J 977, ante la existencia de los contratos temporales sucesivos por circunstancias de la producción, celebrados en fraude de ley, analiza, en el supuesto de contrato de puesta a disposición, las responsabilidades de las empresas de trabajo temporal y usuarias. Para la Sala:

> "La responsabilidad de las codemandadas, por cuanto la responsabilidad solidaria que se establece en el art. 16.3 de la Ley 14/1994, cuando el contrato de puesta a disposición, que existió en todos los casos, incumpla lo dispuesto en los arts. 6 y 8 de la propia ley, atinentes a los supuestos en los que cabe su celebración, está limitada a las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición, sin que por ello pueda extenderse a responsabilidades de otra naturaleza, como las indemnizatorias derivadas del despido, e incluidos por tal razón los salarios de tramitación –STS de 14 de julio de 1998, rec. 3482/1997–, sin que sean de aplicación las previsiones del art. 43.2 ET para los supuestos de cesión ilegal de trabajadores, pues no tiene tal consideración la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa cuando ésta se ha llevado a cabo a través de una empresa de trabajo temporal, debidamente autorizada para ello."

De otro lado, la **STSJ de Cataluña de 5 de junio de 2003** (recurso 1189/2003), I.L. J 1112, analiza un supuesto de extinción de contrato de trabajo para la formación, en el que no ha podido tener efectividad la formación teórica, por lo que la Sala revoca la sentencia de instancia y declara la improcedencia del despido, y la conversión en un contrato ordinario indefinido.

La Sala lo fundamenta en los siguientes términos: "El artículo 22.4 del Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo, señala que el contrato para la formación se considera de

carácter común u ordinario cuando el empresario incumpla en su totalidad sus obligaciones en materia de formación teórica, es decir, se considerará como un contrato de duración indefinida por haberse celebrado en fraude de Ley".

La **STSJ de Andalucía (Granada) de 24 de junio de 2003** (recurso 90/2003), I.L. J 1053, analiza la improcedencia de un despido efectuado a un trabajador con posterioridad a la finalización del período de prueba, en un supuesto en el que el trabajador comienza a prestar sus servicios para la empresa con anterioridad a la firma del contrato de trabajo. La Sala expone:

> "Parte del contrato es ajustado a la ley y por ello, acreditado que el actor no pudo comenzar a prestar servicios con anterioridad a la fecha de su otorgamiento, el cese se produce dentro del período de prueba pactado. En este sentido, tomando como fecha inicial de la relación de trabajo el que se dice en la sentencia es evidente que el cese, acordado más allá del tiempo fijado por las partes como período de prueba, ha de tacharse de despido improcedente. En este sentido el Tribunal Supremo tiene declarado, STS de 5 de abril de 1991, que habiendo pactado un período de prueba de x días, comunicada la decisión extintiva dentro del plazo de vigencia del citado lapso, estableciendo el art. 14 del ET la facultad potestativa de terminar la relación sin consecuencias derivadas de tal extinción, conforme establece el art. 14.2 del cuerpo legal mencionado, es evidente que no se han cometido las vulneraciones acusadas lo que, en el presente caso, no ocurre. Ello es así por cuanto las posibilidades del art. 14 quedan ceñidas al ámbito temporal fijado como de 'prueba' por lo que, según constante jurisprudencia y como se resume en la STS de 18 de febrero de 2002 dicho cómputo ha de contarse de fecha a fecha, por aplicación del art. 5 del Código Civil, debiendo calificarse como despido improcedente el cese acordado una vez que se ha completado dicho período de prueba."

La **STSJ de Navarra de 14 de mayo de 2003** (recurso 155/2003), I.L. J 1248, declara la improcedencia del despido efectuado a una trabajadora, contratada por obra o servicio determinado, ante la inexistencia de identificación de la obra o servicio, cuando, además, las funciones de la actora no tenían autonomía dentro de la actividad de la empresa.

La Sala se manifiesta en los siguientes términos:

> "La doctrina jurisprudencial (de esta sala sentencia de 25 de abril de 2002, recogiendo la precedente sentada por el Tribunal Supremo, de 26 de octubre de 1999 y más recientemente 22 de abril de 2002), establece reiteradamente que sólo puede accederse por el empresario a la modalidad de contratación temporal denominada contrato de obra o servicio determinado, cuando a tenor de lo establecido en el art. 15.1 del ET, la actividad a realizar por el trabajador en la empresa consista en la ejecución de una obra perfectamente identificada y determinada desde su origen, y que necesariamente tiene una duración limitada en el tiempo, y responde además a necesidades autónomas y no permanente de la producción de la empresa contratante."

Asimismo, la **STSJ de Madrid de 21 de abril de 2003** (recurso 1030/2003), I.L. J 1409, falla en favor de la improcedencia del despido efectuado a un trabajador contratado por obra o servicio determinado, en un supuesto en el que la decisión extintiva es adoptada cuando la obra o servicio estaba suspendida, no terminada.

La **STSJ de Madrid de 17 de febrero de 2003** (recurso 5532/2002), I.L. J 982, al declarar la improcedencia del despido de personal sanitario no facultativo eventual por acumulación de tareas, analiza el supuesto de un error producido por la trabajadora en la calificación de la resolución reguladora de la provisión de puestos, el cual no invalida el consentimiento prestado.

La Sala aprecia que no:

> "Es competencia de este tribunal analizar jurídicamente como incide ese error en la contratación de la recurrente. Para que un error invalide el consentimiento según el art.1266 del Código Civil debe recaer sobre la sustancia de la cosa que fuera objeto de contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. Cuando se den estos requisitos el contrato será nulo. Es nulo el negocio jurídico cuya ineficacia es intrínseca, es decir, cuya carencia de efectos negociales ocurre sin necesidad de una previa impugnación del negocio (De Castro). En este caso el contrato, según el art. 1261.1 del Código Civil, no habría contrato cuando faltara el consentimiento de los contratantes. Aplicado todo lo anterior al presente supuesto no se puede apreciar nulidad del contrato porque ambas partes prestaron el consentimiento, sobre un objeto cierto, la prestación de servicios de la recurrente. Por todo lo dicho el error no puede invalidar el consentimiento prestado. Debemos concluir que el contrato es válido. En consecuencia, debemos estimar el recurso y revocar la sentencia de instancia declarando el despido de la recurrente improcedente."

Asimismo, la **STSJ de Madrid de 21 de abril de 2003** (recurso 731/2003), I.L. J 1408, estima la improcedencia del despido efectuado a una trabajadora, vigente un contrato de interinidad, en el supuesto que la trabajadora sustituida es declarada en situación de incapacidad permanente total. La Sala argumenta que la incapacidad permanente total de la trabajadora sustituida es causa de extinción del contrato de interinidad, que, al no efectuarse, se convierte en indefinido. Si tiempo después se basa la extinción en dicha causa, el despido será declarado improcedente.

> "El contrato de la actora era ya indefinido desde que, pese a la concurrencia de una causa de extinción, aquélla continuó prestando servicios sin que se hubiera denunciado el contrato ni se probara la temporalidad de los servicios. La continuidad en la prestación de los servicios durante un plazo de tiempo considerable hasta que se decide la extinción, sin prueba de la temporalidad de aquéllos, también determinaría que el cese fuera injustificado con la calificación de despido improcedente."

La **STSJ de Valencia de 31 de enero de 2003** (recurso 3236/2002), I.L. J 1320, ante un supuesto de despido verbal de un trabajador y su concreción en un cierre empresarial, declara la improcedencia del mismo al considerar que forman parte del mismo hecho.

En este sentido, la Sala argumenta que:

> "En relación con la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo, relativa a la consideración del cierre empresarial como supuesto de despido tácito, es evidente que constituye una conclusión coherente con las pruebas practicadas y enmarcada dentro de la situación de hecho planteada en la demanda la valoración del cierre empresarial, como un dato que acredita la existencia del despido y le dota de virtualidad para considerar que el mismo debe ser calificado como de improcedente."

De otro lado, la **STSJ de Valencia de 16 de enero de 2003** (recurso 2951/2002), I.L. J 1304, al declarar la improcedencia del despido, niega la existencia de dimisión de un trabajador, cuando éste, una vez incoada, ante el Juzgado de lo Social, demanda por despido (que es declarado improcedente, optando la empresa por la readmisión del trabajador), es agredido por el hijo del empresario (también trabajador) dando lugar a la suspensión de la relación laboral con motivo de tan grave situación.

La Sala razona que:

> "Efectivamente es correcta y aplicable la doctrina jurisprudencial que considera que la extinción de la relación laboral a instancias del trabajador por incumplimiento de las obligaciones de la empresa, sólo pude producir desde una situación de activo, de manera que, con carácter general, se exige el mantenimiento de la relación laboral y la continuidad de las recíprocas prestaciones hasta que se declare judicialmente la extinción. Sin embargo, también se ha permitido por la jurisprudencia que la dureza de este requisito puede matizarse en casos extraordinarios, basados no en motivos de incomodidad o de simple deseo del trabajador, sino por la situación especialmente gravosa a que puede conducir el mantenimiento de la relación laboral; en este sentido, diversas sentencias admiten la suspensión de las recíprocas obligaciones de prestar servicios y de abonarlos, en supuestos en que existan razones de índole física, psíquica, económicas o morales que la justifiquen, con la finalidad de impedir mayores males que la propia ruptura del vínculo (STC de 5 de mayo de 1988 y del TS de 26 de diciembre de 1986) (…) Existe, pues, causa de extinción por incumplimiento de la empresa de sus obligaciones en materia de seguridad del trabajador; y existe, igualmente, causa que justifica la suspensión de la relación laboral llevada a cabo por el trabajador y explicada por escrito a la empresa en fecha 5 de noviembre de 2001, por lo que procederá efectuar los dos pronunciamientos solicitados, es decir: declarar improcedente su despido y estimar la demanda por extinción."

En el mismo sentido, las **SSTSJ de Cantabria de 25 de marzo de 2003** (recurso 216/2003), I.L. J 1189, y **de Cataluña de 11 de junio de 2003,** (recurso 1725/2003), I.L. J 1122, al enjuiciar sendos supuestos de trabajadores, despedidos disciplinariamente por falta de asistencia al trabajo, estando en una situación de baja médica y en trámite de invalidez, confirman las sentencias de instancia que desestimaban la improcedencia de despido. Niegan las Salas la existencia de un desistimiento de la trabajadora, a la vez que analizan los requisitos que deben concurrir en una dimisión voluntaria del trabajador:

> "La dimisión voluntaria de su puesto de trabajo decae, asimismo, por los propios términos de la doctrina jurisprudencial, que acepta la posibilidad que el propio trabajador manifieste su voluntad de mantener la vigencia del vínculo contractual cuando no puede reincorporarse por continuar en situación de baja médica, tal y como acontece en el supuesto de autos, dado que para que concurra abandono del puesto de trabajo es necesario, cuando no se hace de forma expresa, que derive de forma inequívoca de conductas, acciones u omisiones que rotundamente evidencien la voluntad en tal sentido del aplicado –Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 27 de junio de 1983 y de 3 de junio de 1988–, esto es, y dicho de otro modo, que el consentimiento claro de acusar baja voluntaria ha de evidenciarse –SSTS de 29 de junio de 1989 y de 2 de enero de 1990– o ha de constar una conducta que manifieste un deliberado propósito de dar por terminado el contrato –STS de 7 de mayo de 1990– y la actitud de la actora no pude tildarse de concluyente en cuanto a su voluntad de romper el nexo, sino todo lo contrario: lo quiso mantener vigente como demuestra el hecho de su intento de reincorporación."

Asimismo, la **STSJ de Cataluña de 19 de junio de 2003** (recurso 2238/2003), I.L. J 1135, declara la improcedencia del despido disciplinario efectuado a un trabajador, al confirmarse que la riña no fue provocada por él sino por otro compañero, por considerar en tal supuesto "que la sanción de despido excede de la gravedad que exige el convenio colectivo en la previsión transcrita, cuando se refiere a originar riñas o pendencias con los compañeros basta una sola vez cuando se produzcan lesiones". En el mismo sentido, la **STSJ de Valencia de 29 de enero de 2003** (recurso 3141/2002), I.L. J 1317, al enjuiciar un supuesto en el que un trabajador aparca su vehículo delante de la puerta de entrada y salida de maquinaria de la empresa, declara la improcedencia del despido al considerarlo como una sanción desproporcionada a la entidad de la falta cometida.

La **STSJ de Madrid de 18 de marzo de 2003** (recurso 5374/2002), I.L. J 1205, declara la improcedencia de un despido basado en transgresión de la buena fe contractual, abuso de confianza y deslealtad de un trabajador por utilizar el correo electrónico de la empresa con el objeto de verificar, por los clientes de la empresa, un posible incumplimiento del trabajador, al que previamente se le he tildado de incompetente.

La Sala argumenta:

> "Es claro que el e-mail en nada puede perjudicar a la empresa si ha obrado como le es exigible, de buena fe, y no implica incumplimiento contractual alguno por parte del trabajador, ni deslealtad, ni desde luego abuso de confianza ni quebrantamiento de la buena fe, siendo la única forma de contrarrestar o confirmar la mala opinión que sobre su trabajo le ha transmitido la empresa, no habiendo ocultado a la patronal la actuación ni divulgado dato confidencial alguno, como no lo es el haber percibido el bonus, sin hacer referencia a nada más, debiéndose de resaltar que no hay utilización de las direcciones de correo electrónico para fines propios del demandante, sino que el uso queda incardinado en los derechos y obligaciones dimanantes del contrato de trabajo, sin exceso alguno, ya que no se trata, como estima el juzgador *a quo*, de poner a los clientes de la empresa como testigos de un posible incumplimiento empresarial, sino, por el contrario, de obtener una valoración objetiva de un posible incumplimiento del trabajador, al que previamente se le he tildado de incompetente,

> referido en exclusiva a evaluar la asistencia que éste les ha prestado, lo que nunca puede dañar la imagen de una empresa que actúa movida por la optimización de sus servicios al margen de fines espurios, que desde luego no serían dignos de tutela judicial."

Asimismo, la **STSJ de Madrid de 22 de abril de 2003** (recurso 193/2003), I.L. J 1410, estima la improcedencia del despido efectuado a un trabajador de una Caja de ahorros, que realiza operaciones bancarias con clientes que ostentan una relación familiar o de amistad, "al no suponer tal actuación deslealtad a la empresa, ni transgresión de la buena fe contractual, porque su actuación no ha repercutido en absoluto de forma negativa en la empresa, no habiendo, ni se imputa ninguna operativa que haya dado lugar a descubiertos, desaparición, ni malversación de fondos, etc., sino simplemente disposiciones, adeudos o abonos autorizados por las personas mencionadas, por lo que no hay por parte del trabajador incumplimiento grave y culpable alguno que pueda justificar el despido".

De otro lado, la **STSJ de La Rioja de 13 de mayo de 2003** (recurso 124/2003), I.L. J 1436, declara la improcedencia del despido efectuado a una trabajadora, en un supuesto en el que el empresario es declarado en situación de incapacidad permanente absoluta, pero se desarrolla una continuidad en la actividad por otro empresario (esposa del primero) durante "un año" hasta el cese de la misma.

Según la Sala: "Todo evidencia que hubo un primer periodo, el comprendido entre 4 de diciembre de 1998 y 26 de junio de 2001, y otro segundo de 26 de junio de 2001 y 30 de junio de 2002, siendo cualquiera de ellos de suficiente duración como para desvirtuar cualquier razonamiento dirigido a justificar, en base a la necesidad de liquidar un pequeño negocio familiar que emplea a un único trabajador, la licitud del transcurso desmesurado de tiempo habido hasta el cese de la actora".

La **STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2003** (recurso 2433/2003), I.L. J 1130, ante la posesión de cocaína por un trabajador en su puesto de trabajo, declara el despido improcedente, por considerar inexistente, en tal supuesto, una transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el cometido de sus trabajos. Para la Sala "Tal conducta no alcanza a tener la gravedad (y entidad) suficientes para entenderla incardinable en el citado art. 54 del Estatuto de los Trabajadores".

B) Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización

La **STSJ de Cataluña de 27 de mayo de 2003** (recurso 1469/2003), I.L. J 886, ante un supuesto de despido improcedente reconoce el derecho de opción a una trabajadora que ostentaba la condición de delegada de personal en el momento de la extinción contractual.

El razonamiento de la Sala es el siguiente: "El art. 56.4 del ET señala que si el despedido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a éste. De no efectuar la opción, se entenderá que lo hace por la read-

misión. Cuando la opción, expresa o presunta, sea a favor de la readmisión, ésta será obligada. En el mismo sentido se pronuncia el art. 110.2 de la LPL".

Por el contrario, la **STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2003** (recuso 2228/2003), I.L. J 1129, ante la improcedencia del despido, reconoce el derecho de opción a la empresa empleadora y no al trabajador al no ser "fijo" o "de plantilla" en la empresa. La Sala argumenta que el derecho de opción, ante la improcedencia del despido, no corresponde al trabajador pues, en el momento del despido, no ostentaba la condición de " fijeza" o " de plantilla" y por tanto no se produce el presupuesto definido en el art. 49 del Convenio Colectivo de Trabajo publicado en el BOE de 4 de noviembre de 1999, por virtud de resolución de 27 de octubre de 1999. Dicha cláusula estipula que en el caso de "trabajador contratado como fijo, perteneciente a la plantilla de personal fijo, despedido de forma declarada improcedente" podrá optar entre recibir la indemnización correspondiente, o ser admitido en su puesto de trabajo.

a) La indemnización: cuantía y cálculo

La **STSJ de Cataluña de 20 de mayo de 2003** (recurso 1728/2003), I.L. J 882, analiza la nueva normativa reguladora de la indemnización, contenida transitoriamente en el RD-Ley 5/2002, de 24 de mayo. La Sala expone:

> "La modificación del art.56 del ET, llevada a cabo por el RD-Ley 5/2002, de 24 de mayo, ha variado sensiblemente las consecuencias de la declaración de la improcedencia del despido. Pues mientras con la anterior regulación se establecía que cuando el despido fuera declarado improcedente el empresario, en el plazo de cinco días, desde la notificación de la sentencia, podría optar entre la readmisión del trabajador con abono de los salarios de tramitación, o el abono de las siguientes percepciones: una indemnización de cuarenta y cinco días de salario, por año de servicio, y una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia. La modificación legislativa, por el contrario, dispone que cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o la extinción del contrato con abono de una indemnización. El abono de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo. Resulta patente que ahora el empresario no opta entre readmisión o indemnización, sino entre readmisión o extinción, y ésta sólo se producirá si se abona la indemnización fijada, debiendo mantenerse por ello, que de no abonarse la indemnización no se produce la extinción de la relación laboral y la opción ha de entenderse realizada tácitamente por la readmisión."

La **STSJ de Castilla y León de 14 de julio de 2003** (recuso 646/2003), I.L. J 1163, al analizar el régimen jurídico de la indemnización, argumenta que ha de ser completa para que exonere al empresario del abono de los salarios de tramitación. Tomando en consideración la doctrina judicial emanada del Tribunal Supremo y la regulación legal vigente, contenida en la Ley 45/2002, afirma:

> "El Tribunal Supremo ha establecido (sentencia de 4 de marzo de 1997) que: la inclusión de salarios de tramitación en la consignación, obedece de una parte, a la finalidad del precepto de asegurar el cumplimiento de la obligación, a la que la consignación se refiere. El artículo 56.2 del ET, en redacción dada por la Ley 45/2002 establece: En el supuesto de que la opción entre readmisión o indemnización correspondiera al empresario, el contrato de trabajo se entenderá extinguido en la fecha del despido, cuando el empresario reconociera la improcedencia del mismo y ofreciese la indemnización prevista en el párrafo a) del apartado anterior, depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador y poniéndolo en conocimiento de éste. Cuando el trabajador acepte la indemnización o cuando no la acepte y el despido sea declarado improcedente, la cantidad a que se refiere el párrafo b) del apartado anterior quedará limitada a los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la del depósito, salvo cuando el depósito se realice en las cuarenta y ocho horas siguientes al despido, en cuyo caso no se devengará cantidad alguna. A estos efectos, el reconocimiento de la improcedencia podrá ser realizado por el empresario desde la fecha del despido hasta la de la conciliación. De acuerdo con lo expuesto para que fuese de aplicación la limitación de los salarios de tramitación prevista en el art. 56.2 del ET, el empresario el día 29 de enero de 2003 debió haber consignado la indemnización completa, pero como quiera que no lo hizo, la empresa debe abonar los salarios de tramitación desde la fecha del despido (28 de enero de 2002)."

La **STSJ de Madrid de 11 de marzo de 2003** (recurso 3044/2002), I.L. J 1194, al analizar la relación existente entre la indemnización y los salarios de tramitación, determina que a esos efectos forman parte del salario todas las percepciones o remuneraciones del trabajador que traen causa, directa o indirecta, del trabajo prestado, excepto las cantidades correspondientes a un seguro de vida, salvo que exista pacto en contrario. Asimismo, expone que el ofrecimiento empresarial de la indemnización y de los salarios de tramitación "han de realizarse con la debida separación cuantitativa de forma que el trabajador tenga conocimiento cabal de las dos partes que componen la proposición empresarial. La ausencia de la apuntada separación, así como el desacierto, total o parcial, de los parámetros de cálculo manejados por la empresa para fijar la suma ofertada, conducirá a que la condena al pago de los salarios de tramitación se realice como si no hubiese tenido lugar el ofrecimiento patronal".

b) Salarios de tramitación

La **STS de 25 de junio de 2003,** Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de la doctrina 2891/2002), I.L. J 1285, a propósito de la improcedencia de un despido donde reconoce el derecho de opción a la empresa (ONCE), se pronuncia sobre el alcance temporal del abono de los salarios de tramitación. La Sala expone que corresponderán, en todo caso, desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo.

> "En cuanto a los salarios de trámite, el precepto habla de los dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declare la improcedencia [ET art.1.b)]; es cierto que esa calificación fue dispensada por la sentencia de suplicación, pero

> ésta no contenía, ni alternativa de indemnización, ni cifra salarial temporalmente tasada; por lo que en definitiva habrá que estar, en este caso concreto, a la notificación de la presente sentencia; sin perjuicio, como es natural, de la responsabilidad del Estado, frente al empresario, por el tiempo que sobrepase los 60 días hábiles de que habla el art. 57."

En el mismo sentido, la **STSJ de Canarias de 13 de mayo de 2003** (recurso 594/2002), I.L. J 915, dictada en fase de ejecución de sentencia, reconoce el alcance temporal para el abono de los salarios de tramitación, condenando al pago de los mismos a la empresa, desde la fecha de notificación de la sentencia que por primera vez declara la improcedencia del despido hasta el auto de extinción del contrato de trabajo. Análogamente, la **STSJ de Castilla y León de 25 de junio de 2003** (recurso 490/2003), I.L. J 922, determina el alcance temporal de los salarios de tramitación, en fase de ejecución de ésta, desde la fecha de notificación de la sentencia que por primera vez declara la improcedencia del despido hasta la fecha en que es dictado en auto de ejecución de la misma. "Sin embargo ello no obsta, que el juez *a quo*, vía ejecución, inste a la parte condenada a ejecutar el fallo de la sentencia de despido, es decir, cuando en el Auto recurrido se declara el derecho a percibir los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia el juez se está limitando al pedir el cumplimiento de la sentencia que declaró el despido del actor improcedente".

La **STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2003** (recuso 2228/2003), I.L. J 1129, al analizar el alcance temporal de los salarios de tramitación, expone su relación con el derecho a la percepción de la prestación por desempleo. Al tal efecto la Sala expone:

> "Los salarios de tramitación se extendieron desde la fecha del despido, el día 15 de julio de 1998, hasta la notificación de la sentencia que declaró su improcedencia, esto es, hasta el 20 de abril de 2000, en que la empresa optó por la indemnización, tal como establecía el art. 56.2 ET, teniendo esa opción a favor de la indemnización los efectos establecidos en el art. 111.2.b) de la LPL, en el sentido de que cuando la opción del empresario hubiera sido por la indemnización, tanto en el supuesto de que el recurso fuera interpuesto por éste como por el trabajador, no procederá la ejecución provisional de la sentencia, si bien durante la tramitación del recurso el trabajador se considerará en situación legal de desempleo involuntario, precepto del que no se infiere, que el mismo tenga que pasar necesariamente a percibir prestación alguna de desempleo, y que si no la percibe, los salarios de tramitación continuarán devengándose a cargo de la empresa, ya que dicho precepto lo único que establece es que el trabajador "se considerará en situación de desempleo involuntario", pero que el cobro efectivo o no de dicha prestación dependerá exclusivamente de que cumpla o no los requisitos establecidos en el art. 203 y siguientes de la Ley General de Seguridad Social."

La **STSJ de Extremadura de 4 de marzo de 2003** (recurso 88/2003), I.L. J 1013, al enjuiciar el momento en el que debe ser solicitado el abono de los salarios de tramitación, lo pone en relación con la prohibición de aducir en fase probatoria nuevas cuestiones fácticas y/o jurídicas. Según la Sala:

> "Las alegaciones que ahora realiza la parte demandada y recurrente no pueden prosperar porque no se hicieron en la instancia y, por tanto, no pudieron ser contestadas por la parte

contraria, que no tuvo ocasión de defenderse ni de aportar los medios de prueba que tuviera por conveniente para combatirla, así como tampoco pudo ser tratado por el magistrado a quo en su resolución. La prohibición de aducir en esta fase probatoria cuestiones fácticas y/o jurídicas nuevas es contemplada por el Tribunal Supremo en Sentencias de 18 de abril de 1988, 10 de febrero y 11 de julio de 1989, 5 y 31 de julio, 5 y 17 de noviembre de 1993, 18 de enero y 16 de marzo de 1994, 6 de octubre de 1995, 7 de mayo y 19 de noviembre de 1996, 15 de enero, 4 de febrero y 23 de septiembre de 1997,y 6 y 17 de febrero y 14 de mayo de 1998."

8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

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

La **STSJ de Madrid de 17 de febrero de 2003** (recurso 5561/2002), I.L. J 981, revoca la sentencia de instancia y desestima la nulidad de un despido por vulneración del derecho fundamental de huelga, en el supuesto de un trabajador, dedicado a la actividad de transporte público, que durante el período de prueba ejercita ilegítimamente su derecho de huelga, incumpliendo reiteradamente los servicios mínimos, razón por la que el Gobierno de la Comunidad acordó establecer un arbitraje obligatorio designando un árbitro para que resolviera en equidad el conflicto. Razona el Tribunal (Sala de Lo Social):

"En cuanto a la constitucionalidad de la fijación de servicios mínimos en caso de huelgas que afecten a servicios esenciales de la comunidad, con arreglo al art. 10.2 del RD-L 17/1977, de 4 de marzo, en relación con el art. 28.2 de la Constitución, baste dar por reproducción la doctrina sentada por el TC en su conocida Sentencia 11/1981. La conducta del trabajador que participa en la huelga sin realizar los servicios mínimos para los que ha sido designado es ilícita y sancionable sin que ello lesione el derecho de huelga, como ha declarado el TC en Sentencia 123/1990, de 2 de julio: 'ha de rechazarse, en consecuencia, que las sanciones impuestas a los recurrentes por no realizar unos servicios mínimos para los que fueron designados, haya supuesto un tratamiento lesivo del derecho de libertad sindical del art. 28.1 CE' y si bien en esa sentencia finalmente se otorgó al amparo fue porque en el momento de enjuiciar el juez laboral las sanciones, ya existía una sentencia del orden contencioso-administrativo anulatoria del acto administrativo de fijación de los servicios mínimos.

Por tanto ha de concluirse que no existe ningún indicio de vulneración del derecho de huelga, pues lo que como tal se esgrime no es sino un ejercicio ilícito de ese derecho, y esa ilicitud no desaparece por el hecho de que el árbitro de equidad recomendase retirar las sanciones o no imponerlas."

La **STSJ de Madrid de 10 de abril de 2003** (recurso 5757/2002), I.L. J 1401, encausa la inexistencia de la nulidad del despido efectuado a una trabajadora que presta servicios en un hogar familiar, al ser una relación laboral de carácter especial donde no se prevé el despido nulo. La Sala argumenta "que el RD 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regu-

la la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, no prevé la nulidad del despido, peculiaridad derivada del carácter especial de esta relación, que excluye la aplicación subsidiaria de la normativa laboral común (Disposición Adicional Única), ya que no puede olvidarse que nos encontramos en presencia de una relación laboral especial, basada en la confianza, que cuando quiebra, por las razones que sea, no se puede imponer su pervivencia, en este sentido, se ha pronunciado la Sala en su reciente sentencia núm. 844/2002 de fecha de 17 de diciembre de 2002, recaída en el recurso de suplicación núm. 4039/02".

Asimismo, la **STSJ de Madrid de 10 de abril de 2003** (recurso 5839/2002), I.L. J 1398, desestima la nulidad del despido efectuado, por causas objetivas, a un trabajador cuando tras superar un período de incapacidad temporal se reincorpora a su puesto de trabajo, pues "la enfermedad no es un supuesto discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del art. 14 de la Constitución Española, y por consiguiente no puede reputarse como trato discriminatorio, el hecho que se despidiera al amparo de causas objetivas a la trabajadora transcurridos siete días de la reincorporación a su puesto de trabajo tras un corto período de incapacidad temporal".

Por el contrario, la **STSJ de Cataluña de 6 de junio de 2003** (recurso 1379/2003), I.L. J 1118, estima la nulidad del despido efectuado a un trabajador, delegado de sección sindical en la empresa, cuando la misma solapa el verdadero motivo de despido, en forma de despido objetivo, –basado en que el estado de salud del trabajador (varices en las piernas), constatado por los servicios médicos de la Mutualidad con la que tiene la prevención de riesgos y salud laboral, no le permite desarrollar las actividades inherentes a su puesto de trabajo–. Para ello, la Sala descarta la justificación del despido objetivo y declara la nulidad del mismo.

> "Cuando menos habría de reputarse precipitada la decisión empresarial tomada en base a un simple dictamen médico (…) que revela que la dolencia es reversible, aun paliada en la actualidad con un cambio de puesto de trabajo adecuado a sus condiciones presentes (…) No habiéndose probado que la decisión empresarial de despido objetivo obedezca a causa justificada y acreditado el conocimiento por la empresa de la condición de delegado o secretario de la sección sindical de CCOO por parte del actor y su actuación en calidad de tal, ha de llegarse a la misma conclusión que el Juzgador de instancia y el recurso ha de desestimarse."

Asimismo, la **STSJ de Cataluña de 4 de junio de 2003** (recurso 8342/2003), I.L. J 1111, confirma el pronunciamiento de instancia que declara nulo el despido efectuado a una trabajadora, que con posterioridad a haber interpuesto demanda de cantidad, es despedida por la empresa alegando "transgresión de la buena fe contractual, así como claro abuso de confianza al pretender imputar a la empresa falta de pago de diversos conceptos impositivos, cargas sociales y salarios, cuando tales faltas de pago son totalmente inciertas".

La Sala aduce que:

> "Como recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 7 de abril de 2002: la jurisprudencia constitucional ha tenido ocasión de manifestar que la vulnera-

> ción del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo deriva de irregularidades producidas dentro del proceso que ocasionen la privación de garantías procesales, sino que puede verse lesionado tal derecho también cuando de su ejercicio resulta una conducta ilegítima de reacción o de respuesta a la acción judicial por parte del empresario. Por ello, una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y nula por contraria a ese mismo derecho fundamental (STC 7/1993) ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo, mientras que el Convenio núm. 158 de la Organización Internacional de Trabajo, en su artículo 5, apartado c), dispone que no podrá darse por terminada una relación de trabajo por haber presentado una queja o procedimiento contra el empleador por vulneraciones legales, aun las supuestas o que no puedan ser comprobadas finalmente. La tutela judicial no se satisface solamente mediante la actuación de jueces y tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, en virtud de la cual el ejercicio de la acción judicial no pueden derivarse para el trabajador consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas. Así, en el ámbito de la relación de trabajo, la citada garantía se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por parte del trabajador de su derecho a pedir la tutela de los jueces y tribunales en orden a la satisfacción de sus derechos e intereses legítimos."

La **STSJ de Madrid de 29 de abril de 2003** (recurso 5768/2002), I.L. J 1415, argumenta la nulidad de una cláusula convencional que regula la edad de jubilación forzosa de los trabajadores de una empresa, al declarar la nulidad del despido efectuado a una trabajadora, por haber superado la edad de jubilación regulada en dicho convenio, por discriminación por razón de la edad. Al efecto la Sala resuelve que "el convenio colectivo puede mejorar las previsiones del Estatuto de los Trabajadores, que es una norma de mínimos, pero no cercenar o rebajar los derechos reconocidos en él, no pudiendo, por tanto, regular ni limitar derecho fundamental alguno. Está vedado a los convenios el establecimiento de una edad de jubilación forzosa de la misma manera que lo está el determinar cuál sea la edad mínima para acceder al mercado de trabajo".

B) Cuestiones conexas

La **STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2003** (recurso 1565/2003), I.L. J 878, analiza la cuestión relativa al salario aplicable a una trabajadora que tras ser declarada la nulidad del despido efectuado, es readmitida en su puesto de trabajo, pero sin que la empresa le reconozca el mayor salario que postulaba en la demanda perteneciente al convenio colectivo de comercio del metal, por entender que en atención a la actividad de la empresa (de venta y comercialización de aparatos electrónicos de telefonía móvil) le es de aplicación dicho convenio, al ser productos metálicos los que se venden y comercializan, tratándose en definitiva de productos siderometalúrgicos.

Motiva el Tribunal su decisión en que "Este simple dato no es suficiente para determinar la sumisión al convenio que se pretende. Siendo el convenio que aplica la empresa, el de comercio menor de Tarragona y la actividad desarrollada de venta de aparatos electrónicos de telefonía móvil, normalmente ligado a contratos con empresas de telefonía móvil, como se dice en el fundamente segundo de la sentencia, y por ello de un producto del que no se responde personalmente al estar sujeto a garantía y que no es objeto de ningún tipo de manipulación o transformación, no puede tal actividad quedar sometida a un convenio como el que se pretende, el cual sólo obliga a aquellas empresas y trabajadores que se rijan por el Acuerdo de sustitución de la Ordenanza de Comercio de 28 de diciembre de 1995, lo que no consta sea el caso de autos. Por ello, no habiéndose producido la infracción denunciada, el recurso no puede prosperar y debe ser desestimado".

Mª. Carmen Ortiz Lallana
Begoña Sesma Bastida

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

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Libertad sindical. A) Denominación sindical. B) Derechos y garantías de los representantes sindicales. C) Crédito horario de los delegados sindicales. D) Derechos sindicales pactados en Convenio y representatividad sindical. E) Libertad sindical y derechos de participación. F) Proceso de tutela de la libertad sindical. G) Asociaciones empresariales. **2. Representación unitaria de los trabajadores.** A) Revocación del mandato representativo. B) Comité intercentros. C) Proceso de impugnación de elecciones sindicales. **3. Conflictos colectivos.** A) Conflictos jurídicos y de intereses. B) Adecuación de procedimiento: conflictos individuales y conflictos colectivos. C) Conflicto colectivo y modificación de condiciones de trabajo. D) Cosa juzgada y litispendencia. **4. Derecho de huelga.** A) Designación de servicios de seguridad. B) Ejercicio ilegítimo: incumplimiento de servicios mínimos. C) Descuento de salarios.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica da cuenta de las sentencias recogidas en los números 5 a 8 de 2003 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 806 a J 1547).

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Denominación sindical

Aunque es cierto que el nombre constituye un elemento fundamental para la identificación de cualquier ente, y en el caso de las organizaciones profesionales, sindicales o políticas, también para reconocer con frecuencia su orientación ideológica, no es habitual encontrarse con litigios en los que se discuta la utilización de un nombre o denominación de un sindicato o asociación empresarial, especialmente si el calificativo cuestiona-

do es un término genérico, como es el caso, en el período de referencia, de la **STS de 25 de junio de 2003,** I.L. J 1286, en relación con un sindicato denominado "independiente", y de la **STSJ de Valencia de 30 de enero de 2003,** I.L. J 1319, en relación con una asociación empresarial denominada de "comerciantes" o de "vendedores" del Mercado Central de Valencia, a la que se hará referencia en el epígrafe correspondiente a las asociaciones empresariales [VII.1.E)].

En el supuesto de la **STS de 25 de junio de 2003,** I.L. J 1286, se cuestiona una curiosa pretensión de exclusividad en la utilización de la denominación de "independiente", interpuesta por el "Sindicato Independiente (Independiente) de la Comunidad Valenciana", constituido en 1987, frente al "Sindicato Independiente Ferroviario", constituido en 1989, impugnándose los estatutos de esta segunda organización, en lo que se refiere a la repetida denominación, por entenderse que puede inducir a confusión entre los trabajadores.

Con base en la doctrina mantenida por la Sentencia del Tribunal Constitucional 72/1995, de 12 de mayo, que culmina un proceso en el que la coalición "Los Verdes-Grupo Verde" impugnó la proclamación de la candidatura de la coalición "Alternativa de Izquierdas-Los Verdes", por semejantes motivos de posible confusión en la denominación, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo desestima la pretensión y el recurso del sindicato actor y recurrente, partiendo del carácter genérico y de uso común de las denominaciones coincidentes ("sindicato" e "independiente"), puesto de relieve por la multitud de organizaciones sindicales que incluyen en su nombre el calificativo de "independiente", y de la adición en el sindicato demandado del término "ferroviario", suficientemente diferenciador e identificativo en orden a evitar la confusión alegada, sin que a ello obsten, por lo demás, los diferentes postulados ideológicos o sindicales de una y otra organización, alegados por el recurrente, pues nada impone su coincidencia, y su valoración le corresponde a los individuos, en cuanto posibles sindicados, y a la propia sociedad, como receptora de unos u otros postulados.

B) Derechos y garantías de los representantes sindicales

Como viene siendo habitual, un elevado número de las sentencias relativas a la libertad sindical se refieren a los derechos y garantías de los representantes sindicales, tanto por la evidente amplitud de este enunciado, como por incluirse en el mismo casi cualquier pretendida vulneración de este derecho fundamental, particularmente las conectadas a la garantía de **indemnidad** de los afiliados y representantes sindicales, en relación con las distintas decisiones susceptibles de adoptarse en una empresa en perjuicio de los derechos de libertad sindical.

A la indemnidad de los trabajadores por razones sindicales, en relación con la impugnación de determinadas decisiones empresariales pretendidamente lesivas de los derechos de libertad sindical, se refieren la **STC de 29 de septiembre de 2003,** I.L. J 1298, y la

STSJ de Andalucía (Granada) de 5 de junio de 2003, I.L. J 1046 (cese de un cargo de libre designación), la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de enero de 2003,** I.L. J 1365 (cambio de puesto de trabajo), y la **STSJ de Cataluña de 6 de junio de 2003,** I.L. J 1118 (despido objetivo por ineptitud por motivos de salud), todas ellas estimatorias de la vulneración alegada.

En el supuesto de la **STC de 29 de septiembre de 2003,** I.L. J 1298, se cuestiona si el cese de un trabajador en un cargo que venía desempeñando en la empresa Iberia, justificado formalmente en su insuficiente nivel de inglés y en el propio carácter del puesto, de libre designación, y decidido en tiempo próximo a su nombramiento como miembro del comité de empresa por la candidatura del sindicato USO, constituye un acto lesivo de su derecho de libertad sindical, en relación con la prohibición de discriminación por tal motivo.

Aplicando la conocida regla sobre la distribución de la carga de la prueba en los procesos en los que se alega la vulneración de derechos fundamentales, conforme a la cual le corresponde al actor la acreditación de indicios razonables, principios de prueba o de un panorama discriminatorio, y a la parte demandada la prueba plena de que su actuación pretendidamente lesiva del derecho tiene causas objetivas ajenas a tal vulneración y de entidad suficiente para su justificación, el Tribunal Constitucional estima el amparo solicitado, teniendo en cuenta la conexión o proximidad temporal entre el nombramiento como miembro del comité de empresa y el cese en el cargo de libre designación, la desconexión temporal entre la causa alegada por la empresa para el cese, el insuficiente nivel de inglés, y su conocimiento de tal circunstancia, concurrente ya desde el inicio del desempeño en el cargo de libre designación (indicios de discriminación), y, por el contrario, la insuficiencia de la discrecionalidad de la empresa para la adopción de la decisión impugnada, como justificación de la misma, cuando concurren indicios de discriminación sindical, toda vez que la libertad de la empresa está limitada por el respeto a los derechos fundamentales.

En el mismo sentido, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 5 de junio de 2003,** I.L. J 1046 [ver también VII.1.F)], estima la existencia de una vulneración del derecho de libertad sindical de un trabajador, delegado sindical, que es cesado de su cargo de responsable de la unidad de almacén del hospital en el que presta servicios, con base en que esta función exige una dedicación exclusiva incompatible con la posición de delegado sindical, al constar, curiosamente, como hecho probado, no discutido en suplicación, que con anterioridad al cese impugnado el director del referido hospital convocó al actor a una reunión "en la que trató de convencerle de que renunciase a su puesto como representante sindical manifestándole que si no lo hacía le cambiaría de puesto de trabajo".

También en aplicación de la garantía de indemnidad inserta en el derecho de libertad sindical, conforme a la cual el trabajador tiene derecho a no sufrir menoscabo en su situación profesional o económica en la empresa por razón de su afiliación o actividad sindical, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de enero de 2003,** I.L. J 1365, confirma la nulidad de una decisión empresarial por la que se cambia de puesto (de una cámara frigorífica a otra) a tres trabajadores, representantes unitarios por la candidatura de UGT,

con asignación de funciones residuales y más penosas, tras diez años prestando servicios en otro puesto, con la sola explicación "de que existe una reorganización del Servicio a los efectos de que en los días de mayor carga de trabajo en la Cámara de procedencia no existan ausencias justificadas en el ejercicio del crédito horario", sin que por la empresa se haya probado que su decisión es ajena a la vulneración de los derechos de libertad sindical y está justificada por razón de la alegada reestructuración, que, además, afecta sólo a los trabajadores demandantes.

Por otra parte, la Sala también estima que no puede valorarse en el proceso de tutela de la libertad sindical el alcance del *ius variandi*, alegado por la empresa, como consecuencia del limitado ámbito de conocimiento de este proceso especial (arts. 27.1 y 176 LPL), en el que "exclusivamente interesa ponderar si ha existido ruptura del equilibrio debido entre las facultades organizativas y el derecho fundamental de los actores o la libertad sindical".

Por último, en el supuesto de la **STSJ de Cataluña de 6 de junio de 2003,** I.L. J 1118, se cuestiona la nulidad de un despido objetivo, formalmente justificado en la ineptitud sobrevenida del trabajador, por motivos de salud, en relación con su posición de delegado sindical de un sindicato sin representación en el comité de empresa, y con su actividad sindical destinada a la regularización y estabilización de la contratación temporal en su empresa.

Tras descartar la justificación del despido alegada formalmente por la empresa, con base en el carácter no definitivo de las dolencias sufridas por el actor, susceptibles de intervención quirúrgica (varices), y en la posibilidad de realización de otras tareas propias de su categoría profesional, en otros puestos de trabajo compatibles, y constatados suficientes indicios de vulneración del derecho de libertad sindical, constituidos por la condición de delegado sindical, aun interno, del trabajador despedido, y por su referida participación y actuación sindical en la regularización de la contratación temporal de su empresa, se declara la nulidad del despido.

C) Crédito horario de los delegados sindicales

Al crédito horario se refieren, desde dos perspectivas diferentes, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 13 de mayo de 2003,** I.L. J 848, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 24 de enero de 2003,** I.L. J 1363, y la **STSJ de Madrid de 28 de marzo de 2003,** I.L. J 1211, estas dos últimas respecto de delegados sindicales internos, diferentes de los contemplados en el art. 10 de la LOLS.

En un proceso de tutela de la libertad sindical en el que se cuestiona el cumplimiento por parte de un delegado sindical del plazo de preaviso establecido convencionalmente para la utilización de su crédito horario en supuestos de urgencia (de 24 horas), la **STSJ de Andalucía (Granada) de 13 de mayo de 2003,** I.L. J 848 [ver también VII.1.F)], estima la existencia de una vulneración del derecho de libertad sindical, apreciando la con-

currencia de una situación de urgencia en el desempeño de las funciones sindicales, toda vez que el trabajador fue requerido para ello con un solo día de antelación, procediendo a avisar en ese plazo, por lo que la negativa empresarial a la concesión del permiso se estima injustificada.

En relación con la delimitación de los "delegados sindicales" titulares del derecho al crédito horario establecido legalmente, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 24 de enero de 2003,** I.L. J 1363, parte de la diferencia existente entre la figura de los delegados sindicales en sentido legal, esto es, los representantes de las secciones sindicales constituidas en empresas de más de 250 trabajadores y con presencia en los órganos de representación unitaria (art.10 LOLS), y los delegados internos de secciones sindicales constituidas en las empresas sin que concurran las circunstancias referidas, estimando que, salvo mejora convencional, estos últimos no tienen derecho al crédito horario para el desempeño de funciones sindicales y de representación de los trabajadores. En este caso se trata de una empresa de menos de 250 trabajadores, y aunque existe una previsión convencional de mejora del crédito horario de los representantes de los trabajadores, la misma se refiere al número de horas disponibles, que se ven incrementadas, pero no a su reconocimiento respecto de otros delegados distintos de los contemplados en la norma legal.

En análogos términos, la **STSJ de Madrid de 28 de marzo de 2003,** I.L. J 1211, desestima una pretensión de un delegado de la sección sindical de CNT en la empresa "Diario ABC, SL", en cuyo comité de empresa no tiene representación esta organización sindical, de disfrutar del derecho al crédito horario reconocido a los delegados sindicales en el artículo 10 de la LOLS, declarando que "las secciones sindicales pueden constituirse y nombrar portavoces aunque no cuenten con presencia o implantación en los comités de empresa; pero no tienen derecho a designar un delegado sindical con los derechos y garantías que reconoce el artículo 10 de la Ley, lo cual sólo es prorrogativa reconocida a las secciones sindicales que alcancen el umbral de representatividad previsto para el caso".

D) Derechos sindicales pactados en Convenio y representatividad sindical

También delimitan la titularidad de determinados derechos sindicales, aunque en relación con derechos establecidos en Convenio colectivo y reconocidos en atención a la representatividad sindical, la **STS de 17 de junio de 2003,** I.L. J 1526, y la **SAN de 6 de marzo de 2003,** I.L. J 1346.

La **STS de 17 de junio de 2003,** I.L. J 1526, estima que el artículo 104 del XIV Convenio colectivo de RTVE, en el que se reconocen determinados derechos instrumentales tan sólo a los sindicatos más representativos en su ámbito de aplicación (designación de delegados sindicales en cada centro de trabajo, acumulación de horas entre los miembros de los comités de empresa, locales sindicales, excedencias, convocatoria de asambleas sindicales, exención de servicios, disposición de dos trabajadores administrativos, viajes y dietas, y utilización de recursos corporativos), no constituye un tratamiento discriminatorio de los sindicatos que vulnere el principio de igualdad y el derecho de libertad sindical de las organizaciones que no alcanzan el 10 por ciento de representatividad en

la empresa, toda vez que el criterio de mayor representatividad constituye un requisito objetivo y constitucionalmente válido para establecer diferencias de trato entre sindicatos, que se adecua a "a las singulares tareas y responsabilidades que deben asumir las secciones sindicales, con singular implantación en el ámbito del convenio, en la defensa y promoción de los intereses del conjunto de los trabajadores", que podría "verse afectada por una excesiva atomización sindical y por la aplicación de un carácter absoluto al principio de igualdad de trato", como así se ha venido reconociendo en relación con algunos de los derechos debatidos en este caso, como la atribución de locales sindicales (STS de 3 de febrero de 1998), la designación de delegados sindicales (STC 188/1995, de 18 de diciembre), la excedencia (STC 263/1994, de 3 de octubre), o la integración en determinadas comisiones (STC 53/1982, de 2 de junio).

Por su parte, en el supuesto de la **SAN de 6 de marzo de 2003,** I.L. J 1346, se cuestiona la adecuación al ordenamiento jurídico de determinadas previsiones del Convenio colectivo de la empresa Telefónica, en las que se limita el uso de ciertos medios de comunicación electrónica respecto de los sindicatos más representativos a nivel estatal, impugnándose tales restricciones por dos sindicatos con implantación y representación en la empresa y con el estatus de mayor representatividad en la Comunidad Autónoma del País Vasco (ELA-STV y LAB).

Tras afirmar la legitimación activa de los sindicatos demandantes para la impugnación del Convenio, sin que a tales efectos se entienda necesaria su representatividad en la empresa afectada, la Audiencia Nacional estima la pretensión planteada, por entender que no cabe el establecimiento convencional de una diferencia cualitativa de trato entre sindicatos que tienen la condición de más representativos, con independencia de que tal estatus se derive de la audiencia a nivel estatal o a nivel autonómico, declarando a este respecto que "la regulación impugnada supone de hecho no sólo fragmentar el estatus jurídico uniforme de los sindicatos más representativos en una cuestión clave, desde la perspectiva de la acción sindical, como es la relación con los afiliados o la promoción de la propia afiliación, sino además condenar a los de ámbito autonómico a la manifiesta desventaja de la marginalidad tecnológica con evidente quebranto, desde la perspectiva de la acción sindical del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución".

E) Libertad sindical y derechos de participación

En el supuesto de la **STS de 15 de julio de 2003,** I.L. J 1265, la organización "Alternativa Sindical de Trabajadores del Grupo Caja de Madrid", se opone, a través de un proceso de tutela de la libertad sindical, a la adopción de acuerdos por parte de la Comisión de control del plan de pensiones de esa entidad financiera, sin haber sido convocada, teniendo en cuenta que formó parte de los sujetos firmantes del pacto en el que se aprobó el referido plan de pensiones, aunque, conforme al articulado del mismo, no formó parte de su comisión promotora y de control, limitada a los sindicatos con suficiente representatividad, y que por ésta se aprobó un anexo de ampliación del ámbito de aplicación del

plan, que inicialmente se incorporó formalmente al pacto anterior, con inclusión de la firma del sindicato actor, aunque posteriormente se corrigió ese error formal.

Partiendo de la limitación del conocimiento judicial propio del proceso de tutela del derecho de libertad sindical, restringida a la dimensión constitucional del derecho, la Sala desestima la pretensión y el recurso del sindicato actor y recurrente, puesto que, conforme al propio acuerdo de aprobación del plan de pensiones, este sindicato no tenía derecho a formar parte de su comisión de control, sin que quepa proyectar la pretendida lesión del derecho de libertad sindical sobre un derecho que no tiene atribuido, ni discutir la legalidad del acuerdo de la comisión de control o la competencia de la misma para adoptar el referido acuerdo extensivo, por tratarse de cuestiones de legalidad ordinaria, extrañas a la modalidad procesal elegida.

F) Proceso de tutela de la libertad sindical

También son numerosas las sentencias que en el período de referencia tratan expresamente, junto con la cuestión sustantiva o de fondo, cuestiones relativas al proceso de libertad sindical. Aparte de las que se refieren a temas seguramente más comunes, como la distribución de la carga de la prueba (**STC de 29 de septiembre de 2003,** I.L. J 1298, **STSJ de Canarias, Las Palmas, de 29 de enero de 2003,** I.L. J 1365, y **STSJ de Cataluña de 6 de junio de 2003,** I.L. J 1118), o a la limitación del objeto de conocimiento del proceso de tutela de la libertad sindical (**STS de 15 de julio de 2003,** I.L. J 1265, y **STSJ de Canarias, Las Palmas, de 29 de enero de 2003,** I.L. J 1365), ya vistas [VII.1.B) y E)], merece la pena destacar la **STSJ de Madrid de 28 de marzo de 2003,** I.L. J 1212, relativa a la competencia por razón de la materia (libertad sindical de funcionarios), que se verá en el epígrafe correspondiente al proceso de impugnación de elecciones sindicales [VII.2.C)], la **STSJ de Aragón de 8 de mayo de 2003,** I.L. J 834, relativa a la competencia funcional, las **SSTSJ de Andalucía (Granada) de 13 de mayo de 2003,** I.L. J 848, y **de 5 de junio de 2003,** I.L. J 1046, relativas a la legitimación pasiva, y la **STS de 21 de julio de 2003,** I.L. J 1276, relativa a la determinación de la indemnización por lesión del derecho de libertad sindical, y a la necesaria alegación y prueba de los elementos que condicionan su procedencia y cuantía.

La primera de estas sentencias, la **STSJ de Aragón de 8 de mayo de 2003,** I.L. J 834, declara que la "competencia funcional en instancia" para el conocimiento de una demanda de tutela de libertad sindical, en relación con el derecho de negociación colectiva del sindicato actor (Unión Sindical de Aragón de Comisiones Obreras), derivada de una pretendida negativa a la negociación por parte del Gobierno de Aragón, le corresponde a los Juzgados de lo Social, estimando, a tales efectos, que el ámbito territorial de afectación de la cuestión litigiosa [arts. 6 y 7.a) LPL], "no puede identificarse con los límites territoriales de la estructura del Sindicato accionante, ni siquiera con los relativos al órgano autonómico demandado", y que la lesión alegada afecta al demandante, sin proyección territorial alguna.

Respecto de la "legitimación pasiva" en el proceso de tutela de la libertad sindical, en un supuesto en el que se cuestiona el cumplimiento por parte de un delegado sindical del

plazo de preaviso establecido convencionalmente para la utilización de su crédito horario en situaciones de urgencia, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 13 de mayo de 2003,** I.L. J 848 [ver también VII.1.C)], estima la falta de legitimación pasiva del director de recursos humanos de la empresa, que deniega el disfrute del correspondiente permiso, por entender que la responsabilidad en la vulneración del derecho debatido debe imputarse a la empresa y no a sus representantes.

Por su parte, en un supuesto en el que se impugna el cese en un cargo de responsabilidad, por pretendida vulneración del derecho de libertad sindical, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 5 de junio de 2003,** I.L. J 1046 [ver también VII.1.B)], desestima la excepción de **litisconsorcio pasivo necesario** opuesta por la empresa demandada, en relación con la trabajadora que es nombrada para ocupar el puesto en el que se cesa al actor.

Por último, la **STS de 21 de julio de 2003,** I.L. J 1276, reitera la doctrina de la Sala (Sentencias de 22 de junio de 1996, 2 de febrero de 1998 y 28 de febrero de 2000), conforme a la cual, los artículos 15 de la LOLS y 180.1 LPL no reconocen el derecho a una **indemnización** vinculada automáticamente a toda declaración judicial de vulneración de derechos fundamentales, sino que para ello es preciso "que, en primer lugar, el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifiquen suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, y dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión; y en segundo lugar que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase".

G) Asociaciones empresariales

Como se anunció en el epígrafe relativo a la denominación sindical [VII.1.A)], también la **STSJ de Valencia de 30 de enero de 2003,** I.L. J 1319, trata la cuestión relativa a la denominación de las organizaciones profesionales, aunque no solamente, y en este caso en relación con una asociación empresarial. En este supuesto, por la "Asociación de Vendedores del Mercado Central de la Ciudad de Valencia" se impugnan los estatutos de la "Asociación de Comerciantes del Mercado Central Municipal de la ciudad de Valencia", ambas con domicilio social en la sede del repetido Mercado Central, con base en tres pretendidas infracciones de la Ley 19/1977, de 1 de abril (arts. 1.1 y 2.1) y del RD 873/1977, de 23 de abril (art. 3.1). Las dos primeras, conforme a esta última norma, por entender que tanto la denominación como el domicilio, coincidentes, pueden inducir a confusión entre las dos organizaciones. La tercera, conforme a los preceptos legales citados en primer lugar, oponiéndose a una previsión estatutaria de la Asociación demandada en la que se permite la afiliación de los descendientes o cónyuges de los empresarios asociados.

Partiendo del igual significado atribuido a los términos "vendedor" y "comerciante", el Tribunal Superior de Justicia de Valencia estima la alegada confusión y la pretendida

infracción en la denominación adoptada por la segunda Asociación constituida. Por el contrario, respecto de la coincidencia de domicilios, la Sala desestima la pretensión actora, tanto por tratarse de "oficinas e instalaciones municipales, radicadas en un edificio singular y de grandes dimensiones, que recae a diferentes calles", como porque la norma alegada no prevé la confusión en lo que se refiere al domicilio de las asociaciones empresariales, a diferencia de lo que ocurre con la denominación social.

En cuanto al derecho de afiliación de los descendientes o cónyuges de los empresarios asociados, también se estima la impugnación de los estatutos, apreciándose que de ese modo se desvirtúa el sentido de la asociación, resultando una exigencia inexcusable para formar parte de la misma tener la condición de empresario, "identificada como titular, por concesión, de la explotación de los puestos de venta de dicho mercado", por tratarse de una asociación de empresarios sometida a la Ley 19/1977, de asociación sindical, y no a la Ley general de asociaciones.

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA DE LOS TRABAJADORES

A) Revocación del mandato representativo

La **STSJ de Cataluña de 6 de junio de 2003,** I.L. J 1119, declara la nulidad del acuerdo de revocación del mandato de un delegado de personal, adoptado por la totalidad de los trabajadores asistentes a la asamblea revocatoria, coincidentes con los convocantes de la misma (siete, de una plantilla de trece), por no haberse comunicado en tiempo y forma a la autoridad laboral la convocatoria de la citada asamblea [art. 1.1.c) RD 1844/1994, de 9 de septiembre], entendiendo que esta comunicación supone una trascendente garantía de publicidad para que los trabajadores representados puedan acudir a la asamblea y mostrar su parecer, que en este caso tampoco se cumplió mediante la publicación de la convocatoria en el tablón de anuncios de la empresa, como, por lo demás, pone de relieve la sola asistencia a la asamblea de los trabajadores convocantes.

B) Comité intercentros

En el supuesto de la **STS de 18 de septiembre de 2003,** I.L. J 1541, los sujetos legitimados para negociar en el ámbito de la empresa pública "Desarrollo agrario y Pesquero de Andalucía, SA", adoptaron un acuerdo de naturaleza estatutaria sobre materia concreta (art. 83.3 ET), con el objeto de constituir un comité intercentros que desarrollara la negociación del III Convenio colectivo de la citada empresa, designando sus miembros de entre los representantes unitarios de los distintos centros de la empresa, en proporción a la representatividad de sus sindicatos. Culminada la negociación del Convenio y suscrito el mismo, por los representantes unitarios del sindicato CCOO se designaron nuevos representantes en el comité intercentros, excluyendo del mismo a una de sus delegadas, que hasta la firma del Convenio formó parte del citado comité intercentros. Por la delegada excluida se cuestiona la vigencia de su mandato como miembro del comité intercentros, pretendiendo que su exclusión del mismo constituye una vulneración de su derecho de libertad sindical, por entender que supone una represalia frente a

las discrepancias habidas con su sindicato en el proceso de negociación del Convenio colectivo.

En el plano de la legalidad ordinaria, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo estima que el comité intercentros constituye un órgano de creación convencional, cuya finalidad y duración viene delimitada por la propia regulación negociada que lo crea, de modo que, en el supuesto debatido, la vigencia del comité intercentros constituido para la negociación del Convenio colectivo culmina con la propia finalización del proceso de negociación, sin que su duración esté condicionada, por tanto, por la propia vigencia del mandato electoral de los representantes de los trabajadores que integran el comité intercentros.

En el mismo plano de legalidad ordinaria, también se estima correcta la actuación de los representantes unitarios del sindicato CCOO en orden a la designación de sus miembros en el comité intercentros constituido tras la firma del Convenio colectivo y en ejecución de lo dispuesto sobre el particular en el mismo, puesto que, culminado el objeto y vigencia del anterior comité intercentros, y prevista la constitución de este órgano de representación en el nuevo Convenio, a ellos les corresponde la designación de sus representantes en el renovado comité, en proporción a su representatividad en la empresa, resultando ese proceder más adecuado para garantizar esta proporcionalidad, que la convocatoria y votación conjunta por parte de todos los representantes unitarios, de todos los sindicatos, en la empresa, sin que a ello obste, por lo demás, la ausencia de la actora, puesto que no afecta al resultado de la votación.

Por último, en el plano constitucional, respecto de la alegada vulneración del derecho de libertad sindical de la actora, la Sala desestima su pretensión con tres clases de argumentos. En primer lugar, por la existencia de una causa justificada de la terminación del mandato del primer comité intercentros, cual es la culminación de su función negociadora, en segundo lugar, por la difícil incardinación de la designación de los miembros del nuevo comité por parte de los representantes unitarios de CCOO en la empresa, entre las actuaciones susceptibles de anulación por vulneración del derecho de libertad sindical, enumeradas en los artículos 12 y 13 de la LOLS, y, en tercer lugar, por la libertad de los electores en la designación de sus representantes en el comité intercentros, sin que a ello obste, antes bien al contrario, la eventual motivación de la exclusión en las discrepancias sindicales, puesto que los "votantes pueden lícitamente valorar, según sus criterios, lo que se entiende por fidelidad a unos postulados ideológicos en la defensa de sus intereses y otorgar su voto a quienes estimen más próximos a los mismos".

C) Proceso de impugnación de elecciones sindicales

En esta materia se plantean fundamentalmente dos cuestiones. Por una parte, la competencia material y la modalidad procesal adecuada para la impugnación de la revocación del mandato de los representantes del personal, adoptada en una asamblea de funcionarios (**STSJ de Madrid de 28 de marzo de 2003,** I.L. J 1212). Por otra, la legitimación

activa de un sindicato para la impugnación de un laudo arbitral electoral, cuando ni la decisión impugnada ni la pretendida de parte suponen la atribución de representantes para el sindicato actor (**STC de 29 de septiembre de 2003,** I.L. J 1295).

Como se anunció en el epígrafe relativo al proceso de tutela de la libertad sindical [VII.1.F)], en relación con la competencia jurisdiccional material, la **STSJ de Madrid de 28 de marzo de 2003,** I.L. J 1212, declara la incompetencia del orden social para resolver una pretensión en la que se insta la nulidad de la revocación del mandato de los delegados de personal de un ayuntamiento, adoptada por la asamblea de funcionarios en esa entidad, por entender que tal pretensión no es susceptible de encuadrarse en la materia electoral [art. 2.n) LPL], toda vez que el proceso electoral concluye con la determinación de los candidatos elegidos para formar parte de los órganos de representación, sino en la tutela de los derechos sindicales de los demandantes, representantes de funcionarios públicos, por lo que se estima que la competencia jurisdiccional le corresponde al orden contencioso-administrativo [art. 3.1.c) LPL].

Por su parte, en el más complejo supuesto de la **STC de 29 de septiembre de 2003,** I.L. J 1295, se cuestiona la legitimación activa del sindicato USO para impugnar ante la jurisdicción un laudo arbitral electoral por el que se estima una pretensión de UGT, de atribución de un representante en un comité de empresa, que previamente había sido atribuido por la mesa electoral a CCOO. La composición inicial del comité de empresa, conforme a la atribución de resultados adoptada por la mesa electoral, era de 4 miembros para UGT, 3 para CCOO y 2 para USO, y tras el laudo arbitral, de 5 para UGT, 2 para CCOO y 2 para USO, y la pretensión impugnatoria de este último sindicato pretendía el mantenimiento de la composición inicial del comité de empresa, sin que su pretensión supusiera, por tanto, la alteración de su participación en este órgano, motivo por el cual se estimó en la instancia judicial su falta de legitimación activa, cuestionada en amparo por una pretendida vulneración de los derechos de tutela judicial efectiva y de libertad sindical.

Con carácter previo a la resolución de esta cuestión, se plantea por el Ministerio Fiscal la posible inadmisión del recurso de amparo, con base en el planteamiento *ex novo*, en la sede constitucional, por parte del sindicato recurrente en amparo, de un interés propio en el asunto debatido, no alegado en su demanda inicial, lo que supondría, en su caso, la afectación del principio de subsidiariedad del recurso de amparo. El Tribunal Constitucional rechaza esta alegación obstativa, por entender que la alegación del interés propio por parte del sindicato recurrente subyace en la propia demanda, "y es, precisamente, el rechazo de la existencia de dicho interés, manifestado en la estimación por el Juzgado de lo Social (...) de la excepción de falta de legitimación activa, lo que, precisamente, le trae ante este Tribunal".

Respecto de la legitimación procesal cuestionada, se parte con carácter general de la posición especialmente reforzada que tiene el derecho a la tutela judicial en este caso, puesto que se trata del acceso a la jurisdicción y no al recurso, por lo que es aplicable el principio *pro actione*, y se plantea respecto de un sindicato, en conexión con el derecho de libertad sindical. Desde esta perspectiva, se analiza el interés o vínculo del sindicato recurrente en relación con el objeto litigioso, es decir, su "interés profesional o económico,

traducible en una ventaja o beneficio cierto, cualificado y específico derivado de la eventual estimación" de la acción interpuesta, sobre impugnación del laudo electoral, teniendo en cuenta que pretende la alteración de la composición del comité de empresa pero no la de su participación en el mismo.

En tales términos, el Tribunal Constitucional reconoce la existencia de tal interés directo en el sindicato actor y estima el amparo solicitado, toda vez que no sólo participó en el proceso electoral litigioso, sino que la estimación de su demanda supondría un cambio en la composición del comité de empresa con repercusiones ciertas en su estrategia y actuación sindicales, al impedir la existencia de una sola fuerza sindical con mayoría absoluta en el comité, lo que "reportaría una ventaja o utilidad con una innegable trascendencia colectiva por su proyección o alcance general y de evidente conexión con la función institucional del sindicato".

3. CONFLICTOS COLECTIVOS

A) Conflictos jurídicos y de intereses

Es suficientemente conocida la distinción dogmática entre los conflictos jurídicos o de interpretación o aplicación normativa, y los conflictos económicos, de intereses o de creación de una norma, de especial relevancia para determinar, con carácter general, el medio de solución más adecuado, y para delimitar, de manera más específica, el ámbito de actuación propio de la jurisdicción, en sentido estricto, referido exclusivamente a los primeros.

A este último aspecto se refiere la **SAN de 1 de abril de 2003,** I.L. J 1350, en un supuesto en el que por el comité de empresa del "Canal de Isabel II" se cuestiona la forma de distribución de la reducción de la jornada a 35 horas semanales, promediadas anualmente, pactada por la comisión paritaria del Convenio con ocasión de la reducción de jornada adoptada en el mismo sentido en el Convenio de la Comunidad de Madrid, impugnándose a tal efecto la distribución decidida por la empresa, de reducción de 10 minutos diarios, para los turnos no continuados de trabajo (1º y 2º) y para los trabajadores no sometidos a turno, y de cuatro días adicionales al año de libranza, para el turno de horario continuado (3º), que se pretende aplicable para todos los trabajadores.

La Audiencia Nacional desestima la pretensión actora, por entender que está planteando un conflicto de intereses y no un conflicto de interpretación o aplicación de una norma, al no existir "precepto alguno que establezca la disminución de días de trabajo efectivo como consecuencia de la reducción de jornada", sin que, por otra parte, se aprecie discriminación entre los trabajadores de los distintos turnos por el diferente régimen de distribución de la reducción de la jornada adoptado por la empresa, que se estima justificado por razón de la actividad continuada del turno 3º, que impide su interrupción, siquiera durante un breve tiempo.

B) Adecuación de procedimiento: conflictos individuales y conflictos colectivos

Junto con la delimitación entre los conflictos jurídicos y los conflictos de intereses, recién expuesta, también es sobradamente conocida la diferencia entre los conflictos individuales y los conflictos colectivos, conformados, éstos, por un elemento subjetivo, constituido por la afectación de un grupo genérico y homogéneo de trabajadores, y por un elemento objetivo, constituido por la presencia de un interés indivisible respecto de tal grupo. No obstante, con frecuencia la frontera entre ambos es ciertamente difusa, lo que conlleva una mayor litigiosidad y un más elevado número de pronunciamientos judiciales sobre el particular, en orden a determinar la modalidad procesal adecuada.

En el período de referencia estiman la inadecuación de la modalidad procesal de conflicto colectivo la **STS de 22 de septiembre de 2003,** I.L. J 1543, la **SAN de 18 de marzo de 2003,** I.L. J 1348, y la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 24 de junio de 2003,** I.L. J 1090, por tratarse de pretensiones con repercusión individual; y, por el contrario, declara la adecuación de este proceso especial, la **STS de 7 de abril de 2003,** I.L. J 1057.

Sin perjuicio de reconocer la posibilidad de resoluciones de condena en la modalidad procesal de conflicto colectivo y con cita en las anteriores Sentencias de 22 de junio de 1999 y 24 de abril de 2002, la **STS de 22 de septiembre de 2003,** I.L. J 1543, declara la inadecuación de este procedimiento en relación con una demanda en la que se insta la declaración de nulidad de una decisión empresarial por la que se crea el "programa de desarrollo profesional de Asesor de Servicios", en una Caja de Ahorros, a la que se imputa el incumplimiento de normas estatales y paccionadas en materia de promoción profesional y económica y la vulneración del derecho de libertad sindical, toda vez que ya ha sido ejecutada, afectando al menos a 300 trabajadores, por lo que la afectación inicial o pretendidamente genérica de un grupo de trabajadores se ha visto singularizada respecto de un grupo concreto de ellos, que deben ser llamados al proceso, lo que no es posible en la modalidad de conflicto colectivo, en el que la legitimación sólo le corresponde a entes colectivos (arts. 151 y 152 LPL).

En análogos términos, la **SAN de 18 de marzo de 2003,** I.L. J 1348, estima la inadecuación de la modalidad procesal de conflicto colectivo para la impugnación de una de las bases de un concurso-oposición, relativa al horario de los trabajadores en su caso contratados, diferente del establecido con carácter general en la empresa, por encontrarse a punto de concluir el concurso litigioso en el momento de presentación de la demanda, afectando por ello el conflicto a concretos trabajadores, que, en el mismo sentido, deberían haber sido llamados al proceso.

También la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 24 de junio de 2003,** I.L. J 1090, declara la inadecuación de la modalidad procesal de conflicto colectivo, en relación con una demanda en la que se pretende que se reconozca el derecho a que determinada plaza de la Consejería de la Presidencia de la Comunidad canaria sea cubierta de forma inmediata mediante el sistema establecido en el Convenio colectivo aplicable, y que se declare en fraude de ley la utilización de la movilidad funcional de carácter tem-

poral realizada por la Administración demandada para cubrir la citada plaza, por entender que se trata "de una acción de condena que incide sobre los intereses individuales de los trabajadores afectados", en la que se cuestiona la adecuación de la convocatoria para ocupar una plaza, que además se ha adjudicado a una persona, a las previsiones establecidas en el Convenio colectivo y en el Plan de Empleo de la Comunidad Autónoma, y no una discrepancia en la interpretación de una norma.

Por el contrario, en el contexto de una convocatoria interna para la cobertura de determinadas plazas en la empresa Telefónica, la **STS de 7 de abril de 2003,** I.L. J 1057, estima la adecuación de la modalidad procesal de conflicto colectivo para resolver una pretensión sindical en la que se insta la declaración de que el desempeño de las funciones correspondientes a las plazas convocadas (operaciones con consola de radio y radiocomunicaciones marítimas), no pueden ser realizadas por el grupo profesional admitido en la convocatoria (operadores/as del grupo 38, antes telefonistas del grupo 8), y que tales funciones les corresponden a otros grupos profesionales (radiotelefonistas, radiotelegrafistas y oficiales radioelectrónicos), con el título habilitante para el desempeño de esas funciones, sin que a ello obste el hecho de que "únicamente resultaran afectados, en el momento de interponerse la demanda, un número concreto de trabajadores de determinados grupos y categorías que desempeñaban en ese momento determinados puestos de trabajo, y algunos en expectativa de destino, porque las declaraciones concretas que se postulan en la demanda no se pretende que afecten en exclusiva a esos concretos empleados (que en el futuro pueden ser sustituidos por otros), sino, en su conjunto, a los grupos y categorías que en la propia demanda se mencionan".

C) Conflicto colectivo y modificación de condiciones de trabajo

Con importantes matices adicionales, tanto sustantivos como procesales, a la simple diferencia entre el conflicto individual y el conflicto colectivo, la **STS de 18 de julio de 2003,** I.L. J 1269, declara la inadecuación de la modalidad procesal de conflicto colectivo para la impugnación de los denominados "horarios singulares", pactados por la empresa Caja Madrid con los empleados "comerciales", de forma diferenciada al horario general contemplado en Convenio, tanto por haberse adoptado mediante pactos individuales con los trabajadores afectados, a cambio de determinadas ventajas, sin resultar por ello aplicable el artículo 41 del ET, relativo a las modificaciones unilaterales, como porque, aun aplicando en hipótesis tal precepto, se trataría de modificaciones individuales, al afectar la medida al horario y no alcanzarse el umbral numérico constitutivo de las modificaciones colectivas (art. 41.2, párrafo cuarto, ET).

D) Cosa juzgada y litispendencia

En un supuesto en el que se superponen dos acciones, una colectiva y otra individual, frente a una misma convocatoria para la cobertura de determinadas plazas en la empresa RENFE, la **STSJ de Valencia de 7 de abril de 2003,** I.L. J 1384, analiza detalladamen-

te el efecto de cosa juzgada y de litispendencia que tiene el proceso colectivo previo sobre las acciones individuales posteriores (art. 158.3 LPL).

A tal efecto diferencia entre el efecto negativo o preclusivo de la cosa juzgada, que "impide que los Tribunales de justicia se pronuncien de nuevo sobre un asunto ya resuelto por medio de Sentencia firme", debiendo apreciarse la litispendencia hasta ese momento, y el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada, que "no impide que se dicte Sentencia en el segundo juicio, sino que obliga a que la decisión que se adopte en esta Sentencia siga y aplique los mandatos y criterios establecidos por la Sentencia firme anterior", sin que por ello deba apreciarse la litispendencia antes de que se adopte sentencia firme en el primer proceso. Conforme a esta diferencia, se estima que el artículo 158.3 de la LPL se refiere al segundo efecto de la cosa juzgada (positivo) y no al primero, en términos de prejudicialidad normativa, lo que implica, respecto de la cuestionada litispendencia, que ésta no debe apreciarse en el proceso individual cuando se está tramitando un proceso de conflicto colectivo sobre el mismo objeto, sino que tan sólo debe suspenderse el trámite de aquél hasta que concurra sentencia firme en éste.

4. DERECHO DE HUELGA

A) Designación de servicios de seguridad

En el supuesto de la **STS de 28 de mayo de 2003,** I.L. J 831, se cuestiona si una decisión unilateral de la empresa RENFE, por la que se determinan los servicios de seguridad en su "Unidad de Negocio", con ocasión de la convocatoria de una huelga en la misma, para el día 22 de julio de 2001, durante la primera hora de cada turno de trabajo, constituye una conducta lesiva de los derechos de huelga y de libertad sindical, teniendo en cuenta que el comité de huelga se negó a negociar tal decisión y que los servicios de seguridad tan sólo se adoptaron para las áreas de electrificación y señalización.

La pretendida vulneración de los referidos derechos fundamentales se plantea sustancialmente desde tres puntos de vista. En primer lugar, en relación con el carácter unilateral de la decisión empresarial y su justificación. En segundo lugar, en relación con el pretendido exceso numérico de los trabajadores designados y con la falta de comunicación y motivación de la decisión empresarial. Y en tercer lugar, en relación con la afectación o interferencia empresarial en la acción sindical y en la efectividad de la huelga.

Aplicando extensivamente la doctrina constitucional sobre ponderación de los derechos y circunstancias concurrentes en la relación entre el derecho de huelga y los servicios esenciales para la comunidad, a la relación entre aquel derecho y los servicios de mantenimiento y seguridad, y teniendo en cuenta que la decisión empresarial se adoptó tras la negativa del comité de huelga a su negociación, y que la medida afectó tan sólo a las áreas de electrificación y señalización de la Unidad de la empresa en huelga, sensiblemente conectadas con la seguridad del servicio, tanto para los trabajadores, como para los usuarios y terceros, y no a los servicios de mantenimiento ni a otras áreas de la "Unidad de Negocio" de RENFE, la STS de 28 de mayo de 2003, desestima el primero

de los motivos de revisión jurídica de los sindicatos actores y recurrentes, sin que a ello obste la escasa duración temporal ni el limitado ámbito de destinatarios de la huelga convocada, dada la relevancia de algunos de los servicios de la Unidad a la que afectaba el conflicto, para la seguridad de la actividad de RENFE.

Respecto del alegado exceso numérico de los trabajadores designados para los servicios de seguridad, también se desestima, teniendo en cuenta el número de trabajadores necesarios para realizar una reparación (cinco), el de trabajadores llamados al trabajo, respecto de los convocados a la huelga (130 de 5.359), y el de los designados en anteriores huelgas generales, que cuadriplican los ahora llamados, a pesar de verse afectada toda la actividad de la empresa y por tanto reducido el tráfico ferroviario y el riesgo del mismo.

En relación con la falta de comunicación y notificación de la decisión empresarial, con cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional 290/1994, de 31 de octubre, se estima que "los requisitos de comunicación y motivación pueden considerarse cumplidos, cuando no se trata de servicios esenciales, sino de seguridad y mantenimiento en el seno de una empresa, desde el momento en que consta que las dos partes implicadas, empresa y comité de huelga, mantienen reuniones con la finalidad de llegar a un acuerdo al respecto, como aquí ocurrió; pues en ellas el comité puede conocer con la necesaria precisión cuáles son los motivos que esgrime la empresa y tener una participación real en la decisión a adoptar".

Finalmente, respecto de la pretendida interferencia de la acción sindical de las organizaciones convocantes de la huelga y de la efectividad de ésta, la Sala declara que "no se comprende de qué modo la empresa pudo interferir, con el nombramiento de unos servicios de seguridad, en la acción sindical de las organizaciones convocantes cuando fue el comité de huelga el que incumplió la obligación de prestar su participación en la designación de aquéllos, con el riesgo de que la huelga hubiera podido considerarse ilícita por abusiva (...) Ni como pudo dicha medida dejar vacía de contenido la compaña de divulgación de la huelga, pues para nada interfirió en ella", sin que pueda esgrimirse "un supuesto derecho a obtener un efecto multiplicador de la convocatoria, obligando a la empresa a paralizar el tráfico ferroviario y por tanto a que sea ella la que realice la publicidad de la huelga, pese a que la convocada no afectaba directamente a dicho tráfico", que podría constituir más bien un ejercicio abusivo del derecho de huelga.

B) Ejercicio ilegítimo: incumplimiento de servicios mínimos

La **STSJ de Madrid de 17 de febrero de 2003,** I.L. J 981, declara la licitud de una decisión empresarial de cese durante el período de prueba, respecto de un trabajador que con anterioridad había incumplido con los servicios mínimos durante la huelga del sector de transporte de viajeros por carretera de la Comunidad de Madrid de 2002, pretendidamente lesiva de este derecho fundamental, sin que a ello obste el hecho de que antes del cese impugnado se hubiera abierto un expediente sancionador por el referido incumpli-

miento, archivado por recomendación del laudo obligatorio que puso fin al conflicto, estimando en tal sentido que falta la premisa básica de la vulneración del derecho de huelga, cual es la de su ejercicio legítimo, sin que pueda apreciarse por ello la existencia de indicios de tal lesión, ni proceda, por tanto, la alteración de la carga de la prueba y la valoración de la motivación del cese en el período de prueba.

C) Descuento de salarios

La **SAN de 26 de marzo de 2003,** I.L. J 1349, interpreta un precepto del Convenio colectivo de la empresa "Supermercados Sabeco, SA", relativo a la prima de asistencia, cuyo devengo se condiciona a "que el trabajador no haya faltado al trabajo, aun cuando fuese justificadamente, ningún día, salvo exclusivamente las ausencias de los representantes sindicales motivadas por el ejercicio de su cargo", con la precisión de que "Todas las demás ausencias (enfermedad, accidente, licencia, permisos, etc.) acarrearán la pérdida de la prima anual de asistencia, con independencia de que las mencionadas ausencias tengan carácter de justificadas", en relación con la inasistencia derivada de la participación en la huelga general del 20 de junio de 2002 (de rechazo al denominado "decretazo", RD-Ley 5/2002).

Con base en el principio de *favor libertatis*, lo que supone una interpretación de las normas en el sentido más favorable a la vigencia de los derechos fundamentales, y en particular al de huelga, y en el carácter colectivo del ejercicio de este derecho, en relación con el precepto convencional cuestionado y trascrito, que refiere como ejemplos de ausencias consideradas para la pérdida de la prima litigiosa tan sólo algunas de naturaleza individual, la Audiencia Nacional estima que las faltas al trabajo derivadas del ejercicio del derecho de huelga no deben computarse para la determinación de la prima de asistencia debatida.

Ignacio González del Rey Rodríguez
Ángeles Ceinos Suárez
Carolina Martínez Moreno
Paz Menéndez Sebastián

VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Sumario:

1. Introducción. 2. Legitimación para negociar. 3. Contenido "normativo". A) Materias. B) Modificación: por acuerdo con los trabajadores afectados. 4. Ámbito personal. 5. Determinación del convenio aplicable. 6. Extensión. 7. Concurrencia. 8. Sucesión de convenios. 9. Impugnación "directa" del convenio colectivo. 10. Administración del convenio colectivo. A) Por las comisiones paritarias. B) Por los Tribunales laborales.

1. INTRODUCCIÓN

Se reseñan en los siguientes apartados las sentencias más interesantes en materia de negociación colectiva publicadas en los números 5, 6, 7 y 8 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, Lex Nova, 2003, en los que puede consultarse el texto íntegro de aquéllas. De ellas, merecen contar aquí con una referencia las del TS de 14 de mayo (dos sentencias), 9 y 10 de junio y 16 y 18 de julio (dos sentencias) del citado año. Las dos de 14 de mayo y la de 9 de junio, por unificar doctrina en relación con el ámbito personal del convenio colectivo único para el personal laboral al servicio de la Administración General del Estado, materia hasta la fecha fuente de numerosos litigios que permiten comprender, como manifiesta la primera de 14 de mayo, la conveniencia de "sentar cuanto antes criterios unificados que sirvan de orientación a los tribunales de grado inferior". La de 10 de junio, por el criterio que sienta en relación con la legitimación de la Administración general del Estado para impugnar "directamente", por lesividad, cuando no lo haga de oficio la autoridad laboral competente de la correspondiente Comunidad Autonómica, un convenio de ámbito no superior al de ésta. La de 16 de julio y una de las de 18 de igual mes, por la amplitud con que admiten, en unificación de doctrina, que el convenio colectivo posterior pueda modificar o suprimir una mejora voluntaria de seguridad social (complemento de pensión de jubilación) pactada en convenio colectivo anterior. Por último, la otra de 18 de julio, por excluir del ámbito de aplicación del art. 41 ET la modificación del horario establecido en el convenio colectivo y llevada a cabo por pacto individual concertado con cada uno de los trabajadores afectados.

2. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR

1. Sobre el carácter de derecho necesario absoluto de las reglas del ET que rigen la legitimación para negociar tiene ocasión de pronunciarse el TS, una vez más, en su **STS de 23 de julio de 2003,** I.L. J 1440, en relación con la cláusula del convenio colectivo de ámbito inferior (autonómico) que entra a regular dicha legitimación en futuros convenios de ámbito superior (estatal). La cláusula convencional que aborde el tratamiento de la legitimación no forma parte del contenido "normativo", pero tampoco del "obligacional" ("tampoco puede ser calificada, en puridad de concepto, de cláusula de carácter obligacional"). Se está ante una cláusula que contempla una materia ya regulada por ley y que, aunque posible, únicamente sería válida si: 1) respeta escrupulosamente la regulación de derecho necesario absoluto a que está sometida dicha materia, lo que revela la inutilidad de aquélla, pues no puede establecer nada distinto que se oponga a lo ordenado por la norma estatal, y 2) limita sus efectos al ámbito del convenio que la incorpore:

> "Y es indiscutible que (...) la legitimación para negociar convenios colectivos estatutarios y la representatividad justificativa de tal legitimación, están reguladas por la ley, en concreto, en los arts. 87 y 88 del Estatuto de los Trabajadores y en los arts. 6 y 7 de la Ley orgánica de Libertad sindical; y, además, estas normas legales son de derecho necesario, por lo que no pueden ser desconocidas, modificadas ni alteradas por la negociación colectiva, la cual ha de acatarlas y cumplirlas necesariamente.
>
> 2. De ahí que si, a pesar de todo, un determinado convenio colectivo incluye en su articulado disposiciones relativas a la legitimación para negociar futuros convenios del mismo ámbito, y al cómputo de la representatividad necesaria para hacer efectiva tal legitimación, pueden suceder dos cosas: a) O bien que las citadas normas del convenio se opongan o vulneren lo establecido en las disposiciones legales que se acaban de mencionar, aunque sólo sea de forma parcial o tangencial, lo que determinaría la nulidad radical de esas normas convencionales, en cuanto se opusiesen a esas disposiciones legales; b) o bien que las normas del convenio colectivo se acomoden y respeten totalmente lo que estas disposiciones legales ordenan, pero, en tal caso, los preceptos convencionales serían completamente inútiles y superfluos, pues lo importante no es lo que en ellos se establece, sino lo que ordenan aquellas normas legales."

De acuerdo con el art. 82.2 ET, "la normativa y mandatos de un convenio tienen efectividad y vigor únicamente 'en su ámbito correspondiente'; y el número 3 precisa que dicha normativa y mandatos obligan 'a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación'. Es obvio, por consiguiente, que un convenio colectivo no puede establecer válidamente normas que produzcan sus efectos fuera del ámbito propio del mismo; y que las disposiciones que impongan una aplicación que exceda o sobrepase ese ámbito carecerán de validez en lo atinente al exceso.

Y esto es lo que ha sucedido en el anexo 5 a que se viene aludiendo. El art. 1 del convenio en que se encuentra recogido este anexo 5 dispone que tal 'convenio será de aplica-

ción en todo el territorio de Cataluña'; y, sin embargo, (...) ese anexo 5 establece reglas relativas a la legitimación y representatividad para negociar 'próximos convenios de ámbito estatal', lo que hace lucir con toda evidencia que esta concreta cláusula se refiere a un ámbito negocial distinto y mayor que el que corresponde al convenio colectivo que la estatuye, y que, por ende, no se le puede reconocer validez ni eficacia alguna, en virtud de las disposiciones legales antes mencionadas".

2. "De las asociaciones empresariales". La legitimación "inicial" *ex* art. 87.3 ET ha de concurrir en cada una de las asociaciones empresariales que pretendan negociar, careciendo de ella la que no reúna, aislada o individualmente considerada, las condiciones a las que dicho precepto supedita dicha legitimación (de un lado, contar en el ámbito geográfico y funcional del convenio con el diez por ciento de los empresarios, en el sentido del art. 1.2 del ET; y, de otro, que éstos ocupen, como mínimo, al diez por ciento de los trabajadores). No sirve para suplir la falta de esas condiciones y, por lo tanto, de la legitimación inicial, el hecho de que la asociación empresarial afectada reúna, por sí sola, los requisitos de los que depende, según el art. 88.1 ET, la legitimación "ampliada" o "plena". Tal circunstancia en modo alguno le permite suscribir el convenio. Quien carece de la legitimación inicial no puede pretender estar presente en la comisión negociadora e intervenir en la negociación. Así, **STSJ de Navarra de 28 de abril de 2003,** I.L. J 1237:

> "Es evidente que las condiciones que contiene el art. 87.3 ET tienen que ser cumplidas por cada asociación individualmente considerada, y si una determinada entidad de tal clase no cumple cualquiera de ellas, carece de la referida 'legitimación inicial' y no puede intervenir eficazmente en la negociación del convenio estatutario correspondiente; no se trata, por tanto, que esos requisitos los puedan reunir sumando todas las empresas a que representen las asociaciones, computando la suma o conjunto de todas [las] que actúan en la negociación, aunque cada una de ellas por separado no alcance a observar tales exigencias, sino que es preciso que cada organización (...) cumpla por sí sola esos condicionamientos.
>
> Es cierto que el art. 88.1 establece los niveles de representatividad y demás requisitos de la comisión negociadora para que ésta quede válidamente constituida (...); y que tales exigencias las refiere este precepto, en lo que atañe a las asociaciones empresariales que intervienen en la negociación de un convenio de sector, al conjunto de todas las que integran esa comisión, no a cada una de ellas considerada aisladamente. Pero esto no desvirtúa, de ningún modo, lo expuesto, toda vez que para poder formar parte de tal comisión negociadora es indispensable haber cumplido previamente los requisitos que previene el art. 87; es decir, la legitimación plena del art. 88.1 requiere la observancia previa, por cada entidad representativa interviniente, de las prescripciones que otorgan a éstas la legitimación inicial; es claro, por consiguiente, que la legitimación plena no elimina ni hace innecesaria la legitimación inicial, sino que, por el contrario, exige su concurrencia."

3. CONTENIDO "NORMATIVO"

A) Materias

No cabe, tras la derogación de la Disposición Adicional Décima del ET, el establecimiento de cláusulas disponiendo jubilaciones forzosas. Devienen nulas las que en el momento de producirse esa derogación previesen este tipo de jubilaciones (**STSJ de Madrid de 29 de abril de 2003,** I.L. J 1415).

B) Modificación: por acuerdo con los trabajadores afectados

Admite la viabilidad de una modificación como la señalada, en relación con el "horario" establecido en el convenio, la **STS de 18 de julio de 2003,** I.L. J 1269. Al respecto, razona la Sala que quedan fuera de la aplicación del art. 41 ET los casos de modificaciones sustanciales pactadas individualmente con los propios trabajadores afectados y que, además, no son peyorativas para éstos:

> "No nos encontramos aquí ante un supuesto de modificación unilateral peyorativa de las condiciones de tiempo de trabajo, habida cuenta que la empresa, antes de poner en práctica el horario singular, lo ha pactado con todos y cada uno de los trabajadores afectados a cambio de ventajas que –se puede suponer– resultan más favorables para éstos, en cuanto que han sido aceptadas por los mismos de manera generalizada. No es de aplicación, por tanto, el art. 41 sobre modificación de condiciones de trabajo, ni tampoco, *a fortiori*, el precepto de esta disposición sobre la modificación de las cláusulas de los convenios colectivos estatutarios por acuerdos colectivos de empresa. Como ha señalado nuestra sentencia de 2 de julio de 1997, en un supuesto de modificación de horario rígido a flexible unido a modificación del sistema de remuneración, dicha disposición legal está prevista para las modificaciones de condiciones de trabajo 'impuestas por decisión unilateral de la empresa', y no impide 'pactos novatorios' entre la empresa y los trabajadores que resulten más favorables para éstos."

En suma, para la Sala, el acuerdo con los representantes de los trabajadores no es la única vía posible de modificación de lo dispuesto en el convenio colectivo estatutario. Aparte del acuerdo no peyorativo con cada uno de los trabajadores afectados, contemplado en esta ocasión, ha de tenerse en cuenta la posibilidad, también reconocida por la Sala, de que el propio convenio colectivo autorice a la empresa para modificar algunas de las condiciones pactadas, en los términos que en él se establezcan, como sucede, en relación con la modificación de la jornada de trabajo diaria, en la STS de 7 de marzo de 2003.

4. ÁMBITO PERSONAL

1. No son infrecuentes los litigios en los que se discute sobre el ámbito personal de convenios colectivos negociados para las Administraciones Públicas. De ellos, un buen

número versan, en los últimos tiempos, sobre la aplicación o no del convenio colectivo único para el personal laboral al servicio de la Administración General del Estado a trabajadores contratados para prestar servicios en el extranjero. Recientemente, el TS ha tenido ocasión de proclamar, en **SSTS de 14 de mayo** (dos sentencias) y **9 de junio de 2003,** I.L. J 809, 1525 y 1252, en unificación de doctrina, que la expresión del art. 1.4.1º del convenio, según la cual se excluye del ámbito de aplicación de éste al "personal laboral contratado en el exterior", ha de entenderse referida al personal contratado para trabajar en el extranjero, con independencia del lugar en el que se hubiese celebrado el correspondiente contrato de trabajo. Es el hecho de la prestación de los servicios en el extranjero y no el de que la celebración del contrato se haya producido o no en España, el que rige la referida exclusión:

No cabe desconocer "que el atenerse a la literalidad del precepto provoca resultados que rozan, si no se confunden, con el absurdo; piénsese en un colectivo de empleados, con idéntico destino, excluidos unos, e incluidos otros, respecto del convenio único, en virtud de un dato sumamente azaroso, cual es el de que la firma por el empleado se haya estampado en la oficina extranjera o en el correspondiente Ministerio; o a la inversa, que un contrato para trabajar en el propio Ministerio, en Madrid u otra población del territorio nacional, se entendieran excluido del convenio único por la circunstancia, igualmente aleatoria, de que (...) se suscribiera en una legación española en el extranjero".

Pero, además, se trae también a colación, como razones de la doctrina unificada: 1) Que es tradición que en los convenios colectivos para el personal de la Administración del Estado (del que hoy sería el Ministerio de Economía y Hacienda; o del Ministerio de Asuntos Exteriores) se introduzca una cláusula excluyendo al personal laboral destinado en el extranjero, y 2) que así resulta de la aplicación del art. 1282 del Código Civil y porque, "en definitiva, lo impondría la naturaleza de las cosas" y el conocimiento de la intención de las partes contrayentes (que) se consigue, también, a través de los actos coetáneos y posteriores", debiéndose tener en cuenta, a estos efectos, el Acuerdo entre la Administración y los sindicatos para la negociación de las condiciones laborales del personal del servicio exterior, "lo que muestra que esas mismas partes, lo que realmente retenían como dato diferenciador era, no el lugar de celebración del contrato, sino el lugar de la prestación de los servicios".

2. Otra de las cuestiones suscitadas es la de si cabe que la plantilla orgánica o las previsiones presupuestarias de una Administración excluyan del convenio propio de ésta a trabajadores que no figuran fuera de la definición del ámbito personal contenida en dicho convenio. Tal posibilidad es rechazada, de forma terminante, en relación con el convenio de un Ayuntamiento, por la **STSJ de Navarra de 27 de junio de 2003,** I.L. J 1260:

> "Parece obvio que la plantilla orgánica, así como las respectivas previsiones presupuestarias, no pueden prejuzgar el régimen laboral de los trabajadores del Ayuntamiento, que han de estar sometidos al convenio que les sea de aplicación; y parece evidente que existiendo un convenio colectivo vigente pactado entre las partes, el principio de la fuerza vinculante de los convenios *ex* artículo 37.1 de la Constitución española, no permite su exclusión por decisión unilateral del propio Ayuntamiento que elabora la plantilla, de derechos

que los trabajadores tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario; así como que puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos (artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores). Si la inclusión en la plantilla y previsión presupuestaria condicionase la aplicación de la Ley laboral o del convenio colectivo del ramo, ello sería tanto como condicionar el régimen laboral de los contratos laborales a la voluntad omnímoda de la Administración."

5. DETERMINACIÓN DEL CONVENIO APLICABLE

Con carácter general, dicha determinación se rige por el principio de unidad de empresa y la aplicación del convenio colectivo que se corresponda con la actividad preponderante de ésta. "En los casos en que por la especificidad de la entidad puedan aplicarse varios convenios es preciso que 'falte materialmente la homogeneidad productiva o la existencia de algún trabajo predominante' o se carezca 'de substrato esencial que permita la actuación del referido principio' de unidad de empresa (...) Para que en una empresa se pueda aplicar más de un convenio colectivo, o se excluya del común a uno o varios trabajadores, es necesario que la propia estructura empresarial tenga componentes productivos autónomos y que se dediquen a actividades tan dispares que no puedan ofrecer un punto común de encuentro" (**STSJ de Aragón de 12 de mayo de 2003,** I.L. J 836).

6. EXTENSIÓN

Declarada por sentencia firme la nulidad del convenio extendido, deviene ineficaz, en virtud del "efecto prejudicial positivo de dicha sentencia", la resolución administrativa que dispuso la extensión, al desaparecer el presupuesto de que ésta lo sea de un convenio en vigor, exigido por el art. 92.2 ET (**STS, de 28 de mayo de 2003**, Sala Tercera, I.L. J 859. En igual sentido **STS de 19 de septiembre de 2001**, Sala Tercera, I.L. J 2042, reseñada en el número 10 de esta Revista).

7. CONCURRENCIA

"Entre convenio extraestatutario y estatutario". Partiendo de la naturaleza contractual del primero, no entraña concurrencia prohibida su suscripción durante la ultraactividad de otro estatutario, ante la ruptura de las negociaciones del que debía sustituir a este último. Las reglas sobre concurrencia que proporciona el art. 84 ET se refieren, exclusivamente, a los convenios estatutarios. Así, **SAN de 25 de abril de 2003,** I.L. J 1352:

"La doctrina de suplicación se pronunció ya sobre la cuestión de colisión de normas, señalando que la regla del art. 84.1 del Estatuto de los Trabajadores sólo se refiere a los convenios colectivos de naturaleza estatutaria, sin que las mismas puedan aplicarse a supuestos

de convenios extraestatutarios (...) En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 17 de octubre de 1994, que afirma que 'la prohibición de concurrencia del art. 84 del Estatuto de los Trabajadores se refiere exclusivamente a los convenios estatutarios'. La solución es correcta si se acepta la tesis de que el convenio extraestatutario carece de eficacia normativa, porque entonces no se está ante una concurrencia de normas. Lo que no parece posible es resolver luego la relación entre convenio estatutario y convenio extraestatutario atendiendo a la regla del artículo 3.3 del Estatuto de los Trabajadores y no con la regla del número 1.c) del mismo artículo que es la que corresponde a la naturaleza contractual del pacto extraestatutario."

8. SUCESIÓN DE CONVENIOS

Sobre la posibilidad de que el convenio colectivo posterior pueda suprimir o modificar un complemento de pensión de jubilación establecido en el convenio colectivo anterior, **SSTS de 16 y 18 de julio de 2003,** ambas en unificación de doctrina y la primera, además, de Sala General, I.L. J 1443 y 1528. Para la Sala, tal modificación o supresión, que encuentra cobertura en el art. 82.4 ET, se puede producir aunque no cuente con previsión en el convenio que hubiese introducido la mejora. La regla del párrafo segundo del art. 192 LGSS, según la cual el derecho del trabajador a una mejora voluntaria de seguridad social no podrá ser anulado o disminuido, una vez causado, "si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento", ha de interpretarse en el sentido, no de que esa anulación o disminución deba estar contemplada en el propio convenio colectivo que hubiese concedido la mejora, sino en el de que la norma que proceda a la anulación o disminución tenga igual rango que el de la de concesión; es decir, que sea también un convenio colectivo:

"El paso siguiente en nuestra reflexión nos conduce a la interpretación y aplicación del párrafo segundo del art. 192 de la Ley General de la Seguridad Social (...) En este caso concreto, la norma que reconoce y regula las mejoras cuestionadas es un convenio colectivo, que no contiene previsiones respecto de su permanencia en el tiempo o de su blindaje frente a pactos colectivos posteriores y resultó que el convenio colectivo último, es decir, una norma de idéntico rango a la que tenía reconocido el beneficio, no es que eliminara por completo el derecho anteriormente reconocido, sino que lo sustituyó por otro de similar naturaleza, aunque de distinto alcance (...) De todo ello resulta que se trata de una mejora reconocida en convenio colectivo y que otro convenio colectivo posterior, es decir, una norma de igual rango y ámbito que la propia de su reconocimiento, ha disminuido el beneficio, lo que es posible a tenor de las normas que regulan la negociación colectiva y, en concreto, el art. 82.4 del Estatuto de los Trabajadores, tal y como ha sido interpretado por esta Sala en las sentencias antes citadas."

La primera sentencia cuenta con un *voto particular* formulado por dos Magistrados y al que se adhirió uno más, que es, precisamente, el ponente de la segunda sentencia. Dicho voto particular se muestra favorable a la declaración de la nulidad de la cláusula del convenio colectivo posterior que modifica o suprime la mejora cuando ello no cuenta con ninguna previsión en el convenio que hubiera establecido ésta. Las razones aducidas al respec-

to se presentan más convincentes que las dadas por la Sala para concluir en la forma en que lo hace.

9. IMPUGNACIÓN "DIRECTA" DEL CONVENIO COLECTIVO

1. Cabe aunque el convenio se encuentre en situación de ultraactividad (**SAN de 9 de abril de 2003,** I.L. J 1351).

2. Mediando transferencia de la correspondiente competencia a la Comunidad Autónoma, la Administración del Estado carece de legitimación para la impugnación "de oficio", por ilegalidad o lesividad, de un convenio colectivo cuyo ámbito no sobrepasa aquélla. Sin embargo, sí que la tiene para la impugnación "directa" por la vía de la lesión del interés de terceros, asumiendo la "defensa de la ley y del funcionamiento regular del sistema de fuentes frente a posibles vulneraciones provenientes de la autonomía colectiva"; en otros términos, ha de considerarse que entrañan tal lesión las infracciones de la ley y del ordenamiento jurídico contenidas en regulaciones o disposiciones convencionales. Semejante defensa de la ley irá referida, con mayor frecuencia, a la de la regulación de las condiciones de empleo y de trabajo contenida en la legislación laboral; pero también puede apoyarse en la contravención convencional de cualesquiera normas de otros sectores del ordenamiento (legislación administrativa, presupuestaria, penal). Así, **STS de 10 de junio de 2003,** I.L. J 1253:

> "Por ministerio de la ley, la defensa del interés general del Estado frente a posibles infracciones de la legalidad por parte de la autonomía colectiva corresponde, en principio, en supuestos litigiosos (...) de competencias transferidas a una Comunidad Autónoma, a la 'autoridad laboral' de la Comunidad autónoma correspondiente. Pero, ateniéndonos a lo dispuesto en el art. 161.3 LPL, si dicha autoridad laboral autonómica no advierte ningún problema de vulneración o lesión del ordenamiento jurídico en las regulaciones o disposiciones convencionales cuyo control de legalidad o lesividad le corresponde de oficio en cuanto tal autoridad laboral, la impugnación de las mismas podrá instarse 'directamente' por quienes tengan un 'interés legítimo' para ello. Y no cabe la más mínima duda de que el Estado y la Administración general del Estado, en cuanto poder integrante del mismo, tienen no sólo un interés legítimo sino también una potestad o derecho-función de asegurar 'el respeto a la ley'; respeto a la ley que, en los términos del art. 10.1 CE, en cuanto 'fundamento del orden político y de la paz social', constituye la principal razón de ser del Estado de Derecho.
>
> Esta potestad y este interés legítimo de la Administración general del Estado de plantear acciones jurisdiccionales sobre los contenidos de los convenios colectivos de trabajo puede calificarse, a los efectos de la aplicación de las categorías conceptuales que utiliza la legislación procesal laboral, tanto de defensa de la legalidad como de reacción frente a disposiciones lesivas. En realidad, dichos títulos de legitimación se confunden en este particular supuesto (...)

> En efecto, la lesividad o perjuicio grave a intereses legítimos de terceros (...), y es cierto que la Administración del Estado tiene tal condición de tercero respecto de la negociación colectiva del personal laboral de las Comunidades Autónomas, debe ser entendida, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, en un sentido amplio, que no se limita a intereses materiales o patrimoniales, sino que comprende también los intereses institucionales de una Administración Pública (...). En cualquier caso, aunque no existiera o no se considerara aplicable esta causa de impugnación, habría que acudir a la 'legitimación activa amplia' que propone la Abogacía del Estado en atención al derecho a la tutela judicial efectiva de la Administración general del Estado 'en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos' (art. 24.1 CE).
>
> En suma, la defensa de la ley y del ordenamiento jurídico en cualquiera de sus manifestaciones, y específicamente la defensa de la ley frente a posibles lesiones derivadas del ejercicio de la autonomía colectiva, comporta el reconocimiento de la legitimación activa del Estado para impugnar directamente convenios colectivos cuando, como ocurre en el caso, el Delegado del Gobierno que dirige la Administración del Estado en el territorio de la Comunidad Autónoma entiende que la autoridad laboral de ésta no ha desempeñado de oficio las competencias de control que le corresponden."

No se opone a esa posibilidad de impugnación "directa" del convenio el que la Administración del Estado no haya solicitado previamente a la autoridad laboral autonómica la impugnación "de oficio":

> "Los arts. 161.3 y 163.1 LPL no establecen que la solicitud previa a la autoridad laboral de planteamiento de la acción de oficio sea condición indispensable para el ejercicio de la acción directa impugnatoria de cláusulas colectivas (...) Incluso en la hipótesis no probada de que las conductas exigibles de colaboración entre Administraciones Públicas no se hubieran producido, ello no hubiera invalidado la acción directa de la Administración general del Estado para impugnar las cláusulas del convenio colectivo que entiende lesivas del interés y la potestad del Estado de hacer respetar la ley."

10. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Por las comisiones paritarias

Sobre la evolución jurisprudencial apreciable en relación con el alcance de las facultades de administración del convenio colectivo por parte de la comisión paritaria, **STSJ de Navarra de 30 de abril de 2003,** I.L. J 1239, rechazando que en el caso concreto la decisión de ésta sea vinculante y destacando que la interpretación del convenio efectuada por tal órgano puede ser tanto la general, de eficacia para todo el ámbito de afectación del convenio y que no precisa la previa existencia de una controversia real; como la concreta u ordinaria, a realizar con ocasión de un conflicto determinado.

B) Por los Tribunales laborales

Sobre la interpretación del convenio colectivo teniendo en cuenta tanto las reglas que rigen la interpretación de las leyes como de los contratos, **STS de 19 de septiembre de 2003,** I.L. J 1455, y **STSJ de Navarra de 30 de abril de 2003,** I.L. J 1239.

JAVIER GÁRATE CASTRO

IX. SEGURIDAD SOCIAL

Sumario:

Consideración preliminar. 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) Enfermedad profesional. **9. Régimen económico, garantías y responsabilidades en materia de prestaciones. 10. Asistencia sanitaria. 11. Incapacidad temporal.** A) Dinámica de la prestación. B) Incapacidad temporal y 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) Reintegro de prestaciones indebidamente percibidas. D) Caducidad.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica analiza las sentencias recogidas en los números 5 a 8 de 2003 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 806 a J 1547).

1. FUENTES

No existe jurisprudencia en la materia.

2. CAMPO DE APLICACIÓN DEL SISTEMA

No existe jurisprudencia en la materia.

3. ENCUADRAMIENTO

La **STS de 10 de junio de 2003,** I.L. J 925, estima un recurso de casación en interés de la ley, fijando como doctrina legal que el alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, y correlativa baja en el Régimen General, practicada de oficio por la Tesorería General de la Seguridad Social a los socios y administradores de sociedades mercantiles como consecuencia del cambio de criterio de la Administración sobre encuadramiento en el sistema de la Seguridad Social de tales prestaciones de servicios –siempre que no ostenten una participación accionarial mayoritaria decisiva para fijar la orientación de la voluntad social oportunamente comunicada a la Entidad Gestora– no tiene

efectos retroactivos. En consecuencia siendo correcto el encuadramiento anterior en el Régimen General, no procede la devolución de las cuotas ingresadas en la Tesorería General de la Seguridad Social por los conceptos de desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, propios y exclusivos del Régimen General.

La **STSJ de Cantabria de 19 de febrero de 2003,** I.L. J 963, confirma la sentencia de instancia por la que se declara la necesidad de mantener en alta en la Seguridad Social durante todos los días de la semana mientras dure su nombramiento –y no solamente los días realmente trabajados con exclusión de los días intermedios entre semana en los que no preste servicios– del personal estatutario eventual contratado como "médicos de refuerzo" por el INSALUD o en su defecto por el Servicio Cántabro de Salud. Es ésta una doctrina reiterada en la STSJ de Asturias de 14 de marzo de 2003, I.L. J 1005.

4. GESTIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

5. FINANCIACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

6. COTIZACIÓN

Trabajador que causa pensión de incapacidad permanente total en el Régimen General en el que se hallaba de alta en la fecha del hecho causante. El INSS le denegó el incremento del 20 por ciento de la base reguladora porque en el Régimen General no reunía suficientes cotizaciones (2.156 días) para causar la prestación con arreglo a las normas de dicho régimen. En el RETA tenía reunidos un mayor número de cotizaciones (4.994). Recurrida la resolución del INSS el TSJ de Valencia reconoce al demandante el derecho al incremento. Se da la circunstancia que en la fecha en que se solicitó el incremento todavía no era aplicable la extensión de la incapacidad permanente cualificada prevista por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, y desarrollada por el RD 463/2003, de 25 de abril. La **STS de 12 de mayo de 2003,** I.L. J 806, estima la pretensión del INSS en tanto que entiende aplicable el art. 35.2.c) del Decreto 2530/1970, al señalar que "cuando el trabajador no hubiese reunido en ninguno de los Regímenes, computadas separadamente las cotizaciones a ellos efectuados, los períodos de carencia necesarios para causar el derecho a la pensión, podrán sumarse, a tal efecto, las cotizaciones efectuadas a todos. En tal caso, la pensión se otorgará por el Régimen en que tenga acreditado mayor número de cotizaciones".

En la **STS de 10 de junio de 2003,** Sala Tercera, I.L. J 925, la Tesorería General de la Seguridad Social plantea un recurso extraordinario de casación en interés de la Ley ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. La Tesorería impugna la sentencia dictada por la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Andalucía, en la que se estima el derecho de los actores a la devolución de las cuotas por Desempleo, Fondo Garantía Salarial y

Formación Profesional desde la fecha en que se dieron de alta en el Régimen General, operando retroactivamente el alta en el RETA practicada de oficio por la Dirección Provincial de la Tesorería. La sentencia entiende que el alta en el RETA operada en virtud de un cambio de criterio de la Entidad Gestora en cuanto al encuadramiento de los altos cargos de la sociedad de la que son socios debe retrotraerse al momento del inicio de la prestación. Con este fallo, el TSJ de Andalucía modifica su doctrina anterior –que seguía la sentada por el Tribunal Supremo a partir de la STS de 4 de junio de 1996– a la vista de la STS de 27 de diciembre de 1996 en tanto que entiende que esta última sentencia modifica la línea jurisprudencial anterior.

La Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo entiende que es competente para tratar los efectos en la cotización y recaudación de cuotas que derivan del encuadramiento en un régimen u otro de la Seguridad Social. En concreto, la cuestión litigiosa se centra en determinar si debe tener efecto retroactivo la baja en el Régimen General y la subsiguiente alta en el RETA, acordada en virtud del cambio de criterio de la Entidad Gestora. En primer lugar, la STS resume la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en relación al encuadramiento de los socios que integran a la vez los órganos de administración de la empresa. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo viene entendiendo que el alta en el Régimen General no es demostrativa de una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, por lo que la baja en dicho régimen no es necesario que se retrotraiga al momento en que fue dado de alta en el mismo el actor.

A continuación el Tribunal Supremo analiza si la STS de 27 de diciembre de 1996 ha supuesto un cambio sobre la línea jurisprudencial citada. Dicha sentencia aplicó el art. 10.2.d) del Decreto 2530/1970 en el que se prescribe que cuando se practique el alta de oficio por cualquier procedimiento distinto de los reconocidos en las anteriores letras, sus efectos se retrotraerán al día primero del mes en que los hechos que la motiven hayan llegado al conocimiento de la Tesorería General de la Seguridad Social. En el caso concreto enjuiciado por la sentencia, el alta de oficio en el RETA se produjo a raíz de la adquisición por el asegurado de la participación mayoritaria (el 50 por ciento) en la propiedad de las acciones de la sociedad limitada en la que prestaba trabajo como administrador social. El alta se retrotrajo al momento en que además de administrador el actor poseía la participación accionarial mayoritaria, circunstancias que fueron comunicadas a la entidad gestora desde el primer momento. Concluye el Tribunal que este supuesto es sustancialmente distinto en tanto que "respecto al trabajador operaba la presunción *iuris tantum* dimanante de aparecer como titular de la empresa por ostentar un grado de participación en el capital social decisivo para fijar la orientación de la voluntad social y no en el simple hecho de tratarse de un socio de la empresa con cargo directivo en ella". Concluye, finalmente, que la doctrina asentada por el Tribunal Supremo en relación a los efectos sobre las cotizaciones a raíz del cambio de encuadramiento de los socios y administradores de compañías mercantiles no ha sido modificada por la sentencia arriba descrita. En consecuencia, fija la siguiente doctrina legal "El alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, y correlativa baja en el Régimen General, practicada de oficio por la Tesorería General de la Seguridad Social a los socios y administradores de sociedades mercantiles como consecuencia del cambio de criterio de la Administración sobre el encuadramiento en el sistema de la Seguridad Social de tales

prestadores de servicios, siempre que no ostenten una participación accionarial mayoritaria decisiva para fijar la orientación de la voluntad social oportunamente comunicada a la Entidad Gestora, no tiene efectos retroactivos, por lo que, siendo correcto el encuadramiento anterior en el Régimen General de la Seguridad Social, no procede la devolución de la cuotas ingresadas en la Tesorería General de la Seguridad Social por los conceptos de Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, propios y exclusivos del Régimen General".

La **STSJ de Cataluña de 11 de junio de 2003,** I.L. J 1123, confirma la sentencia recurrida por el INSS del Juzgado de lo Social que reconocía pensión de incapacidad permanente total a la actora. Se declaran como hechos probados que la actora, de profesión limpiadora, acreditaba 3.646 días cotizados de los 3.770 que le son exigibles, tras haber trabajado a tiempo parcial. Se plantea como objeto de litigio si a los trabajadores a tiempo parcial también se les computa o no días cuota en concepto de pagas extraordinarias en la proporción que resulte entre los días y horas trabajados en relación con la jornada ordinaria establecida para los trabajadores a tiempo completo. La Entidad Gestora recurrente rechaza tal tesis por entender que si ésta hubiese sido la voluntad de legislador se hubiera establecido así expresamente en la normativa correspondiente.

Entiende el Tribunal, sin embargo, que una interpretación lógica de la normativa conduce a desestimar dicha tesis. En este sentido, de la normativa se desprende que una vez calculados los días teóricos de cotización del trabajo a tiempo parcial la multiplicación por el coeficiente 1,5 determina únicamente los días de cotización correspondientes a la jornada de trabajo, por lo que habrá que computarse aparte –como sucede con los trabajadores a jornada completa– la parte proporcional que corresponda por las pagas extraordinarias percibidas. Considera el Tribunal que, en virtud de lo dispuesto en el art. 12.4.e) ET, de mantener la tesis defendida por el INSS nos hallaríamos ante una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo no justificada.

7. RECAUDACIÓN

La **STS de 16 de mayo de 2003,** I.L. J 811, trata en el tema del alcance temporal de la devolución de prestaciones indebidamente percibidas. Se alude en ella a cuestiones ya resueltas en doctrina unificada de la misma Sala interpretando conjuntamente la LGSS (art. 45.3) y el Reglamento General de Recaudación. Así, no es posible aplicar la doctrina jurisprudencial de la equidad, habiendo de devolverse inexcusablemente la cantidad indebidamente percibida; excepción: las cantidades percibidas con anterioridad al 1 de enero de 1998 (en el mismo sentido se manifiestan: **SSTS de 30 de junio de 2003,** I.L. J 1527, y **de 6 de octubre de 2003,** I.L. J 1473). Y todo ello aun cuando la percepción indebida se deba a error de la entidad gestora (**STSJ de Andalucía, Sevilla, de 21 de febrero de 2003,** I.L. J 951).

En relación a las facultades de autotutela de la entidad gestora, la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 21 de febrero de 2003,** I.L. J 952, entiende que, siendo la resolución del

INSS revisora de actos declarativos de derechos en perjuicio del beneficiario, sin constar error material, aritmético o de hecho ni constatarse omisión o inexactitud de declaración del beneficiario, por aplicación del art. 145.1 LPL se concluye en el caso enjuiciado la extralimitación en sus facultades de autotutela del INSS (en la **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 14 de marzo de 2003,** I.L. J 993, también por exceso de la entidad gestora en sus facultades de autotutela, se deja sin efecto la resolución impugnada).

En la **STSJ de Asturias de 7 de marzo de 2003,** I.L. J 1002, se cuestiona la posibilidad de que la entidad gestora pueda declarar de oficio indebidamente percibido el subsidio de desempleo y exigir su reintegro. Según el art. 145 LPL debe acudir a la jurisdicción social instando la revisión de su propio acto, siendo como fue que el derecho reconocido se basó en un error de la gestora ajeno al beneficiario. Se concluye pues que en el ámbito de las prestaciones por desempleo, contributivas y asistenciales, no es de aplicación el art. 145 LPL.

Por su parte, en la **STSJ de Galicia de 16 de abril de 2003,** I.L. J 1374, se hace notar que, aun cuando la entidad gestora tiene la facultad para la modificación de oficio de la prestación y reclamar el reintegro de lo indebidamente percibido, no es estrictamente aplicable el art. 145 LPL en supuestos referentes al complemento de mínimos.

La **STSJ de Cataluña de 13 de junio de 2003,** I.L. J 1132, conoce de un caso en el que el actor es beneficiario en nuestro país de la prestación por IP absoluta. En la resolución por la que se reconocía la prestación, se indicaba que su importe podía verse modificación en función de un posterior reconocimiento de la pensión de vejez por la Seguridad Social belga. Dicho reconocimiento posterior tiene como consecuencia que el país que liquida la pensión de IP en cuantía íntegra puede volver a calcular la misma aplicando la prorrata.

En la **STSJ de Extremadura de 12 de mayo de 2003,** I.L. J 1432, se considera que en el supuesto juzgado no se produce un embargo de prestaciones sino una compensación de las indebidamente percibidas con aquéllas a las que sí tiene efectivo derecho el beneficiario, sin que exista límite ni ocasione perjuicio alguno al trabajador en tanto que ya percibió con anterioridad cantidades que no le correspondían y que está obligado a compensar con las que sí le corresponden.

8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

A) Concepto de accidente

Según la **STSJ de Andalucía de 21 de febrero de 2003,** I.L. J 954, el supuesto de hecho (fallecimiento derivado de shock hipovolémico acaecido en tiempo y lugar de trabajo) es constitutivo de accidente de trabajo, puesto que éste no sólo se refiere a la acción súbita o violenta de agente exterior sobre el cuerpo humano, sino que alcanza también a enfermedades de etiología difusa cuando se manifiestan en tiempo y lugar de trabajo, a menos que se pruebe que no hay relación causal con el quehacer profesional.

En este mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Madrid de 26 de febrero de 2003,** I.L. J 1178, puesto que no es descartable una influencia de los factores laborales en la formación del desencadenamiento de una crisis cardiaca. En dicha sentencia también se pone de relieve que ha de entenderse como lugar de trabajo el local de la empresa en que el trabajador se encuentre, lo que incluye los vestuarios destinados a prepararse para desarrollarlo. A la misma conclusión llega la **STSJ de Andalucía de 27 de febrero de 2003,** I.L. J 957, en relación a una cardiopatía isquémica con angor de esfuerzo e hipertensión arterial, pues no acreditado que las lesiones aludidas sean absolutamente ajenas al quehacer profesional, no se desvirtúa el marco de causalidad entre lesión y trabajo que justifica la contingencia laboral.

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 10 de junio de 2003,** I.L. J 1103, considera como accidente de trabajo la muerte del trabajador por suicidio derivado de trastorno depresivo motivado por preocupaciones excesivas y persistentes sobre su actividad laboral, conclusión que resulta ratificada por el hecho de que un domingo, después de una fiesta familiar, se desplazó a su centro de trabajo a realizar cometidos propios de su actividad y, poco después, puso fin a su vida, con lo que no cabe duda que se agravó el proceso depresivo por el que el trabajador pasaba.

Resultan de interés las reglas probatorias expuestas en la **STSJ de Asturias de 11 de abril de 2003,** I.L. J 1221, según las cuales un infarto de miocardio que se manifieste en el centro de trabajo y durante el horario laboral debe ser calificado como tal, y, por tanto, corresponde a la empresa, o en su caso a la Mutua, demostrar que la lesión traumática o la enfermedad de trabajo no se produjo por la actividad laboral que desarrollaba el trabajador, sin que se estime destruida esta presunción por el hecho de que el trabajador hubiera tenido molestias en fechas anteriores o porque tuviera antecedentes de tipo cardiaco o coronario sin impedirle en momento alguno desempeñar su trabajo habitual, con lo que este dato no es válido para destruir por sí mismo dicha presunción.

Por el contrario, no se considera accidente de trabajo, según la **STSJ de Valencia de 20 de enero de 2003,** I.L. J 1309, el acaecido *in itinere* cuando el trabajador, colisionó con otro vehículo con la motocicleta que conducía, por no respetar la señala de stop. El incremento del riesgo elimina el carácter de accidente de trabajo, pues rompe el nexo con el trabajo. También en relación con el accidente de trabajo *in itinere*, la **STSJ de Valencia de 21 de enero de 2003,** I.L. J 1314, señala que no es constitutivo de dicha calificación aquel en el que falta el requisito teleológico, pues el trabajador no regresaba a su domicilio habitual, sino que se dirigía a una urbanización donde sólo residía los fines de semana y en la época de vacaciones escolares. Por el contrario, para la **STSJ de Madrid de 13 de marzo de 2003,** I.L. J 1337, sí que se considera accidente de trabajo aquel que sobrevino a un trabajador sobre las 20 horas, cuando se encontraba en un polígono industrial conduciendo un camión, siendo la finalización de su jornada laboral a las 20 horas. Y ello porque son lesiones sufridas por el trabajador durante el tiempo y lugar de trabajo, ya que la expresión "sobre las 20 horas" no excluye el tiempo previo a la finalización de la jornada laboral, y el que le sobreviniera al trabajador en un polígono indus-

trial hace presumir que éste se encontrara en ese lugar realizando o finalizando su tarea de reparto, sin que la Mutua tampoco haya probado que se encontrara allí por razones ajenas a las laborales.

La **STSJ de Andalucía de 31 de enero de 2003,** I.L. J 938, declara la inexistencia de un accidente de trabajo ocurrido durante un permiso retribuido. Según dicha sentencia, no puede olvidarse que tal permiso se concedió para un asunto exclusivamente particular y sin ninguna vinculación con el trabajo, lo que rompería el nexo causal. En este mismo sentido, no se considera accidente de trabajo el infarto sufrido por el trabajador en parada del autobús que conduce al trabajo, en la **STSJ de Cantabria de 5 de febrero de 2003,** I.L. J 961, dado que en el supuesto de hecho falta la relación de causalidad entre lesión y trabajo, al no aparecer en el relato de hechos ninguna circunstancia que relacione los síntomas que notó mientras esperaba el autobús para acudir al trabajo. Según la **STSJ de Andalucía de 14 de marzo de 2003,** I.L. J 987, tampoco puede entenderse como accidente la cervicobranquialgia de unos días de evolución, que se extendió por enfermedad común, ni un trastorno ansioso y depresivo de tipo neurótico con tendencia a la depresión y a la paranoia, por no poderse demostrar la relación de causalidad entre el cuadro patológico y su situación laboral (**STSJ de Castilla y León, Burgos, de 24 de junio de 2003,** I.L. J 1092).

B) Enfermedad profesional

La **STS de 7 de octubre de 2003,** u.d., I.L. J 1487, confirma la calificación como enfermedad profesional de la trombosis venosa, una afección de naturaleza vascular que está muy relacionada con el sedentarismo propio de la función médica del trabajador afectado. Se trata, en definitiva, de una enfermedad que, manifestada en el lugar y en horario de trabajo, debe calificarse de enfermedad profesional y beneficiarse de la presunción de laboralidad del art. 115.3 LGSS.

En la **STSJ de Aragón de 18 de junio de 2003,** I.L. J 1082, se denuncia la vulneración del art. 116 LGSS en relación con el punto A-37 del RD 1995/1987, de 12 de mayo. La sentencia desestima la petición, en base a que la dolencia que alega el trabajador (polineuropatía sensitiva de origen profesional, por el componente de tolueno en el pegamento utilizado por el trabajador) no está listada como tal en el punto 37 del RD 1995/1987.

9. RÉGIMEN ECONÓMICO, GARANTÍAS Y RESPONSABILIDADES EN MATERIA DE PRESTACIONES

La **STS de 16 de mayo de 2003,** Sala Cuarta, I.L. J 812, enjuicia un caso en el que el causante convivía con sus padres y sufrió un accidente de trabajo mortal, y en el que resultó responsable del pago de la cantidad a tanto alzado de la cuantía reglamentaria la Mutua empresarial. La sentencia examina uno de los requisitos previos que la legislación de Seguridad Social exige para percibir dicha indemnización, como es el que contempla el art. 177.2 de la LGSS en relación a la necesidad de que los progenitores "vivan a expen-

sas del trabajador fallecido". El Tribunal entiende que este concepto jurídico indeterminado concurre cuando el beneficiario o beneficiarios de la prestación no perciban ingresos equivalentes o superiores al 100 por ciento del salario mínimo interprofesional, debiendo de incluir en dicho porcentaje las dos pagas extraordinarias a que se refiere el art. 31 del Estatuto de los Trabajadores.

La **STSJ de Extremadura de 11 de marzo de 2003,** I.L. J 1015, resuelve un caso de accidente de trabajo en el que se examina la procedencia de la correspondiente indemnización por daños o perjuicios, determinando que en el ámbito laboral no se aplica en estos supuestos la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados ni las sucesivas Tablas de clasificación y valoración de secuelas a los efectos de cuantificar el importe indemnizatorio de los derivados de accidentes de vehículos de motor. Y ello porque en el ámbito laboral a falta de norma legal expresa que baremice las indemnizaciones o establezca topes a su cuantía, se ha de seguir el criterio de que la indemnización procedente sea adecuada, proporcionada y suficiente para alcanzar a reparar o compensar plenamente todos los daños y perjuicios, deduciéndose de este principio exclusivamente una exigencia de proporcionalidad entre el daño y la reparación.

El recargo de prestaciones en caso de accidente de trabajo no procede según la **STSJ de Castilla y León de 3 de agosto de 2003,** I.L. J 1101, cuando el motivo del accidente es debido a la imprudencia temeraria de compañero del accidentado ya que en ese caso no puede entenderse que se esté ante un incumplimiento de lo preceptuado en el art. 123 LGSS.

10. ASISTENCIA SANITARIA

No hay jurisprudencia en esta voz.

11. INCAPACIDAD TEMPORAL

A) Dinámica de la prestación

La **STSJ de Aragón de 19 de mayo de 2002,** I.L. J 837, absuelve a la empresa demandada (una comunidad de propietarios), del abono del pago de la prestación de incapacidad temporal en aplicación de la STS de 17 de marzo de 1999, que señala el criterio jurisprudencial vigente en materia de responsabilidad empresarial del pago de prestaciones en casos de impago de las cuotas sociales. En el caso de autos, en que la infracotización de la empresa quedó establecida tras una reclamación judicial del trabajador, discutiendo diferencias salariales no abonadas, frente a la que la comunidad de propietarios se avino en conciliación, ingresando entonces la cotización oportuna por la diferencia resultante, lleva a excluir a la empresa de la responsabilidad que se le imputa, una vez ingresadas con sus recargos, las diferencias de cotización por las diferencias salariales reclamadas y asumidas.

La **STSJ de Cataluña de 7 de mayo de 2003,** I.L. J 865, entiende que no es dable suspender el derecho al subsidio de incapacidad temporal por parte de la Mutua cuando la resolución no se adopta con las formalidades exigidas, por escrito y motivadamente, sin que sea relevante el que la trabajadora pudiera conocer la causa de la suspensión del abono de la prestación y pudiera articular su defensa.

La **STSJ de Cataluña de 30 de mayo de 2003,** I.L. J 887, recoge una jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo según la cual no procede la prórroga del subsidio de incapacidad temporal en aquellos supuestos en los que tras el alta médica se inicia expediente por lesiones permanentes no invalidantes o en los que la propuesta lo es para incapacidad permanente parcial al no existir "incapacidad para trabajar", produciéndose la misma sólo en los supuestos de propuesta de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez. Pero señala la sentencia que dicha doctrina no es aplicable al caso de autos en el que no nos encontramos ante una prórroga de la situación de incapacidad temporal, sino ante un nuevo período de incapacidad temporal.

La **STSJ de Andalucía de 31 de enero de 2003,** I.L. J 942, señala que dos son los requisitos que han de concurrir y además simultáneamente para lucrar el subsidio de incapacidad temporal: el impedimento para el trabajo y la necesidad de asistencia sanitaria, ninguno de los cuales se daba en el caso de autos.

La **STSJ de Andalucía de 31 de enero de 2003,** I.L. J 943, se debate la impugnación de la resolución dictada por el INSS declarando la obligación de reintegro de cantidades indebidamente percibidas por concepto de incapacidad temporal, y la diferencia parece derivar de la discrepancia en la aplicación de determinada normativa que condiciona el importe del subsidio, que primero reconoció la entidad gestora, y que ahora le parece erróneo, por lo que entiende la Sala que nos encontramos ante una revisión de un acto declarativo de derechos en perjuicio del beneficiario, vedado a la autotutela de las entidades gestoras, debiendo solicitar la revisión ante el Juzgado de lo Social correspondiente mediante la oportuna demanda.

La **STSJ de Madrid de 13 de febrero de 2003,** I.L. J 979, entiende, ante un supuesto en que no se dan los presupuestos para reconocer el subsidio de riesgo por embarazo, sino de prestación de incapacidad temporal derivada de la situación de gestación de la demandante, que han de ser incardinables en el supuesto de baja laboral por enfermedad común, de ahí que la responsabilidad del pago de los días reclamados por incapacidad temporal por contingencia común corresponda a la Mutua y no al INSS.

La **STSJ de Andalucía de 25 de abril de 2003,** I.L. J 1039, insiste en que no corresponde a la empresa acordar la pérdida o suspensión del derecho al subsidio en caso de que el trabajador haya actuado fraudulentamente para obtener la prestación o haya abandonado el tratamiento indicado para lograr la curación, pues ello corresponde exclusivamente al INSS. La empresa no está obligada a abonar, como responsable directa el subsidio de incapacidad temporal, salvo los casos de autoaseguramiento, que no es el caso de autos (pago por delegación), en cuyo caso resulta obligada directamente la entidad ges-

tora o la Mutua con la que se haya concertado el riesgo, sin perjuicio de repetir contra la empresa en el supuesto de descubiertos.

En la **STSJ de Madrid de 6 de marzo de 2003,** I.L. J 1191, se discute si ha caducado la acción de solicitud de pago de la incapacidad temporal al haberse formulado por el actor transcurrido un año desde el alta, y al respecto entiende la Sala que nos hallamos ante prestaciones periódicas sujetas por tanto a un plazo de prescripción, que no de caducidad, y de 5 años, que no de un año, tal y como prescribe el art. 43 de la LGSS, plazo de prescripción que en el caso de autos se vio interrumpido por la presentación de denuncia ante la Inspección de Trabajo por parte del actor. Corresponde el pago de la prestación a la entidad gestora, sin perjuicio de repetir contra la empresa incumplidora en caso de que ésta hubiera incurrido en infracotización o descubiertos.

Según la **STSJ de Navarra de 30 de junio de 2003,** I.L. J 1262, para determinar la base reguladora de la prestación de incapacidad temporal ha de tenerse en cuenta la que se derive del mes anterior al de la fecha de inicio de la situación de incapacidad temporal, sin que quepa disminuir dicha base reguladora aun en el caso de cambio de puesto de trabajo.

Según la **STS de 2 de julio de 2003,** u.d., I.L. J 1283, el INSS es responsable subsidiario en el abono de la prestación de incapacidad temporal en aquellos casos de colaboración voluntaria de la empresa ya que la mecánica de la relación jurídica de Seguridad Social se mantiene en esencia, aunque varíe el sujeto que asuma la gestión.

En la **STS de 19 de noviembre de 2003,** u.d., I.L. J 1291, el problema de fondo planteado consiste en determinar si el trabajador que es dado de alta por curación de un proceso de incapacidad temporal derivado de accidente y, concluida previamente la relación laboral que le unía con la empresa, es dado de baja médica después por enfermedad común a causa de otro proceso independiente sin estar en situación de alta en Seguridad Social, tiene derecho al cobro de las prestaciones por incapacidad temporal. Y al respecto el Tribunal entiende que no concurre el requisito general exigido por el art. 130 de la LGSS de estar el trabajador en situación de alta o asimilada.

La **STSJ de Valencia de 28 de marzo de 2003,** I.L. J 1344, señala que la mejora por convenio colectivo de la prestación de incapacidad temporal implica reconocerla durante todo el período de incapacidad temporal, y durante el período de demora de la incapacidad permanente.

Según la **STSJ de Galicia de 26 de mayo de 2003,** I.L. J 1379, la entidad responsable de abonar las prestaciones por incapacidad temporal durante la prórroga de la misma y hasta el momento de la calificación de la incapacidad permanente es la ONCE, por ser la entidad que abonó las prestaciones durante el período de incapacidad temporal.

Según la **STSJ de Madrid de 25 de mayo de 2003,** I.L. J 1413, cuando el trabajador queda fuera del convenio colectivo y la empresa le paga la mejora voluntaria de incapacidad temporal, ese acto de mera liberalidad esporádica al margen del convenio hace que dicha voluntariedad o unilateralidad se refiera tan sólo al momento de su concesión, porque una vez concedida dicha mejora, deja de ser voluntaria para pasar a ser su concesión y pago obligatorios para el empresario.

Según la **STSJ de Extremadura de 21 de mayo de 2003,** I.L. J 1430, en los casos de extinción del subsidio de incapacidad temporal por alta médica por curación, el alta ha de referirse a las secuelas que causaron la baja, de modo que si las dolencias anteriores a la baja médica por esguince no sanaron, ello no supone que el alta por curación del esguince sea indebida.

Según la **STS de 12 de noviembre de 2003,** u.d., I.L. J 1456, no es situación asimilada al alta a efectos de acceder a la prestación de incapacidad temporal la situación de desempleo involuntario no protegido, ya que sólo cabe considerar situación asimilada al alta el desempleo total y subsidiado, es decir, el protegido a través de la prestación contributiva sin incluir el subsidio de asistencia. Con lo que se está excluyendo también el paro involuntario que ni siquiera tiene la condición de protegido.

Según la **STS de 2 de octubre de 2003,** u.d., I.L. J 1460, a la hora de determinar la base reguladora de la incapacidad temporal, hay que tener en cuenta la naturaleza contributiva de la prestación y la finalidad del subsidio, que es la de suplir la falta de rentas. De modo que ante una recaída, se inicia una nueva situación y ha de volverse a calcular la base reguladora en atención a las circunstancias que concurren en ese momento.

Según la **STS de 28 de octubre de 2003,** I.L. J 1521, a efectos de determinar la carencia necesaria para acceder al subsidio de incapacidad temporal, cabe la posibilidad de iniciar períodos nuevos de incapacidad temporal generados por la misma enfermedad, cada uno dando derecho a una nueva prestación con el apoyo en las cotizaciones iniciales, es decir, sin que haya período nuevo de cotización.

B) Incapacidad temporal y regímenes especiales

Según la **STS de 26 de mayo de 2003,** Sala Cuarta, I.L. J 824, en el caso de trabajadores agrícolas, será condición indispensable para percibir la prestación de incapacidad temporal, que el trabajador se encuentre prestando servicios por cuenta ajena en la fecha en que se iniciara la enfermedad común o se produjera el accidente no laboral. La normativa utiliza la expresión "encontrarse prestando servicios por cuenta ajena", de ahí que frente a las dos interpretaciones (la efectiva prestación de servicios en el momento de sobrevenir la incapacidad temporal o por el contrario y más ampliamente la mera vigencia del vínculo laboral en ese momento), debe prosperar la primera, ya que la tesis contraria, se opondría al sentido propio de las palabras y a la finalidad de la norma.

La **STSJ de Madrid de 6 de febrero de 2003,** I.L. J 1172, entiende que el actor, perteneciente al RETA, no tiene derecho a percibir las prestaciones económicas derivadas de incapacidad temporal debido al descubierto de cotizaciones que tenía en el momento en que pidió tales prestaciones y concretamente desde el año 96 al año 2001, sin que conste el ingreso de las cuotas no obstante así habérsele requerido, circunstancia que supone un incumplimiento reiterado y continuo por parte del actor de sus obligaciones y cotización al RETA.

En la **STS de 24 de noviembre de 2003,** u.d., I.L. J 1290, la cuestión que se plantea es determinar si en el RETA tiene o no derecho al subsidio de incapacidad temporal el afiliado que, pese a no encontrarse al corriente en el pago de sus cuotas en la fecha del hecho causante, y no haberlas ingresado tampoco en el plazo de 30 días obtiene luego de la Tesorería General de la Seguridad Social un aplazamiento extraordinario para e pago de las mismas, y entiende el Tribunal que para que ese aplazamiento en el pago de cotizaciones pueda surtir efectos es ineludible que se produzca con anterioridad al hecho causante.

12. MATERNIDAD

Según la **STSJ de Castilla y León de 12 de mayo de 2003,** I.L. J 891, en el Régimen Especial Agrario se entiende, aquí a los efectos de obtener un subsidio por maternidad, que estos trabajadores continuarán comprendidos en situación de asimilación a la de alta durante el período de 90 días naturales siguientes al último día del mes en que se produzca la baja en el Régimen Especial tal y como aparece en el art. 36.15 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero.

Para la **STSJ de Cataluña de 11 de junio de 2003,** I.L. J 1124, en el desarrollo reglamentario por el Real Decreto 1368/2000, de 19 de julio, del Real Decreto-ley 1/2000, de 14 de enero, sobre subsidio por parto múltiple se incluye, en el concepto de "hijos nacidos de parto múltiple", a los nacidos en el extranjero cuando vayan a integrarse de manera inmediata en un núcleo familiar con residencia en España, lo que indica la voluntad de incluir dentro del concepto de parto múltiple a los hijos adoptados.

Según la **STSJ de Madrid de 26 de enero de 2003,** I.L. J 1176, el art. 133bis.ter reconoce como sujetos beneficiarios al padre o a la madre de las prestaciones por maternidad pero el sujeto causante es la madre por tanto, es ésta quien tiene que cumplir los requisitos que se imponen para obtener la prestación, esto es, estar en situación de alta o asimilada y el período de carencia.

13. REGÍMENES ESPECIALES

Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos

En la **STSJ de Cataluña de 13 de mayo de 2003,** I.L. J 875, se dilucida si la elección de la base de cotización que pueden efectuar los afiliados a este régimen especial debe realizarse en base a lo dispuesto en la normativa vigente en el momento de la solicitud (antes del primero de octubre anterior al año en que debe surtir efectos), o la normativa que se dicte para regir las cotizaciones a partir del día 1 de enero. El Tribunal entiende lo segundo, ya que siendo la opción realizada por el trabajador autónomo una opción "con efectos" del ejercicio presupuestario siguiente, el importe de las bases de cotización debe ser "el procedente según la edad del afectado al tiempo de aplicarse las pertinentes normas cotizatorias".

Régimen Especial Agrario

La **STS de 2 de septiembre de 2003,** I.L. J 1457, reitera la doctrina ya expresada en anteriores sentencias (3 de diciembre de 1999, I.L. J 1646; 24 de febrero de 2001, I.L. J 276; 17 de junio de 2002, I.L. J 1432; 20 de diciembre de 2002, I.L. J 2661; 7 de mayo de 2003, I.L. J 854), en ellas se argumenta que el establecimiento de un sistema de cotización por jornadas "reales" en sustitución del anterior sistema por jornadas "teóricas" que se realizó inicialmente mediante el RD 1134/1979, de 4 de mayo, carecía de la suficiente cobertura legal, al no haberse establecido en la ley los elementos esenciales de tal nuevo sistema de cotización, por lo que el Tribunal desestima el recurso interpuesto por la Tesorería, que, en definitiva, debe reintegrar –por indebidamente percibidas– las cuotas pagadas por jornadas reales en un período en el que los elementos esenciales de la cotización aún no se hallaban establecidos en la Ley de Presupuestos anuales del Estado.

Régimen Especial de la Minería del Carbón

La **STS de 26 de mayo de 2003,** I.L. J 857, examina un recurso de casación, cuyo peculiar redactado reproduce en su primer Fundamento de Derecho, cuya finalidad es impugnar, en base al principio de jerarquía normativa el uso de las retribuciones salariales totales para el establecimiento reglamentario de las bases de cotización normalizadas aplicables en este régimen especial, sin exclusión de los conceptos que si bien constituyen salario no deben formar parte de la base de cotización. Tal uso halla su amparo reglamentario en el art. 57 del RD 2064/1995, de 22 de diciembre (Reglamento General de Cotización), y el recurrente alega que ello infringe lo dispuesto en el art. 105.7 de la Ley 41/1994 (de Presupuestos Generales del Estado para 1995) en la medida en que éste se refiere únicamente a las bases de cotización. La sentencia se ampara en que no es sólo el texto reglamentario el que se refiere a las remuneraciones percibidas sino que "es la propia Ley General de Seguridad Social, Texto Refundido de 20 de junio de 1994, en su artículo 106, la que contempla para la determinación de la base de cotización en el Régimen General la remuneración total", referencia que, prescindiendo de la imprecisión de la cita al art. 106, elude considerar lo que se dispone en el art. 109.2 de dicha Ley General sobre los conceptos que no deben computarse en la base de cotización.

14. INFRACCIONES Y SANCIONES

No existe jurisprudencia en la materia.

15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

A) Competencia e incompetencia de la jurisdicción social

Según la **STS de 8 de octubre de 2003,** I.L. J 1490, la jurisdicción social es la competente para la impugnación de aquellas resoluciones del INSS sobre abono de capital coste del incremento de las pensiones de jubilación, debido al cómputo de los períodos correspondientes a su actividad como religiosos de la Iglesia Católica con anterioridad a su secularización (de acuerdo con lo previsto en la Disposición Adicional Décima de la Ley 13/1996), pues dichas resoluciones no son actos de gestión recaudatoria. Asimismo, para la **STSJ de Asturias de 4 de abril de 2003,** I.L. J 1217, el orden jurisdiccional social es el competente, y además tiene la obligación de acudir a él, para valorar si procede la suspensión del percibo de una prestación que reconoció a la actora y de la exigencia del reintegro de las cantidades que considera indebidamente percibidas. Para la **STSJ de La Rioja de 2 de mayo de 2003,** I.L. J 1434, también el orden social es el competente para el conocimiento de las impugnaciones de actos administrativos de Seguridad Social que se fundamentan en infracciones de normas de procedimiento administrativo.

En la **STSJ de Cataluña de 12 de mayo de 2003,** I.L. J 872, se atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa la revisión y determinación del correspondiente acto de liquidación del capital coste de la prestación, aplicando la doctrina jurisprudencial consolidada, según la cual los asuntos relativos a las prestaciones corresponden al orden social y los temas recaudatorios al contencioso-administrativo.

También en el ámbito de la gestión recaudatoria, la **STSJ de Asturias de 28 de marzo de 2003,** I.L. J 1010, establece que el orden contencioso-administrativo es el competente para conocer de la demanda de la actora, vendedora de cupón de la ONCE, en la que se solicita que se le declare su derecho a que se le apliquen las normas de cotización y liquidación a la Seguridad Social correspondientes a las relaciones laborales de carácter común u ordinario, y no las previstas para los representantes de comercio, y por tanto, su derecho a que no se le apliquen los topes de bases máximas establecidas para ese colectivo de relación especial. Según la sentencia citada, al solicitar la condena de la empresa a cotizar dentro del Régimen General, se está en presencia de un acto de gestión recaudatoria. En este sentido, la **STSJ de Asturias de 16 de mayo de 2003,** I.L. J 1419, señala que, cuando se solicita la condena de la empresa a efectuar unas determinadas cotizaciones desde el inicio de la relación laboral, y a la TASS a su aceptación, o, en su caso, exigencia, ello constituye un verdadero acto de gestión recaudatoria, cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa.

En este mismo sentido, la **STSJ de Asturias de 4 de abril de 2003,** I.L. J 1216, señala que la jurisdicción laboral no es competente para conocer una indemnización por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo, en la que la labor que el trabajador efectuaba se encuadraba dentro de los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad (se trabaja de la ayuda prestada por el trabajador para arreglar el portón de una nave, una vez finalizada la jornada de trabajo). En el caso enjuiciado, el TSJ de Asturias señala que el ejercicio de la acción reparadora ha de llevarse por la vía jurisdiccional civil.

B) Reclamación administrativa previa

Según la **STS de 9 de julio de 2003,** u.d., I.L. J 1289, la Ley de Procedimiento Laboral, a diferencia de lo que ocurre con la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no contempla la impugnación directa de los actos de Seguridad Social de instrucción y de trámite, cualquiera que sea su alcance. La reclamación previa, que es el único medio de impugnación administrativa que prevé la LPL, sólo cabe frente a la resolución o acuerdo, esto es, frente al acto que pone fin a la vía administrativa, único contra el que el interesado puede luego demandar ante los tribunales sociales. La concentración de la controversia en torno a la resolución que pone fin al expediente es, no sólo aconsejable, sino necesaria para una gestión rápida y eficaz de los procedimientos de concesión de pensiones públicas, que se vería sin duda dilatada extraordinariamente en el tiempo –en perjuicio de los beneficiarios del sistema–, si las Entidades Gestoras tuvieran que responder frente a cada acto intermedio de los miles de expedientes que deben resolver.

C) Reintegro de prestaciones indebidamente percibidas

La **STSJ de Galicia de 16 de abril de 2003,** I.L. J 1374, analiza un supuesto de hecho en el que la actora percibió indebidamente en su pensión de viudedad un complemento a mínimos. La Entidad Gestora tiene la facultad para modificar de oficio la prestación y reclamar el reintegro de lo indebidamente percibido, no siendo estrictamente aplicable el art. 145 LPL en supuestos referentes al complemento de mínimos, como es el presente caso. Por ello, no es posible aplicar la excepción de equidad, y, en consecuencia, procede el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas.

D) Caducidad

La **STSJ de Valencia de 19 de febrero de 2003,** I.L. J 1331, concluye que la presentación de la reclamación previa o de la demanda fuera de plazo no produce la caducidad de la acción, pudiendo volver a ejercitarse si el derecho no ha prescrito. Al efecto, la doctrina viene distinguiendo entre acción procesal, o derecho al proceso –a promover la actuación de los Tribunales de Justicia ejercitando ante los mismos pretensiones sobre las que deben recaer resoluciones fundadas, que tendría su base en el art. 24 CE–, y acción civil o acción en sentido sustantivo, consustancial a todo derecho para su ejercicio y defensa ante los Tribunales. La falta de presentación de la demanda dentro del plazo de 30 días que establece el art. 71.2 LPL sólo quebranta la acción procesal, el derecho al proceso que

caduca. De ahí que se hable de caducidad de la instancia, pérdida que no afecta a la acción civil que puede volver a ejercitarse posteriormente mientras subsista el derecho sustantivo y siempre que se agote en forma la vía previa.

Julia López López
Eusebi J. Colás Neila
Nuria Pumar Beltrán
Eugenia Revilla Esteve
Francisco Andrés Valle Muñoz
Consuelo Chacartegui Jávega
Ignasi Areal Calama
Josep Fargas Fernández
Eva Garrido Pérez

X. PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA

Sumario*:

Consideración preliminar. 1. Prestación por desempleo. A) Introducción. B) Cuestiones generales. C) *Nivel Contributivo.* a) Sujetos beneficiarios. *b) Requisitos de acceso a la protección. c) Contenido y modalidades de la prestación.* d) Cuantía y dinámica de la acción protectora. e) Supuestos especiales. f) *Compatibilidad e incompatibilidades. D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo.* a) Requisitos generales. *b) Beneficiarios. a') Subsidios vinculados a responsabilidades familiares. b') Subsidio de prejubilación. c') Subsidio de desempleo para los trabajadores eventuales del campo.* d') Otros subsidios especiales. *c) Cuantía y dinámica del derecho al subsidio.* d) Compatibilidad e incompatibilidades. E) Prestaciones accesorias y complementarias. F) *Gestión, financiación y pago.* G) Valoración final. **2. Jubilación.** *A) Jubilación contributiva. a) Requisitos de acceso a la protección. b) Contenido de la prestación. a') Base reguladora. b') Cuantía de la prestación. c) Dinámica de la protección.* d) Derecho transitorio. *e) Jubilación anticipada. f) Jubilación complementaria.* g) 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. **3. Incapacidad permanente.** *A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva). a) Concepto. Grados y baremos. a') Criterios de valoración: los baremos.* b') Incapacidad permanente parcial. *c') Incapacidad permanente total. d') Incapacidad permanente absoluta. e') Gran invalidez. b) Requisitos del beneficiario. c) Prestaciones económicas. a') Clases y cuantía de las prestaciones. b') Base reguladora de las prestaciones.* c') Responsabilidad del pago de las prestaciones. *d) Dinámica de la protección. e) Compatibilidad e incompatibilidades.* B) *Invalidez permanente (modalidad no contributiva).* a) Concepto. *b) Requisitos del beneficiario. c) Cuantía de la pensión.* d) Dinámica de la prestación. e) Compatibilidad e incompatibilidades. **4. Muerte y supervivencia.** *A) Requisitos del sujeto causante.* B) *Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos. a) Viudedad.* b) Orfandad. *c) Pensión en favor 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 5 a 8 de 2003 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 806 a J 1547).

1. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

C) Nivel contributivo

b) Requisitos de acceso a la protección

Se plantea en la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 9 de mayo de 2003,** I.L. J 1041, si deben reconocerse las prestaciones por desempleo a un trabajador que cesa voluntariamente en un trabajo por tiempo indefinido y es contratado, sin solución de continuidad, por otra empresa con contrato temporal, a cuyo término solicita las prestaciones.

El problema está en decidir si la contratación encadenada de contrato indefinido y contrato temporal, puede ser calificada de fraudulenta. Como es sabido, el fraude de ley no se presume por lo que el mero encadenamiento de ambos contratos no puede ser calificado, sistemáticamente de acto en fraude de ley.

Según el TSJ en este caso concreto no se deduce de la relación fáctica el *animus defraudandi*, pues no puede entenderse que éste exista cuando no aparece declarado que el contrato temporal suscrito haya sido una mera formalidad.

Por tanto, el Tribunal entiende que la sucesión de un contrato temporal suscrito en otra empresa tras la baja voluntaria en una relación laboral indefinida, no significa por sí mismo que este mismo contrato haya sido suscrito con ánimo de defraudar y obtener de manera torticera prestaciones por desempleo.

Llama la atención el criterio flexible seguido por el Tribunal en esta ocasión, cuando en otros supuestos similares, la conclusión a la que se ha llegado ha sido la contraria, así por ejemplo en la **STS de 6 de febrero de 2003,** I.L. J 332, el Tribunal entiende que la no presunción de fraude de ley, ha de entenderse en el sentido de que no se ha de partir de éste como hecho dado y supuesto a falta de prueba en contrario, pero no excluye la posibilidad de que el carácter fraudulento de una contratación pueda establecerse por la vía de la prueba de presunciones. Y es precisamente esta vía la que el Tribunal utiliza para entender la existencia de fraude de ley. Una interpretación que sigue esta línea es la que recoge la **STSJ de Asturias de 11 de abril de 2003,** I.L. J 1220, en la que se presume la existencia de fraude de ley al producirse un cese voluntario en un trabajo por tiempo

indefinido y con un base de cotización de 1.244 euros, y un nuevo contrato por tiempo determinado de cuatro días y 118 euros de base de cotización.

c) Contenido y modalidades de la prestación

El Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, por el que se establece el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, prevé que la Entidad Gestora podrá abonar el valor actual del importe de la prestación por desempleo del nivel contributivo a los beneficiarios de prestaciones cuando pretendan incorporarse, de forma estable y a tiempo completo, como socios trabajadores o de trabajo, en cooperativas o en sociedades laborales en las que previamente no hubieran cesado, o constituirlas, o cuando dichos beneficiarios pretendan constituirse como trabajadores autónomos y se trate de personas con minusvalía igual o superior al 33 por ciento.

La **STSJ de Andalucía (Granada) de 9 de junio de 2003,** I.L. J 1050, resuelve un recurso planteado, en el que el demandante solicita el pago único de la prestación para incorporarse como socio trabajador de una Sociedad Cooperativa de Trabajo Asociado, y dicha solicitud es desestimada por silencio administrativo en primer término, y denegada posteriormente.

Del Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, se extrae como requisito para el pago de la prestación en su modalidad de pago único, que el trabajador acredite ante el INEM que va a realizar una actividad profesional como socio trabajador de una Cooperativa de Trabajo Asociado; cuestión esta que queda demostrada en los antecedentes de hecho. Además, por otro lado, el fin perseguido por esta norma es facilitar a los trabajadores que se encuentren en situación legal de desempleo el acceso a un puesto de trabajo, y en este caso, ese fin queda cumplido.

En definitiva, el TSJ de Andalucía, entiende, en esta ocasión, que la Entidad Gestora no puede justificar su negativa a la concesión de la prestación en su modalidad de pago único y que por tanto procede estimar el recurso presentado por el actor.

f) Compatibilidad e incompatibilidades

El artículo 221.1 LGSS declara que: "la prestación por desempleo es incompatible (…) con el trabajo por cuenta ajena, excepto cuando éste se realice a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado".

En el caso planteado ante la **STSJ de Andalucía (Granada) de 5 de junio de 2003,** I.L. J 1047, se resuelve un recurso planteado contra una resolución del INEM en la que se revoca el derecho de la actora a la prestación por desempleo por resultar indebidamente percibida, pues entiende el INEM, que el percibo de la prestación por desempleo es incompatible con la obtención por la actora de unos ingresos que provienen de una actividad empresarial a la que se limitó a aportar una determinada cantidad de dinero, siendo dichos ingresos el rendimiento de la aportación de capital.

El TSJ zanja la cuestión afirmando que si bien la prestación contributiva por desempleo es incompatible con el trabajo por cuenta ajena, ello no comporta que cualquier trabajador no pueda tener, además de sus ingresos por el trabajo por cuenta ajena, otros derivados de actividades de otro orden, por tanto en este caso, los ingresos obtenidos por la actora como rendimiento de la aportación de capital que realizó previamente, no pueden entenderse como resultado de un trabajo por cuenta propia de la misma.

D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo

b) Beneficiarios

a') Subsidios vinculados a responsabilidades familiares

Para el cómputo de rentas de la unidad familiar se tienen en cuenta todas las rentas de cualquier naturaleza, brutas, computando las pagas extras, las rentas del capital mobiliario, incluidas las derivadas de indemnizaciones por cese en el trabajo, y las prestaciones de Seguridad Social, hasta las percibidas de otro Estado, y tales rentas son de cómputo mensual al tiempo del hecho causante, sin promediar las del año anterior más que en caso de rentas de capital mobiliario o ingresos esporádicos o de actividad empresarial, caso este en que se valoran netas, deduciendo los gastos necesarios, siempre que estén debidamente probados.

Estos criterios son los tenidos en cuenta en la **STSJ de Valencia de 4 de abril de 2003,** I.L. J 1383, para llegar a la conclusión de que no procede estimar el recurso interpuesto pues de la suma de los ingresos de la unidad familiar se excede en mucho del límite del 75 por ciento del salario mínimo interprofesional.

b') Subsidio de prejubilación

El artículo 215.1.3. de la LGSS establece que "los trabajadores mayores de 52 años, aun cuando no tengan responsabilidades familiares, siempre que se encuentren en alguno de los supuestos contemplados en los apartados anteriores, hayan cotizado por desempleo al menos seis años a lo largo de su vida laboral y acrediten que, en el momento de la solicitud reúnen todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación en el sistema de la Seguridad Social".

En el caso resuelto por la **STSJ de Cataluña de 12 de mayo de 2003,** I.L. J 871, el trabajador demandante no acredita la carencia específica necesaria para causar la prestación de jubilación. El actor incurre en un período de falta de inscripción de aproximadamente nueve años, lo cual hace que no se pueda entender cumplido el requisito exigido de situación asimilada a la de alta cuando solicita el subsidio por desempleo para mayores de 52 años.

Aunque en la interpretación de este requisito, en los últimos tiempos los tribunales han sido especialmente flexibles, sin embargo, el elevado período de tiempo de falta de inscripción pone de manifiesto un voluntario apartamiento del mercado de trabajo, por lo que no procede por tanto la concesión del subsidio por no cumplir todos los requisitos exigidos al respecto por la ley.

Como es sabido uno de los requisitos exigidos, por el artículo 215.1.1 de la LGSS para causar derecho al subsidio por desempleo es el de carecer de rentas de cualquier naturaleza superiores, en cómputo mensual, al 75 por ciento del SMI, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.

Al respecto se plantea ante el Tribunal Supremo en la **STS de 23 de mayo de 2003,** I.L. J 1069, un recurso de casación para la unificación de doctrina, para dilucidar el alcance que haya de darse a esta previsión contenida en el artículo 215.1.1 de la LGSS.

El Tribunal Supremo entiende que en este caso al tratarse del subsidio por desempleo para mayores de 52 años, es necesario un tratamiento especial, pues se trata de un subsidio de naturaleza híbrida entre asistencial y contributiva y tiene un significado de prejubilación.

La solución a la que se llega por la Sala Cuarta de este Tribunal es que el requisito de carencia de rentas exigido por la norma, se refiere exclusivamente a los ingresos del solicitante del subsidio y no a los de la esposa u otros miembros de la unidad familiar, por tanto debe reconocerse el subsidio al actor.

c') Subsidio de desempleo para los trabajadores eventuales del campo

El caso resuelto por la **STSJ de Extremadura de 22 de mayo de 2003,** I.L. J 1429, resuelve un recurso planteado por un solicitante del subsidio de desempleo del régimen especial agrario para trabajadores mayores de 52 años, al que le fue denegado el subsidio por el INEM al no cumplirse el requisito de haber percibido el subsidio por desempleo establecido a favor de los trabajadores eventuales del REASS ininterrumpidamente durante los cinco años anteriores a la solicitud, en virtud de lo establecido en el Real Decreto 5/1997, de 10 de enero, en su artículo 2.2.

Como es sabido este Real Decreto se vio alterado por el Real Decreto-Ley 5/2002, a favor de los trabajadores eventuales agrícolas en su artículo 3, párrafo 1º, en el que se exige haber sido perceptor del subsidio ininterrumpidamente en alguno de los tres años naturales inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud del mismo.

Por tanto, al haberse solicitado el subsidio el día 24 de julio de 2002, es de aplicación lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 5/2002, pero aunque no hubiera sido así, aun con la anterior regulación el recurrente no cumpliría los requisitos establecidos por la norma pues desde 1987 no ha sido en ningún momento perceptor del mismo subsidio, ni en los cinco años anteriores a la solicitud, ni siquiera en alguno de los tres últimos años.

c) Cuantía y dinámica del derecho al subsidio

En el caso resuelto por la **STSJ de Asturias de 7 de marzo de 2003,** I.L. J 1002, se resuelve un supuesto en el que queda constatado que el actor percibió indebidamente el subsidio por desempleo, ya que tenía ingresos superiores al 75 por ciento del salario mínimo interprofesional.

La cuestión se centra en determinar si la Entidad Gestora puede de oficio declarar como indebidamente percibido el subsidio de desempleo y exigir el reintegro del mismo, o si por el contrario, como establece la sentencia impugnada, dicha Entidad Gestora, en virtud de lo previsto en el artículo 145 de la LPL ha de acudir a la jurisdicción social instando la revisión de su propio acto.

Pues bien, en el ámbito de las prestaciones por desempleo, tanto en la prestación contributiva como en el subsidio asistencial, no es de aplicación el artículo 145 de la LPL, y en este sentido ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo estableciendo que "las prestaciones por desempleo presentan unas condiciones y unos caracteres muy peculiares, dada la singularidad de la situación que con ellas se protege, de ahí que la Ley reconozca a la Entidad Gestora unas especiales facultades, sobre todo en materia de vigilancia y control del abono de aquéllas. Precisamente por ello, el artículo 227 de la LGSS dispone de forma nítida y tajante que al Instituto Nacional de Empleo corresponde exigir la devolución de las prestaciones indebidamente percibidas por los trabajadores, implicando esta exigencia como presupuesto, la facultad del INEM de revisar la concesión de aquellas prestaciones que hubieran sido incorrectamente reconocidas, siendo la norma contenida en el artículo 145 de la LPL totalmente inadecuada en lo que respecta a la prestación o subsidio por desempleo".

Para un caso similar se llega a la misma conclusión en la **STSJ de Navarra de 11 de abril de 2003,** I.L. J 1235.

¿Cuál debe ser la cuantía del subsidio por desempleo en el caso de que haya existido una prestación de servicios a tiempo parcial seguida de un corto espacio de prestación de servicios a tiempo completo?

Según el criterio del Tribunal Supremo en **STS de 3 de junio de 2003,** I.L. J 918, lo correcto es que habiendo sido las cotizaciones efectuadas con contrato a tiempo parcial las determinantes de la concesión del subsidio, su cuantía no haya de ser la derivada de los pocos días de prestación a tiempo completo, aunque éstos hayan sido los últimos antes de quedar en situación de desempleo.

F) Gestión, financiación y pago

El artículo 227.1 de la LGSS, establece que: "Corresponde a la Entidad Gestora competente, tanto en el período voluntario como en vía ejecutiva, exigir la devolución de las

prestaciones indebidamente percibidas por los trabajadores y el reintegro de las prestaciones de cuyo pago sea responsable directamente el empresario".

En el caso resuelto por la **STSJ de Aragón de 12 de mayo de 2003,** I.L. J 835, se produce una discrepancia entre la Inspección de Trabajo y el INEM en orden a determinar el período que se ha de tomar como referencia para la devolución de las cantidades indebidamente percibidas en concepto de prestación por desempleo.

Así, la Inspección de Trabajo restringe dicho período exclusivamente a aquel en el cual el perceptor compaginó el percibo de la prestación con la realización de una trabajo por cuenta ajena (1 mes y medio aproximadamente), mientras que el INEM establece que se ha de devolver la suma de la prestación correspondiente a todo el período reconocido en un principio para el percibo de la prestación, independientemente de cual haya sido el tiempo en el que se ha compaginado el percibo de la prestación con el trabajo (5 meses y 20 días aproximadamente).

El Tribunal parte del reconocimiento de la Inspección de Trabajo como competente para la imposición de la sanción, y del INEM como competente para el reintegro de lo indebidamente percibido por el trabajador.

El demandante pretende que se respeten, no debiendo ser reintegradas a la Gestora, las cantidades de la prestación percibidas después de la sanción de extinción pero en un período de tiempo, dos meses, en que el actor no compatibilizó la prestación con el desarrollo de trabajo alguno y el cobro correspondiente de salario.

El Tribunal entiende que no es posible dar por lícitamente percibidas y no reintegrables unas mensualidades de prestación posteriores a una sanción que consiste precisamente en la extinción de la prestación; no se puede seguir percibiendo una prestación ya extinguida y si se cobra debe reintegrarse pues se percibió indebidamente.

2. JUBILACIÓN

A) Jubilación contributiva

a) Requisitos de acceso a la protección

– Jubilación forzosa.

Como consecuencia de la derogación de la Disposición Adicional Décima del ET por la Ley 12/2001, se ha venido planteando en la jurisprudencia la cuestión de si han quedado o no sin efecto las disposiciones de los convenios colectivos que preveían la jubilación forzosa de los trabajadores que alcanzasen una determinada edad (en sentido afirmativo, SSTSJ de Castilla-La Mancha 721/2002, de 24 de abril; TSJ de la Comunidad Valenciana 6399/2002, de 21 de noviembre; en sentido contrario, SSTSJ del País Vasco 445/2002, de 19 de febrero, del TSJ de Cataluña 6141/2002, de 27 de septiembre y de

30 de octubre de 2002, en recurso 4930/2002, y del TSJ de Madrid 14/2002, de 11 de enero).

A esta cuestión se refiere la **STSJ de Aragón de 28 de mayo de 2002,** I.L. J 842, que se manifiesta también en el sentido de que "la derogación de la Disposición Adicional Décima del ET no supone que hayan devenido ilícitas las normas convencionales que prevén la jubilación forzosa de los trabajadores", considerando: 1º) que la jubilación forzosa es uno de los posibles supuestos de extinción del contrato incluidos en el artículo 49.1.f) ET, dada la amplitud de este precepto; 2º) por el amplio alcance del artículo 85.1 del ET, que obliga a concluir que la jubilación forzosa es materia propia del contenido del convenio colectivo; 3º) por la no existencia de ninguna norma legal que prohíba pactar la jubilación forzosa en el ámbito de la autonomía colectiva; 4º) porque el Tribunal Constitucional ha afirmado la inexistencia de preceptos constitucionales que sustraigan a la negociación colectiva la regulación de los derechos fundamentales, siempre que se actúe dentro del ámbito delimitado por la ley; 5º) por el carácter consustancial a la negociación colectiva de la transacción entre los intereses de los trabajadores y de los empresarios, en la que se entienden implícitas las consideraciones de la política de empleo (STS de 14 de julio de 2000); 6º) por su carácter no discriminatorio, como ha declarado el TC (STC 95/1985, de 29 de junio); 7º) porque, conforme a la Exposición de Motivos de la Ley 12/2001, ésta lo que ha pretendido, al suprimir la Disposición Adicional Décima, es "desincentivar la jubilación forzosa", pero no prohibir que por convenio colectivo se pueda pactar la jubilación forzosa (lo que supondría limitar la autonomía colectiva).

También la **STSJ de Madrid de 29 de abril de 2003,** I.L. J 1415, se pronuncia sobre el mismo tema pero llegando a la conclusión contraria de que "todas las disposiciones de los Convenios vigentes que establecen una edad de jubilación forzosa son nulas" por imperativo de lo dispuesto en el artículo 15 de la Directiva 78/2000 del Consejo, y en todo caso han quedado derogadas por la Disposición Derogatoria Única del RD-Ley 5/2001, convalidado por la Ley 12/2001, de 9 de julio. Señala además esta Sentencia que el establecimiento por un Convenio Colectivo de una edad de jubilación forzosa vulnera los artículos 2 y 6 de la Directiva 78/2000, los artículos 14, 17, 35.1 de la Constitución, y el artículo 12.6 del Estatuto de los Trabajadores.

– Cotizaciones anteriores al alta.

En relación al problema de la determinación de la validez de las cotizaciones correspondientes a períodos anteriores al alta, la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 27 de febrero de 2002,** I.L. J 959, determina que, en aplicación de la legislación vigente en el momento de producirse la petición de jubilación, la validez de las cotizaciones en el RETA, a efectos de prestaciones correspondientes a períodos anteriores al alta, se produce sólo si el alta se ha formalizado con posterioridad a 1 de enero de 1994, en virtud de lo establecido por la Disposición Adicional Novena de la LGSS, último párrafo, añadido por Ley 66/1997, de 30 de diciembre. A similar cuestión se refiere también la **STS de 3 de junio de 2003,** I.L. J 919.

b) Contenido de la prestación

a') Base reguladora

– La determinación y cuantía de la base reguladora sigue siendo una cuestión controvertida que ha dado lugar a diversas cuestiones en el período reseñado. Así, la **STSJ de Aragón de 19 de mayo de 2003,** I.L. J 838, resuelve la cuestión de la cuantía de la base reguladora de la pensión de jubilación de un empleado de notaría, señalando que, en virtud del RD 2248/1995, de 20 de noviembre, sobre integración de entidades sustitutorias de la Seguridad Social, los períodos de cotización a la Mutualidad de Empleados de Notarías se consideran como cotizados al Régimen de la Seguridad Social en el que se integró, pero el cálculo de la base reguladora de la prestación de jubilación correspondiente a dicho período se hará mediante el cómputo de las bases tarifadas por las que, de acuerdo con la normativa vigente en aquel momento, se cotizó efectivamente.

– Determinación de la base reguladora cuando existen cotizaciones en diversos países.

Cuestión ya reseñada en anteriores crónicas y que sigue dando lugar a numerosos pronunciamientos judiciales es la que se plantea en la **STS de 16 de mayo de 2003,** I.L. J 813, reiterando la doctrina ya consolidada que declara la aplicación preferente del Convenio Hispano-Alemán sobre el Reglamento CE 1408/1971, en la versión del Reglamento 1248/1992, cuando aquéllas son más beneficiosas para el trabajador que las dimanantes del derecho comunitario, y, por tanto, como se produce en este supuesto, que el cálculo de la base reguladora debe hacerse a partir de las bases medias de cotización correspondientes a la categoría del trabajador en España. Además, en esta Sentencia se establece que el cálculo del porcentaje de prorrateo de prestaciones con cargo a la Seguridad Social española deberá realizarse incluyendo las cotizaciones teóricas que por edad le corresponden.

b') Cuantía de la prestación

– Reintegro de prestaciones indebidas.

Sobre la aplicación de la excepción jurisprudencial de la equidad tras la nueva redacción del artículo 45.3 LGSS, dada por la Ley 66/1997, se pronuncia la **STS de 6 de octubre de 2003,** u.d., I.L. J 1473. Se recoge la doctrina, ya sentada en anteriores pronunciamientos, conforme a la cual dicha excepción, que ponderaba la conducta adoptada por el beneficiario y el organismo gestor en relación con el origen de la situación de percepción indebida y su mantenimiento (de tal forma que se tenía en cuenta, por una parte, el principio de buena fe, y, por otra, los perjuicios que, como consecuencia del retraso, pudieran derivarse para el patrimonio del beneficiario de la acumulación de períodos de percepción indebida), queda sin efecto por la Ley 66/1997. Se concluye además que las cantidades percibidas indebidamente con anterioridad a 1 de enero de 1998, se rigen con respecto a la prescripción de la obligación de devolverlas por la legis-

lación precedente, ya que la Ley 66/1997 no expresó que tuviera eficacia retroactiva. En igual sentido se pronuncia la **STS de 30 de junio de 2003,** u.d., I.L. J 1527.

Por su parte, la **STSJ de Asturias de 14 de marzo de 2003,** I.L. J 1006, declara la responsabilidad subsidiaria de la empresa codemandada por haber incumplido las obligaciones que le incumbían de comunicación de datos relativos al pago de una pensión complementaria al actor que, junto con la pensión de jubilación principal supuso la superación del tope máximo, dando lugar al reintegro de prestaciones indebidas.

c) Dinámica de la protección

En la **STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2003,** I.L. J 1127, se declara la nulidad del alta en la Seguridad Social durante determinados períodos como consecuencia de una simulación de contrato que posibilitó que el actor accediera a la pensión de jubilación con anterioridad a cumplir la edad de 65 años. Considerándose probada la conducta fraudulenta del actor, se declara la nulidad del alta y, por consiguiente, de la pensión de jubilación anticipada que se le había reconocido, lo que determina el reintegro de las prestaciones percibidas hasta ese momento sin reunir los requisitos exigidos legalmente.

Por otro lado, en la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 26 de mayo de 2003,** I.L. J 895, se declara la suspensión del percibo de la pensión de jubilación, al haber incumplido el actor, trabajador incluido en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, el aplazamiento de pago de las cuotas pendientes, y, en consecuencia, al no cumplir con uno de los requisitos establecidos legalmente consistente en que la persona incluida en el citado régimen se encuentre al corriente de las cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la correspondiente prestación, por lo que procede suspender el pago de la pensión de jubilación reconocida.

e) Jubilación anticipada

En el período al que se refiere esta crónica vuelven a ser mayoritarios los pronunciamientos judiciales relativos al régimen de jubilaciones anticipadas y prejubilaciones. Como se señaló en la crónica anterior, un importante número de Sentencias se refieren al problema de determinar la aplicabilidad del porcentaje de reducción de la cuantía de la pensión de jubilación anticipada del 7 por ciento o del 8 por ciento por cada año o fracción de año que falta para cumplir los 65 años de edad, previsto por la Disposición Transitoria Tercera LGSS y Disposición Transitoria Segunda RD 1647/1997, de 31 de octubre, para trabajadores que cesen en la empresa como consecuencia de un contrato de prejubilación. Se trata de precisar si existe o no voluntariedad en el cese o terminación de la relación laboral en el supuesto de suscripción de un contrato de prejubilación pactado entre los trabajadores y la empresa.

En este sentido, en la **STS de 30 de abril de 2003,** u.d., I.L. J 1059, se recoge la doctrina unificada que establece que la prejubilación del trabajador en las condiciones previstas en el convenio colectivo, en virtud de un pacto con la empresa, "constituye un cese voluntario, porque sin el consentimiento del trabajador no se habría producido la extinción de su contrato. Y que las previsiones de futuro en orden a la evolución del empleo en la empresa y a la aplicación de reducciones de plantilla o medidas de modificación de condiciones de trabajo no alteran la voluntariedad de la aceptación del acuerdo de prejubilación, sobre todo frente a terceros como es el INSS y a los efectos de la Disposición Transitoria Tercera.1.2ª de la LGSS". En el mismo sentido se pronuncian la **STSJ de Cataluña de 6 de junio de 2003,** I.L. J 1120; **STS de 17 de mayo de 2003,** I.L. J 815; **de 24 de mayo de 2003,** I.L. J 820; **de 29 de mayo de 2003,** I.L. J 832; **de 9 de julio de 2003,** I.L. J 1444; **de 28 de julio de 2003,** I.L. J 1529; **STSJ de Madrid de 3 de abril de 2003,** I.L. J 1389.

Es de señalar, además, aunque en otro ámbito de cosas, que al ser considerada la prejubilación acordada en el marco de un expediente de regulación de empleo como un cese voluntario en la empresa, en muchas de estas sentencias se declara que no es de aplicación el mínimo de indemnización establecido en el artículo 51.8 del ET que corresponde al supuesto de despido colectivo. 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 refiere la **STS de 14 de octubre de 2003,** I.L. J 1501 (sobre inclusión de dos pagas extraordinarias en la base reguladora del convenio de prejubilación) y la **STSJ de Madrid de 13 de marzo de 2003,** I.L. J 1199. Esta última Sentencia establece, además, que no desvirtúa la presunción de libre voluntad el hecho de que después de la firma del acuerdo de prejubilación, el actor acuda posteriormente a notario para manifestar su desacuerdo por la falta de inclusión en el salario regulador de un determinado complemento salarial (siendo, por el contrario, éste un comportamiento que no evidencia precisamente buena fe, según se indica en la Sentencia).

Respecto a los supuestos de jubilación anticipada, en la **STSJ de Aragón de 21 de mayo de 2003,** I.L. J 840, se establece una diferenciación entre los supuestos comprendidos en el artículo 161 LGSS y en la Disposición Transitoria Tercera de dicha Ley, referido este último supuesto a trabajadores que pertenecieron al Mutualismo Laboral, lo que concurre en el caso concreto objeto de este pronunciamiento jurisprudencial. Entiende la Sentencia que en el supuesto de la Disposición Transitoria Tercera no es requisito exigible la inscripción en demanda de empleo, quedando condicionada esta posibilidad de jubilación anticipada sólo a que el cese en el trabajo haya sido consecuencia de la extinción del contrato de trabajo en virtud de causa no imputable a la libre voluntad del trabajador.

f) Jubilación complementaria

Dentro de la cuestión relativa a la jubilación complementaria se abordan dos cuestiones principales: la relativa a los planes y fondos de pensiones y la relativa a las mejoras voluntarias de Seguridad Social.

– Planes y Fondos de Pensiones.

A la posición de los partícipes en los Planes de Pensiones del sistema de Empleo y a la posibilidad de movilizar los derechos consolidados se refiere la **STSJ de Madrid de 18 de marzo de 2003,** I.L. J 1206. En esta Sentencia se declara que, de acuerdo con la legislación vigente, en los planes de pensiones del sistema de empleo "será posible mantener la condición de partícipe, de acuerdo con lo prevenido en las especificaciones correspondientes, incluso si se extingue o suspende la relación laboral con el promotor cuando éste mantenga compromisos por pensiones con los trabajadores, en especial cuando suscriban convenio especial con la Seguridad Social continuando como asimilados al alta en la misma, compromisos que son en este caso los asumidos en los Acuerdos de Prejubilación y Jubilación Anticipada por los que la promotora continúa satisfaciendo las aportaciones e incluso abonando el importe del convenio especial, según los casos". En consecuencia, se considera como personal activo a los efectos del RD 1588/1999, "a los trabajadores con los que la empresa mantenga compromisos por pensiones, aunque se haya extinguido la relación laboral con los mismos". Ello supone un régimen singular y privilegiado y uno de los beneficios de la prejubilación pactada pero también tiene su contrapartida en la imposibilidad de movilizar los derechos consolidados en esas circunstancias. Respecto a la introducción, por parte de la Comisión de Control, de una disposición transitoria en las Especificaciones del Plan, considera la Sentencia que, por un lado, la misma no supone una modificación de dichas Especificaciones sino una aclaración o precisión al texto que ya se desprende de la normativa vigente, y, por otro lado, se declara la legitimación de la Comisión de Control para introducir dicha aclaración en cuanto que "el citado organismo vela por todos los intereses que se dan cita en el plan y para la mejor realización del mismo en beneficio de todos".

Por su parte, la **STS de 22 de julio de 2003,** I.L. J 1278, se pronuncia sobre la no procedencia de aportaciones correspondientes al premio por servicios prestados. Con independencia del carácter salarial o no de dicho premio, la Sentencia considera que el establecimiento de un Plan de pensiones es una mejora voluntaria que nace de la autonomía colectiva y que, por tanto, se rigen por el propio pacto que la implantó y, en virtud de ello, es también la voluntad de las partes la que determina libremente los conceptos retributivos que deben integrar el salario regulador de las aportaciones obligatorias.

Es también de interés la **SAN de 18 de febrero de 2003,** I.L. J 1321, que establece que "la exigencia prevista en la regulación del plan de pensiones de los empleados de vinculación, mediante un contrato de trabajo por tiempo indefinido, para la exención del requisito del período de espera de dos años, no supone discriminación para los trabajadores temporales, que en su caso podrán acceder al plan desde el mismo momento en que se conviertan en fijos, y en igualdad de condiciones que éstos desde ese mismo día".

– Mejoras voluntarias de Seguridad Social.

La diferenciación entre los planes de pensiones en sentido estricto y las mejoras voluntarias provistas por la empresa como consecuencia sin más de la negociación colectiva se basa, según la **STSJ de Madrid de 3 de abril de 2003,** I.L. J 1388, en que no se deduce de las mejoras voluntarias, a diferencia de lo que sucede en los planes de pensiones, "que se estructurasen sobre la base de un sistema de capitalización, y ello incluso aunque, como consecuencia de las exigencias legales internas o comunitarias de provisión para subvenir, garantizar y prevenir de posibles insolvencias empresariales a dicha mejora, fuera necesario efectuar reservas, que se podrían fijar mediante cálculos actuariales análogos a los utilizados en los sistemas de capitalización (…)". Estas mejoras voluntarias constituyen, como señala la Sentencia, meras expectativas, frustradas al extinguirse el vínculo jurídico antes de producirse cualquiera de los hechos causantes de las mejoras previstas en el Convenio, y que, sólo tras ellos, se hubieran convertido en derechos consolidados; por tanto, los demandados no ostentaban ningún derecho complementario de Seguridad Social en el momento de la extinción pactada de sus contratos de trabajo.

En relación también con las mejoras voluntarias, señala la **STS de 16 de julio de 2003,** u.d., que "no obstante el carácter voluntario, para las empresas, de la implantación de las mejoras, cuando al amparo de las mismas un trabajador haya causado el derecho a la mejora de una prestación periódica, ese derecho no podrá ser anulado o disminuido, si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento". De esta forma, si, como en el caso concreto, la norma que reconoce y regula las mejoras cuestionadas es un convenio colectivo, que no contiene previsiones respecto a su permanencia en el tiempo o de su blindaje frente a pactos colectivos posteriores y resultó que el convenio colectivo último, es decir, una norma de idéntico rango a la que tenía reconocido el beneficio, no es que eliminara por completo el derecho anteriormente reconocido, sino que lo sustituyó por otro de similar naturaleza, aunque de idéntico alcance. En idéntico sentido se pronuncia la **STS de 18 de julio de 2003,** u.d., I.L. J 1528.

Igualmente, la **STS de 14 de octubre de 2003,** I.L. J 1502, declara que las fuentes reguladoras de tales mejoras, además de los preceptos legales y los de carácter reglamentario que los desarrollan, son los pactos o reglas que los hayan creado, ya se trate de convenio colectivo, contrato individual o decisión unilateral del empresario; así pues, para conocer la estructura y caracteres de una mejora prestacional concreta habrá que acudir, en primer lugar, al título que la ha generado o establecido. En el caso concreto, de los términos del acuerdo se desprende que la ventaja fue concedida para los trabajadores que agotaran su vida laboral al servicio de la empresa y que ésta le complementara la pensión cuando legalmente se jubilaran, siendo incuestionable que dicho acuerdo no tiene previsión alguna a favor de los trabajadores que cesen al servicio de la empresa antes de la jubilación.

3. INCAPACIDAD PERMANENTE

A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

a) Concepto. Grados y baremos

a') Criterios de valoración: los baremos

El "principio de profesionalidad" es el criterio que en materia de incapacidad contributiva obliga a poner en relación las dolencias de quien las padece con la profesión que normalmente ejerce, para de esta manera poder determinar la incidencia de aquéllas en ésta, la capacidad laboral del actor (**SSTSJ de Andalucía de 4 y 25 de abril de 2003,** I.L. J 1026 y J 1035, respectivamente). Además, las lesiones han de tener el "grado de permanencia necesario, en orden a considerar definitivas y consolidadas en forma suficiente las mismas" (**STSJ de Castilla y León de 15 de julio de 2003,** I.L. J 1164).

Especialmente relevantes son las **SSTS de 28 de julio y 27 de octubre de 2003,** u.d, Sala Cuarta, I.L. J 1530 y 1516, a efectos de excluir la operatividad del recurso de casación por unificación de la doctrina en la materia, indicándose que las decisiones en materia de IP no son extensibles ni generalizables dado que "lesiones aparentemente idénticas (...) pueden afectar a los trabajadores de distinta manera en cuanto a su incidencia en la capacidad de trabajo"; advirtiendo de la dificultad de establecer la identidad del alcance del efecto invalidante, por tratarse, por lo general, de "supuestos en los que el enjuiciamiento afecta más a la fijación de los hechos singulares que a la determinación del sentido de la norma en una línea interpretativa de carácter general".

c') Incapacidad permanente total

Algunos pronunciamientos rechazan el reconocimiento de esta prestación, como la **STSJ de Castilla y León de 12 de mayo de 2003,** I.L. J 901, considera que examinando las dolencias del trabajador (dolencias físicas de intensidad leve y trastorno depresivo moderado sin que afecte a la capacidad cognitiva) en relación con la profesión del actor (Alimentador de Bobinadora), el cuadro secuelar que presenta no le impide realizar las principales tareas de la profesión pues le restan aptitudes suficientes (*ex* art. 137.4 de la LGSS). También la **STSJ de Castilla y León de 6 de mayo de 2003,** I.L. J 899, confirma la sentencia de instancia que deniega la IPT a una limpiadora que padece una dolsargia subaguda derivada de varias causas (sobrepeso e hipertrofia mamaria) considerando subsanable el sobrepeso, y en la medida que las limitaciones que presenta sólo se manifiestan con esfuerzos físicos intensos y en fase de dolor. Tampoco se reconoce la existencia de IPT cuando las dolencias y secuelas de la trabajadora no conlleva una afectación que le impida la realización de todas o las fundamentales tareas de aquélla, teniendo presente que "su función es la docencia, consistente en mostrar a los alumnos cómo se realizan estas tareas [de confección y patronaje], sin necesidad de realizarlas ella misma de

una forma continuada durante una jornada laboral" (**STSJ de Madrid de 31 de marzo de 2003,** I.L. J 1214).

Incidiendo en su diferencia con la IPA en la **STSJ de Andalucía de 28 de marzo de 2003,** I.L. J 997, el criterio que se sigue para denegar una IPA y confirmar la IPT es que las lesiones del trabajador, que deben ponerse en relación con la "capacidad de ganancia y de trabajo" dado el carácter profesional de la invalidez en nuestro Sistema de Seguridad Social, si no revelan una nula capacidad laboral "sino que determinan que le queda capacidad residual al accionante que de realizar trabajos de tipo sedentario o liviano que no requieran esfuerzos más allá de mínimos y que tampoco requieran deambulación constante ni prolongada" deba necesariamente rechazarse la pretensión de que se califique como IPA.

Téngase presente que el reconocimiento de una IPT derivada de enfermedad profesional puede desestimarse en aplicación del artículo 48 de la Orden de 9 de mayo de 1962 (que desarrolla el Reglamento del Decreto 792/1961, de 13 de abril, por el que se organiza el aseguramiento de las enfermedades profesionales, siempre que la patología no sea permanente y aparezca en exclusiva con problemas circunscritos a un puesto de trabajo solamente y pueda realizar las funciones de su categoría profesional o de auxiliar administrativo en cualquier otro punto o círculo empresarial ajeno a los contactos con las sustancias químicas que causan la patología (**STSJ de Madrid de 13 de febrero de 2003,** I.L. J 978).

d') Incapacidad permanente absoluta

En coherencia con el marcado carácter profesional de la incapacidad en nuestro sistema de Seguridad Social, *v. gr.,* para el reconocimiento de una IPA se tiene en cuenta en la **STSJ de Castilla y León de 6 de mayo de 2003,** I.L. J 900, y entre otros factores más habituales (la imposibilidad de poder realizar una actividad que requiera un mínimo de esfuerzo) el hecho de que al haber sufrido el trabajador un trasplante antólogo de médula ósea, le hace más vulnerable al contagio de enfermedades y ello entraña un riesgo para cualquier tipo de relación laboral normalmente organizada. También se considera la concurrencia del supuesto contemplado en el artículo 137.5 de la LGSS en el caso de un trabajador con cardiopatía isquémica cuando, pese a ser intervenido con colocación de by-pass, ha continuado con clínica de angor y disnea sin que se haya logrado vascularizarse del todo la ADA, lo que le limita para esfuerzos moderados o ligeros continuados y evidencia, puestas en relación con la capacidad de trabajo, que no puede asumir ningún quehacer laboral en mínimas condiciones de normalidad y de eficacia (**STSJ de Andalucía de 28 de marzo de 2003,** I.L. J 996). En el supuesto de la **STSJ de Andalucía de 21 de marzo de 2003,** I.L. J 992, se tiene en cuenta los trastornos fóbico-evitativos, y un trastorno depresivo secundario que le limitan para el desarrollo de tareas que exijan mantener relaciones interpersonales o que generen estrés de forma moderada, y que "determinan una nula capacidad para el trabajo, pues cualquier profesión u oficio, exige para su desarrollo en condiciones de normalidad y eficacia mínimas, mínima relación interpersonal y contacto con el entorno social, pues ninguna puede desarrollarse en condiciones de aislamiento, todas generan situaciones de preocupación y estrés y exigen la asunción de mínima responsabilidad".

e') Gran invalidez

Sobre este grado de incapacidad la **STSJ de Andalucía de 14 de febrero de 2003,** I.L. J 990, considera que cuando el inválido necesita atención y vigilancia médica y de familiares para evitar tentativa de autolesión o suicidio, estamos ante un supuesto de los contemplados por el artículo 137.6 de la LGSS, pues ha de entenderse que se precisa ayuda de tercera persona para los actos más esenciales de la vida diaria, "pues no hay acto más esencial en la misma, que cuidar de la supervivencia, para lo que el trabajador precisa de la atención de un cuidador de cuya protección depende su integridad física".

b) Requisitos del beneficiario

En la **STSJ de La Rioja de 4 de marzo de 2003,** I.L. J 1022, se establece que es necesaria la situación de incapacidad temporal (y no meramente la situación de inscrito en solicitud de demanda de empleo, sin derecho a prestación de desempleo, situación que sí sería asimilada al alta a efectos de incapacidad temporal según la STS de 18 de septiembre de 2002), para que se permita computar los días que falten para agotar el período máximo legal de incapacidad temporal a los efectos de completar los días de cotización precisos para alcanzar la carencia suficiente para causar derecho a pensión de incapacidad permanente *ex* artículo 138.2.b) LGSS (conforme a la modificación introducida en el artículo 4.4 RD 1799/1985, por la Disposición Adicional Séptima del RD 4/1998, de 9 enero). Ahora bien, dicha exigencia cede en los casos en que se trate de un trabajador que cause baja en el Régimen de Empleados de Hogar (pues aunque tal régimen no prevé protección por desempleo, ello no quiere decir que el cese de la actividad haya de ser imputable al asegurado) y se inscribe a continuación como demandante de empleo y permanece inscrita hasta el momento mismo de formular la solicitud de prestación, situación que –en una interpretación flexible del requisito– se asimila al alta en el Sistema de la Seguridad Social a efectos del reconocimiento de una IPA (**STSJ de Cataluña de 7 mayo de 2003,** I.L. J 863).

La exigencia prevista en el artículo 136.3 de la LGSS que imposibilita el reconocimiento de una incapacidad permanente por no derivarse de incapacidad temporal previa ha sido suavizada por la jurisprudencia en el sentido de que no puede entenderse en su literalidad, en atención a que la intención del legislador "era y es el agotamiento de las posibilidades terapéuticas que normalmente se efectúan a través de la situación de Incapacidad Temporal, pero no existe obstáculo para el reconocimiento de Incapacidad Permanente, sin Incapacidad Temporal previa" (**STSJ de Andalucía 24 de enero de 2003,** I.L. J 932, para un supuesto de hipoacusia neurosensorial agravada posteriormente a la afiliación a la Seguridad Social).

En relación a los trabajadores a tiempo parcial, téngase presente que se les computan días cuota en concepto de pagas extraordinarias en la proporción que resulte entre los días y horas trabajados en relación con la jornada ordinaria establecida para los trabajadores a

tiempo completo, pues no hay ninguna limitación expresa en este sentido (**STSJ de Cataluña de 11 de junio de 2003,** I.L. J 1123).

c) Prestaciones económicas

a') Clases y cuantía de las prestaciones

Han recaído algunos pronunciamientos de interés sobre el incremento del 20 por ciento de la prestación por IPT del artículo 139.2 LGSS. Por un lado, la **STS de 12 de mayo de 2003,** Sala Cuarta, u.d., I.L. J 806, (previsto en el artículo 139.2 LGSS, artículo 35 RD 2530/1970, de 20 de agosto, artículo 6 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio), establece que en el RETA no existe un incremento de la prestación de IPT en términos similares a los reconocidos en el Régimen General. En caso de que el trabajador no reúna cotizaciones suficientes –computadas separadamente– en ninguno de los regímenes, podrán sumarse a tal efecto, pero en tal caso la pensión se otorgará por el Régimen en que tenga acreditado mayor número de cotizaciones [*ex* artículo 35.2.c) RD 2530/1970], de ahí que no proceda reconocer tal incremento aunque en el momento del hecho causante el trabajador se encontrara de alta en el Régimen General. Sobre este incremento, la **STSJ de Castilla y León de 5 mayo de 2003,** I.L. J 889, considera que es incompatible la percepción de la pensión de jubilación del RETA con el incremento del 20 por ciento de la pensión de IPT (solamente con este incremento, pues es compatible el percibo de la pensión de IPT con el de la pensión de jubilación siempre que se causen o deriven de distinto régimen de la Seguridad Social), pues "si la pensión de jubilación tiene por objeto sustituir el salario que el trabajador deja de percibir por cesar en el trabajo por razón de su edad, y el incremento del 20 por ciento tiene su fundamento en la dificultad que por razón de la edad y demás circunstancias sociales y laborales tiene el declarado inválido permanente total para encontrar otro trabajo, parece claro que quien se ha colocado fuera del mundo activo del trabajo percibiendo la correspondiente compensación económica en forma de pensión de jubilación no puede al mismo tiempo lucrar el incremento del 20 por ciento alegando dificultad para encontrar trabajo". Asimismo, la **STSJ de Madrid de 27 de marzo de 2003,** I.L. J 1339, ha sostenido que este incremento es incompatible con la percepción de la prestación por desempleo, pues ésta, por su propia naturaleza, protege la pérdida de empleo, y el incremento "tiene como finalidad paliar la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior" (*ex* artículo 221.2 de la LGSS).

De otro lado, una vez que se determine por el INSS la incompatibilidad del incremento del 20 por ciento de prestación por IPT con un trabajo por cuenta ajena o propia incardinable en el sistema de la Seguridad Social (posibilidad contemplada por el artículo 141.1 párrafo 2º de la LGSS), existe una obligación de reintegro del importe de las prestaciones indebidamente percibidas que prescribe a los 4 años contados a partir de la fecha de su cobro, o desde que fue posible ejercitar la acción para exigir su devolución, incluidos los supuestos de revisión de las prestaciones por error imputable a la entidad, y sin la posibilidad de distinguir actualmente a efectos de determinación de los plazos la concurrencia o no de buena fe del beneficiario o el retraso injustificado en la adopción de la resolución (**STSJ de Madrid 20 marzo 2003,** I.L. J 1339).

b') Base reguladora de las prestaciones

Sobre la base reguladora la **STSJ de Cataluña de 5 de mayo de 2003,** I.L. J 861, considera que no es de aplicación el criterio del paréntesis a la extinción del contrato de trabajo durante la incapacidad temporal, pues quedaría sin aplicación práctica o limitada a los supuestos excepcionales de inactividad voluntaria la regla del artículo 140.4 de la LGSS (en este sentido, STS de 1 de octubre de 2002), relativa a la integración con la base mínima de las lagunas en la base reguladora de meses durante los cuales no hubiera existido obligación de cotizar.

En supuestos de revisión de la base reguladora de la pensión por IPT, la **STS de 24 de julio de 2003,** Sala Cuarta, I.L. J 1280, confirma la interpretación del artículo 43.1 de la LGSS en el sentido de "que los efectos económicos de una pensión ya reconocida no se retrotraen a los tres meses anteriores a la petición deducida, sino que deben retrotraerse a la fecha del reconocimiento del derecho, con el límite de los cinco años; cuando se ha reconocido la procedencia del derecho a la prestación, sus efectos iniciales ya han quedado fijados, de suerte que si después se pretende y se logra un incremento de la cuantía, los efectos de tal incremento deben retrotraerse a la fecha del reconocimiento inicial del derecho, con el límite indicado de los cinco años".

La **STS de 23 de septiembre de 2003,** u.d., I.L. J 1450, contempla una situación de "expansión" del tratamiento jurídico específico de los riesgos profesionales a situaciones derivadas de contingencias en esta materia en materia de base reguladora. El TS establece que, ante la falta de una regulación específica, en una situación de IPT derivada de contingencia común, tras revisión de incapacidad parcial derivada de contingencia profesional, ha de tomarse la base reguladora superior correspondiente a la contingencia de carácter profesional inicial, porque "el concepto de revisión del grado de la incapacidad permanente da idea de una cierta unidad o conexión entre las situaciones de invalidez inicial y resultante de tal revisión", por lo que considera que en ella debe mantenerse el importe de la base reguladora primeramente reconocida, a no ser que existan razones de peso que impongan un cambio de tal importe", como sucede cuando por un trabajo posterior o por ser la segunda contingencia de carácter profesional la base reguladora aplicable sería superior. Añadiendo, en esta concepción unitaria y de vinculación de situaciones que "aunque se declare que la invalidez resultante de la revisión se deriva de enfermedad común, ello no elimina en modo alguno la incidencia que normalmente tiene el riesgo profesional que produjo la incapacidad inicial". Por otro lado, utiliza el argumento del mantenimiento de un nivel más adecuado de protección que en estas situaciones se vería debilitado si se utilizara la base reguladora de la contingencia común posterior y no la base reguladora inicial, situación en la que transcurso del tiempo desde la primera incapacidad por contingencias profesionales actuaría como elemento perjudicial de reducción del importe de la prestación.

Es posible la concurrencia de pensiones de Regímenes distintos, pues la prohibición de incompatibilidad de pensiones que se deriva del artículo 122 LGSS sólo se refiere a aque-

llas del Régimen General que coincidan en un mismo beneficiario, salvo que exista una norma que lo prohíba expresamente. De manera que puede suceder que a un trabajador se le reconozca una IPT en el Régimen General, y que con posterioridad se dé de alta en el RETA con unas secuelas derivadas del accidente no laboral, secuelas que no le impiden trabajar en la nueva actividad. Así, si las secuelas se han ido agravando o aparecen nuevas dolencias que le impiden realizar el nuevo trabajo, en tales casos ha de valorarse el estado residual del trabajador con base en las pérdidas funcionales existentes, por lo que el trabajador debe ser protegido con la prestación correspondiente si reúne los requisitos legales (**STSJ de Madrid de 11 de abril de 2003,** I.L. J 1404).

d) Dinámica de la protección

Según la **STSJ de Andalucía de 14 de marzo de 2003,** I.L. J 988, la fecha del informe de la EVI (Equipo de Valoración de Incapacidades) es la fecha del hecho causante de la prestación (conforme al artículo 13.2 de la OM de 18 enero de 1996, y a aquella fecha han de retrotraerse los efectos de la prestación reconocida. En tal momento además deberá estar de alta o situación asimilada para generar el derecho al reconocimiento de una incapacidad permanente (*cfr.* también **STSJ de Andalucía de 11 de abril de 2003,** I.L. J 1031). Para la **STSJ de Madrid de 13 de febrero de 2003,** I.L. J 980, el hecho causante de la "invalidez permanente se produce cuando se actualiza la contingencia protegida incidiendo sobre un sujeto que, al reunir las condiciones legalmente exigidas, es causante de la protección"; actualización de la contingencia que, según doctrina reiterada del TS, se manifiesta en "el momento en que los padecimientos generadores de la situación aparecen definidos con objetividad y de modo irreversible". Hasta ese momento no puede operar el plazo de prescripción del derecho al reconocimiento de las prestaciones que establece el artículo 43.1 de la LGSS.

Cuando sobreviene la edad de jubilación antes de la resolución definitiva sobre la incapacidad, la **STSJ de Madrid de 13 de marzo de 2003,** I.L. J 1197, considera que la fecha del hecho causante de la prestación de invalidez (gran invalidez) coincide con la fecha del dictamen propuesta o de extinción de la incapacidad temporal (artículo 13.2 de la Orden de 18 de enero de 1996), no se tiene en cuenta que el trabajador haya cumplido la edad de 65 años a la fecha de la resolución definitiva, con lo que se cumple la exigencia del artículo 138.1 LGSS, y se excluye la posibilidad de que lo que se conceda sea una pensión de jubilación y no se le reconozca el derecho a las prestaciones de invalidez derivadas de contingencias comunes.

En relación con el subsidio de IT percibido previamente, téngase presente que según la **STS de 13 de junio de 2003,** recurso 1104/2002, I.L. núm. 7, 2003, LN 41, no procede el reintegro del subsidio a la empresa abonado desde la fecha del alta con propuesta de incapacidad permanente hasta la de los efectos económicos de la declaración de la invalidez permanente, en el supuesto de que dicha declaración no retrotraiga sus efectos económicos a la fecha del alta médica con declaración de Incapacidad Permanente por ser el subsidio de cuantía superior a la prestación por incapacidad permanente (*ex* artículo 131 bis. 3 de la LGSS). Además, la **STSJ de Extremadura de 12 de mayo de 2003,** I.L. J 1432, aclara que tanto la incapacidad parcial como la total tienen igual conceptuación

de IP y virtualidad para extinguir el subsidio por incapacidad temporal, y es posible "aplicar el sistema de compensación de las prestaciones indebidamente percibidas, con las que legalmente le corresponde recibir al beneficiario, compensación que no está sujeta a límite alguno".

e) Compatibilidad e incompatibilidades

La **STSJ de Cantabria de 20 de febrero de 2003,** I.L. J 967, indica que en aplicación de los artículos 141.1 de la LGSS y 24.3 Orden de 15 de abril de 1969, considera que nuestro ordenamiento no incompatibiliza el cobro de la pensión por incapacidad total con el desempeño de trabajos propios de profesiones distintas a aquéllas para la que ha sido declarado (STS de 28 de enero de 2002), sin embargo ello no se admite en el supuesto en que el trabajador pasa de realizar las funciones de albañil a las de peón de construcción (misma actividad profesional con distinta categoría), pues las exigencias físicas de este nuevo puesto de trabajo son incompatibles con las dolencias que en su día sirvieron para el reconocimiento de la IPT. El desempeño del "nuevo puesto de trabajo" ha de corresponderse a una profesión distinta de la que corresponda a la declaración de invalidez total, en atención a las tareas de una y otra profesión sobre la base de las patologías que determinaron el grado de invalidez de referencia (**STSJ de Cantabria de 3 de marzo de 2003,** I.L. J 1181).

En relación a la concurrencia de pensiones, la **STSJ de La Rioja de 4 de marzo de 2003,** I.L. J 1023, declara –con base en los artículos 122, 141 y 152 LGSS– la incompatibilidad de dos pensiones del Régimen General de la Seguridad Social por incapacidad permanente total, una derivada de enfermedad profesional y otra de enfermedad común, considerándose que otra interpretación llevaría "al absurdo de que la incapacidad permanente total para dos profesiones habituales sucesivas, pudiendo realizar otras diferentes, generaría dos pensiones concurrentes, cuya suma superaría el importe de la pensión correspondiente a una incapacidad permanente absoluta para todas las profesiones u oficios. Por eso, mientras las sucesivas declaraciones de incapacidad permanente total para diferentes profesiones habituales no llega a alcanzar el grado de absoluta, a lo que dan lugar es a un derecho de opción por parte del beneficiario por la pensión concurrente que considere más favorable".

De especial relevancia en materia de compatibilidad de la prestación por IPT con el salario que pueda percibir el trabajador por una actividad por cuenta ajena, es la **STS de 28 de julio de 2003,** Sala Cuarta, u.d., I.L. J 1439, relativa a la compatibilidad de la percepción de prestaciones por IPT para la profesión de coordinador de pista de Iberia con la profesión de ebanista, al indicarse que "siendo la actual profesión del trabajador distinta de aquélla para la que fue declarado en situación de Incapacidad Permanente Total, no es necesario verificar si las secuelas que para esa declaración fueron tenidas en cuanta le inhabilitan también para las tareas básicas que su nueva profesión le impone por carecer de incidencia en el derecho del actor a percibir la prestación debido a su imposibilidad de realizar las tareas básicas de una profesión que en su día ejerció y que fue distinta de la actual".

B) Incapacidad permanente (modalidad no contributiva)

b) Requisitos del beneficiario

La **STSJ de Andalucía de 25 de abril de 2003,** I.L. J 1037, añade al cálculo del porcentaje mínimo de minusvalía exigido por el artículo 144.1.c) de la LGSS, el 25 por ciento correspondiente a una enfermedad psíquica (síndrome depresivo ansioso reactivo como consecuencia del fallecimiento de la madre) constitutiva de una discapacidad mental moderada, clase III del baremo de enfermedad mental del capítulo 16 del baremo anexo al RD 1971/1999, de 23 de diciembre, que no fue alegada en el expediente previo, aunque se constata la existencia de tal enfermedad a la fecha del juicio, pues es en ese momento en el que "ha de ser tenida en cuenta y valorada tal dolencia pues es en el acto del juicio donde han de practicarse las pruebas y quedar acreditado el estado patológico del peticionario de prestación de invalidez".

c) Cuantía de la pensión

A efectos de fijación de la cuantía de la pensión de invalidez no contributiva (*ex* artículo 144.5 de la LGSS) no procede el cómputo de la pensión compensatoria no percibida por la esposa por causas ajenas a su voluntad pese a haberse reclamado, pues lo que excluye la ley es la percepción de la pensión a quienes tienen un nivel de ingreso suficiente para subsistir, y a quienes, aún siendo acreedores judiciales de una determinada suma de dinero, no la han percibido al no desplegar la diligencia necesaria para conseguirla (**STS de 25 de septiembre de 2003,** u.d., I.L. núm. 8, 2003, LN-29).

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

A) Requisitos del sujeto causante

STS de 26 de mayo de 2003, I.L. J 827, aunque desestima el recurso por falta de contradicción, es destacable porque pone en relación directa, la inscripción como demandante de empleo como "situación asimilada al alta", y la aplicación al caso de la llamada "doctrina del paréntesis" (la que permite retrotraer en determinados supuestos el plazo de cinco años anteriores a la fecha del fallecimiento previsto en la normativa reglamentaria de las pensiones a sobrevivientes para el cómputo de período mínimo de cotización de 500 días). El Supremo considera que la "voluntad de no apartarse del mundo laboral", manifestada en que el asegurado figuró inscrito como demandante de empleo en el período anterior a su fallecimiento, constituye "uno de los criterios jurisprudenciales para la aplicación de la doctrina del paréntesis, así como para entender cumplido el requisito de situación asimilada al alta".

Otro ejemplo de interpretación humanizadora del requisito de alta, atenuando su exigencia mediante una interpretación que pondera las circunstancias de cada caso concreto con el fin de evitar supuestos no justificados de desprotección, lo recoge la **STSJ de Extremadura de 4 de marzo de 2003,** I.L. J 1012, en la que se considera que la baja ha

de entenderse con carácter provisional durante los noventa días siguientes al cese, pues durante este período el trabajador puede acogerse al convenio especial (en un supuesto en el que el fallecimiento se produce tan sólo diecinueve días después de causar baja en el Régimen General de la Seguridad Social, y por tanto dentro del período de noventa días durante el cual podía suscribir convenio especial).

El artículo 28.2 del Decreto 2530/1970 establece para el Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o Autónomos, que es requisito indispensable para causar derecho a las prestaciones por muerte y supervivencia, estar al corriente en el pago de cuotas, aunque este requisito se flexibiliza cuando se ha cubierto el período mínimo de cotización exigido, supuesto en el que la Entidad Gestora invita al interesado en la prestación a ingresar el importe de las cuotas debidas y no prescritas, en el plazo improrrogable de 30 días. Una cuestión problemática se centra en determinar si procede la pensión de viudedad y orfandad, con cargo a este Régimen Especial, cuando el causante no estaba al corriente en el pago de las cuotas y este descubierto no se encontraba prescrito en el momento del hecho causante, aunque sí con posterioridad y antes de la solicitud de la pensión. Sobre esta cuestión la **STS de 25 de septiembre de 2003,** I.L. J 1448, resuelve que "no puede pretenderse que aquellas cotizaciones no pagadas antes de la producción del hecho causante, sirvan para acreditar la carencia y para cumplir el requisito de hallarse al corriente en el pago de las cuotas, ni tampoco que las cuotas prescritas, con posterioridad, del hecho causante, afecta a su no exigibilidad ni para determinar si el causante estaba al corriente del pago, pues ello sólo acontece cuando tal prescripción ya se ha producido en la fecha del hecho causante, careciendo de relevancia que ésta se produjera, después del hecho causante y antes de la solicitud".

Igual requisito –estar al corriente en el pago de las cuotas–, se exige en el Régimen Especial Agrario, aunque en este régimen su interpretación se flexibiliza, pues "cuando de prestaciones de larga duración se trata, sólo procede denegar el reconocimiento en los supuestos en que los descubiertos, por su duración, revelen voluntad de apartamiento del sistema de Seguridad Social", y esta voluntad de apartamiento no es apreciada por la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 24 de junio de 2004,** I.L. J 10998, en el que el causante presenta un descubierto superior a seis meses, pero en el fallo se considera que tal descubierto "ha de reputarse meramente esporádico y ajeno a la voluntad antes mencionada".

B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos

a) Viudedad

La Disposición Adicional Décima, norma quinta, de la Ley 30/1981, establece que "los derechos de los apartados anteriores quedarán sin efecto en cuanto al cónyuge en los supuestos del artículo ciento uno del Código Civil", el cual establece como causa de cesación de la pensión conyugal derivada de la nulidad, separación o divorcio la "convivencia marital con otra persona". Sobre este precepto se plantea su contradicción con el

mandato de igualdad contenido en el artículo 14 CE, con el que el que se prohíbe al legislador "configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación" (STC 144/1988, de 12 de julio). Para que se aprecie su inconstitucionalidad se requiere, dado el carácter relacional de este principio de igualdad, "que como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido, directa o indirectamente, una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas" (STC 181/2000, de 29 de junio), y de otro "que las cuestiones subjetivas que quieran traerse a comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables" (STC 148/1986).

Precisado lo anterior, se plantea la inconstitucionalidad al apreciarse dos supuestos de hecho sobre los que se construye la posible discriminación: por un lado, en el de la pensión de viudedad devengada por quien contrajo un solo matrimonio no anulado, ni se divorció o separó legalmente de su cónyuge, pues en este caso el viudo o viudo percibirá la pensión aun cuando conviva *more uxorio* con otra persona; y por otra parte, en el de la pensión de viudedad devengada por quien contrajo dos o más matrimonios, pues en tal supuesto, el o los cónyuges cuyo matrimonio fue anulado, o se encuentren divorciados o legalmente separados, perderán la pensión obtenida en el caso de convivir maritalmente con otra persona y como se ha indicado, el viudo que tenía reconocido vínculo matrimonial al tiempo del fallecimiento del causante no la pierde aunque mantenga ese mismo tipo de convivencia.

Pues bien, la **STC 125/2003, de 19 de junio,** I.L. J 1073, constata un panorama de desigualdad evidente, pues "una vez que a todos los cónyuges sin distinción se les otorga el derecho a la pensión de viudedad, la pensión de viudedad queda concebida como única pensión repartida entre todos los cónyuges sepérstites, por lo que es evidente que no puede considerarse constitucionalmente admisible que la concreta causa de extinción de la pensión por convivencia *more uxorio* pueda aplicarse en unos casos y no en otros (....), diferencia de trato que no obedece a ninguna razón relacionada con la propia esencia o fundamento actual de la pensión de viudedad, sino que corresponde a causas totalmente ajenas, que no son otras sino el distinto estado civil derivado de la relación que mantenía con el causante la persona que tiene la condición de titular de la misma"; todo ello supone, segun el Alto Tribunal, una directa vulneración del artículo 14 CE.

Como ya se ha reiterado en estas páginas, la convivencia *more uxorio* no se asimila al matrimonio a efectos de causar la pensión de viudedad –hasta que no se produzca la reforma legal, por otra parte tantas veces anunciada–, sin que ello lesione el artículo 14 de la Constitución (ni por sí mismo ni en relación al artículo 39.1 del texto constitucional), tal y como de forma reiterada se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, pues siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador puede –dentro de su amplísima libertad de decisión–, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica, por lo que no se puede considerar arbitraria ni discriminatoria la exigencia de constancia formal del matrimonio para tener derecho a la pensión de viudedad (así lo manifiestan, la **STSJ de Asturias de 11 de abril de 2003,** I.L. J 1222, y la **STSJ de Extremadura de 12 de mayo**

de 2003, I.L. J 1426, siguiendo la reiterada y en ellas numerada jurisprudencia constitucional).

En esta línea, la condición de cónyuge del causante al beneficiario de la pensión –artículo 174 de la LGSS–, se encuentra la **STSJ de Madrid de 10 de abril de 2003,** I.L. J 1399, al declarar la falta de existencia de vínculo matrimonial, en un supuesto de unión gitana o "rito gitano", pues esta situación no produce efectos civiles, pese a su relevancia y reconocimiento social en dicho ámbito. En efecto, el matrimonio para que produzca efectos civiles, sólo podrá serlo si se contrae de forma civil o religiosa –*ex* artículo 49 del Código Civil–, y, por el contrario, el sometido al rito gitano –que no es una determinada religión–, es "una costumbre" que sólo regiría en defecto de Ley –artículo 1.3 del Código Civil–, por lo que para tener reconocimiento –y en su caso sería deseable–, y aplicando la legislación actual, "tendría que haber alcanzado una normativa *ad hoc*".

c) Prestaciones a favor de familiares

Como requisito general o común se exige acreditar la convivencia con el sujeto causante y a sus expensas, al menos con dos años de antelación a la muerte de aquél (artículo 176 de la LGSS en relación con los artículos 22 y 25 de la Orden Ministerial de 23 de febrero de 1967); su exigencia imperativa se impone pese a que en la resolución administrativa sólo se expresa como causa de denegación "tener la unidad familiar ingresos superiores al SMI", sin que tal resolución nada exprese sobre el requisito aquí comentado –sin que opere lo dispuesto en el artículo 142.2 de la Ley de Procedimiento Laboral– (**STSJ de Asturias de 28 de febrero de 2003,** I.L. J 1011).

Para los hijos y hermanos del sujeto causante, cuando éste fuese beneficiario de pensiones contributivas de invalidez y jubilación, el artículo 176.2.b) de la LGSS exige, que estos beneficiarios deben acreditar dedicación prolongada al cuidado del causante, sin que la norma especifique cuándo se entiende acreditado este requisito, por lo que es la interpretación jurisprudencial la que ha de apreciarlo. Apreciando de forma favorable el cumplimiento de tal requisito se manifiesta la **STSJ de Valencia de 7 de enero de 2003,** I.L. J 1300, en un supuesto en el consta como hecho probado que la demandante se trasladó de residencia en marzo de 2000, para atender a su padre –afecto de un cuadro de demencia senil que le mantenía postrado en la cama–, con el que convivió en su domicilio hasta su fallecimiento en febrero de 2002; considera relevante el pronunciamiento que este traslado supuso su baja en el RETA e irrelevante que la demandante estuviera cinco días de alta en el Régimen General, en base a un contrato a tiempo parcial, pues considera que se trata de "un pequeñísimo lapso temporal que no desvirtúa el hecho de la básica dedicación de la misma a su padre desde su traslado de residencia".

D) Dinámica de la protección

Sobre la relación del instituto de la prescripción y el derecho de los varones a la pensión de viudedad, en un supuesto en que el fallecimiento del causante se produce con la legis-

lación preconstitucional que no reconocía el derecho a éstos, la **STS de 12 de mayo de 2003,** I.L. J 1246, reconoce que el derecho a la pensión de viudedad a favor de los varones surge con la entrada en vigor de la Constitución –dada la declaración de inconstitucionalidad por la Sentencia 103/1983, de 22 de noviembre–, declaración que es aplicable a la Ley 24/1972, que declara la imprescriptibilidad del derecho, por lo que el derecho a la pensión puede ser declarado por el viudo aunque el fallecimiento hubiese acaecido bajo la vigencia de la LSS de 21 de abril de 1966, al ser ésta una norma discriminatoria en cuanto obstaculizadora de su reconocimiento a los viudos.

La **STS de 30 de junio de 2003,** I.L. J 1527, viene a determinar claramente la inaplicación de la doctrina inspirada en principios de equidad, por la que se aplicaba de forma excepcional el plazo de prescripción trimestral en la devolución de prestaciones indebidamente percibidas. Como ya indicó la STS de 11 de junio de 2001, tras la reforma operada en el artículo 45.3 de la LGSS, por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre (con efectos a partir del uno de enero de 1998), se ha de aplicar sin restricciones la regla general de prescripción quinquenal –cuatro años tras la reforma operada por la Ley 55/1999–. Esto es así, porque del tenor literal de la nueva redacción del precepto, 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 –ahora de cuatro años–, a 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". Este criterio se aplica por **la STSJ de Galicia de 16 de abril de 2003,** I.L. J 1374, en un supuesto de devolución de complementos por mínimos en una pensión de viudedad, en el que la Entidad Gestora modifica de oficio la prestación –puesto que está facultada para ello no siendo estrictamente aplicable el artículo 145 de la LPL en supuestos referentes al complemento por mínimos–, y reclama lo indebidamente percibido sin que pueda limitarse su reintegro a los tres meses anteriores al acuerdo del INSS.

En los casos en los que la contingencia determinante de una prestación viene constituida por un accidente de trabajo, la responsabilidad corresponde a la entidad que tenía cubierta aquella contingencia en el momento de la producción del accidente, pues como indica el Tribunal Supremo, toda la normativa aseguradora conduce a hacer responsable de los riesgos cubiertos por una póliza de seguro a quien percibió las primas correspondientes. Esta responsabilidad es de aplicación a los supuestos previstos por el artículo 172.2 de la LGSS, a cuyo tenor, "se reputarán de derecho muertos a consecuencia de accidente de trabajo o de enfermedad profesional quienes tengan reconocida por tales contingencias una invalidez permanente absoluta para todo trabajo o la condición de gran inválido"; además, la previsión legal sobre responsabilidad del INSS o de la Tesorería General como sustitutos de los desaparecidos Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, sólo procede en los supuestos legales establecidos, es decir, para el caso de la falta de aseguramiento o insolvencia de las Cías. Aseguradoras o en la medida en que juegue el reaseguro –artículos 124 y 123 del Reglamento de 1956–. Este criterio lo aplican las **SSTS de 14 de mayo y 28 julio de 2003,** I.L. J 808 y 1281, para exigir la responsabilidad de una compañía privada habilitada para asegurar las contingencias profesionales de trabajadores por cuenta ajena hasta el 30 de abril de 1956. En efecto, la Disposición Transitoria Quinta, en su apartado segundo –de la LSS de 1966–, si bien dispuso la extin-

ción de los contratos de seguro existentes a la fecha, los mismos seguirán produciendo plenos efectos, de conformidad con la legislación anterior, por los accidentes sufridos hasta la indicada fecha.

José Luis Monereo Pérez
Mª. Nieves Moreno Vida
Ángel J. Gallego Morales
José Antonio Fernández Avilés
José María Viñas Armada
Susana de la Casa Quesada

XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL

Sumario:

1. Cuestión preliminar. 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. a) Seguridad Social. b) Empleo y prestaciones de desempleo. c) Migración y trabajo de extranjeros. d) Salud laboral.

1. CUESTIÓN PRELIMINAR

En esta crónica pretendemos dar cuenta de las principales novedades legislativas y judiciales aparecidas en el último período en materia de Derecho Administrativo Laboral.

En cuanto a las primeras, no es posible pasar por alto el enorme aluvión de normas aprobadas en noviembre y diciembre de 2003, muchas de las cuales presentan indudable incidencia en los temas que aquí nos ocupan. Así, en materia de organización de la Administración, hay que hacer mención a la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, por la que se regulan los fines, órganos y principios rectores del Sistema Nacional de Empleo, en cuyo seno quedan integrados tanto el Servicio Público de Empleo Estatal –sustituto del INEM–, como los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas.

También la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, ha introducido modificaciones en algunos de los aspectos que en este ámbito vienen siendo examinados en nuestra crónica. Fundamentalmente, dentro de la nueva redacción que se da a muchos de los preceptos relativos a la recaudación en período voluntario y en vía ejecutiva, la Ley vuelve a hacer una nueva redefinición de los supuestos de deudas por cuotas que exigen la extensión de actas de liquidación (art. 31 de la LGSS), incluyendo también una referencia a los criterios de determinación de la remuneración a tener en cuenta por la Inspección de Trabajo a efectos de levantar el acta (art. 32.2 de la LGSS). Asimismo, es de destacar el nuevo texto del art. 3.1.b) LPL, por el que se amplían considerablemente las materias de Seguridad Social que quedan excluidas del conocimiento de la jurisdicción social (*v.gr.*, las resoluciones y actos sobre inscripción de empresas, afiliación, alta y baja de trabajadores, formalización de la protección frente a riesgos profesionales o cobertura de la prestación de

incapacidad temporal). Por último, son también bastantes los artículos de la LISOS relativos a Seguridad Social que han sido objeto de variación, no sólo por la Ley 52/2003, sino también por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, mediante las que se han modificado tanto preceptos relativos a infracciones de empresarios y trabajadores por cuenta propia –arts. 21.3, 21.6, 22, 23.1.b) y h), y 50.4.d) de la LISOS, sobre todo a efectos de regular los incumplimientos relacionados con bonificaciones por formación continua y con la obligación de presentar documentos por vía telemática–, como también introduciendo nuevos tipos infractores respecto a los solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo –arts. 24.3, 25.4 y 26.4 de la LISOS–.

En otro ámbito material, importantes son también las novedades incorporadas por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales. En especial, destaca la cantidad de artículos modificados como consecuencia de la atribución de funciones comprobatorias y de extensión de requerimientos concedida a los funcionarios públicos que en las correspondientes Administraciones asuman las funciones técnico-periciales en materia de prevención de riesgos; entre otras previsiones, respecto a ellos se ha dispuesto que, en caso de incumplimiento de dicho requerimiento previo, tales sujetos deben remitir informe –dotado de presunción de certeza– a la Inspección de Trabajo, a efectos de que ésta levante la correspondiente acta de infracción si así procediere [arts. 9, 43.3 y Disposición Adicional Decimoquinta LPRL, y arts. 39.3.f), 50.2, 53.5 de la LISOS]. Además, junto a lo anterior, la Ley no ha desaprovechado la ocasión para modificar la redacción de otros muchos preceptos de la LISOS en materia de prevención, relativos a diferentes aspectos: sujetos infractores (art. 2.8 de la LISOS), concepto de infracción en este ámbito (art. 5.2 de la LISOS), contenido de ciertas infracciones graves y muy graves [arts. 12, 13 y 19.2.f) LISOS], responsabilidad empresarial en supuestos de contratas y ETTs (art. 42.3 de la LISOS) y relación con el proceso penal (art. 52.3 de la LISOS).

Igualmente, numerosos son los cambios producidos por la ya citada Ley 62/2003 en otros diversos artículos de la LISOS relativos a materias muy variadas. En concreto, como consecuencia de las medidas adoptadas para la igualdad de trato y no discriminación en el trabajo, se han introducido ciertas variaciones en el tenor de los arts. 8.12 y 16.2 LISOS, así como también se ha procedido a añadir un nuevo art. 8.13 bis de la LISOS. A su vez, se han modificado algunos preceptos encargados de regular otros incumplimientos en materia de empleo, ya sean cometidos por empresarios y beneficiarios de ayudas y subvenciones en materia de formación profesional (Títulos correspondientes a las infracciones y sanciones accesorias, y arts. 14.4, 15.6 y 16.5 de la LISOS), o ya sean los realizados por los trabajadores (art. 17 LISOS). Asimismo, relevantes son también las modificaciones introducidas en cuanto al contenido y competencia de las sanciones a imponer a los trabajadores y a los solicitantes o beneficiarios de prestaciones de Seguridad Social –incluidas las de desempleo– (arts. 47, 48.4, Disposición Adicional Tercera de la LISOS y art. 96.2 de la LGSS –incorporado por la Ley 52/2003–).

Por último, este repaso a los cambios normativos se cierra con la necesaria referencia a las modificaciones habidas en materia de infracciones y sanciones relativas al trabajo de extranjeros, sobre cuyo contenido han incidido tanto la LO 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la LO 4/2000 –a efectos, entre otros, de reformular algunos tipos y convertir en euros el importe de las sanciones–, como también el art. 48 de la Ley 62/2003, por el que se establece que el importe de las multas por utilizar extranjeros sin la preceptiva autorización se incrementará en la cuantía que hubiese correspondido ingresar por cotizaciones a la Seguridad Social.

En definitiva, este sucinto examen viene a confirmar el alto número de modificaciones normativas que, con mayor o menor alcance, han sido introducidas por el legislador en los últimos meses. No resulta tan novedoso, en cambio, el análisis efectuado en esta crónica respecto a los pronunciamientos judiciales publicados en los números 5 a 8 de 2003 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, y también respecto a algunas otras sentencias no incluidas en la misma dictadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Con todo, entre las resoluciones que se comentan, no está de más destacar las sentencias que se analizan en el epígrafe dedicado al procedimiento administrativo sancionador, por cuanto en ellas se delimita el alcance de los derechos que los particulares tienen reconocidos tanto en la fase inspectora previa como en el resto de actuaciones que le siguen (**SSTS de 27 de octubre y 3 de noviembre de 2003,** Sala Tercera, recursos de casación 4068/2000 y 4896/2000).

2. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

A) Organización

En este apartado, son de nuevo las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, y, en particular, las auditorías practicadas sobre las mismas, el núcleo de atención de los pronunciamientos dictados en los últimos meses. Esta atención tiene lugar, como viene siendo habitual, desde una doble perspectiva: por un lado, la de las cuestiones o criterios generales; por otro, la de la práctica de concretos ajustes en asientos contables.

Por lo que respecta a la primera perspectiva, realmente no han aparecido criterios novedosos, sino que más bien las sentencias dictadas se limitan a reiterar ideas ya conocidas y destacadas en pronunciamientos anteriores. En este sentido, cabe mencionar la **STS de 17 de noviembre de 2003,** Sala Tercera, recurso de casación 6057/2000, que recuerda, una vez más, el mantenimiento de la vigencia del RD 1373/1979, dado que el RD 2647/1985, de 18 de diciembre, que lo derogaba fue anulado por el Tribunal Supremo.

Por lo que respecta a la segunda perspectiva, es decir, la casuística sobre los ajustes en asientos contables, debe destacarse lo siguiente. De entrada, no pueden imputarse a la Seguridad Social los gastos ocasionados con ocasión de derramas por reaseguro deriva-

dos de pérdidas excesivas, ni las reservas para contingencias en tramitación, según señala la **STS de 20 de septiembre de 2003,** Sala Tercera, I.L. J 1462.

Este último aspecto se reitera en la **STS de 13 de octubre de 2003,** Sala Tercera (recurso de casación 2622/2000) que, por otra parte, se refiere a otras dos partidas más: de un lado, a los gastos generados por operaciones de mediación y captación, los cuales no son imputables a la Seguridad Social; de otro, y en atención al momento en que se produjeron, los gastos originados por un alquiler no autorizado que, en consecuencia, tampoco resultan asumibles por la Seguridad Social.

Igualmente, quedan al margen las cuotas satisfechas por la Mutua a una Confederación empresarial a la que pertenece, pues según señala la **STS de 17 de noviembre de 2003,** no puede entenderse que tales cuotas se puedan considerar como gastos de administración; así pues, las mismas deben satisfacerse con cargo a fondos ajenos a la gestión y patrimonio de la Seguridad Social. Algo similar sucede, según la sentencia recién mencionada, respecto las aportaciones efectuadas a una fundación universitaria.

Finalmente, la **STS de 27 de octubre de 2003,** Sala Tercera (recurso de casación 4582/2000) se plantea la cuestión de qué límites a los gastos de administración se deben aplicar en el caso enjuiciado, relacionado con un supuesto de fusión y absorción: los derivados de la OM de 15 de marzo de 1990 –que supone un 12,22 por ciento– o los previstos en la OM de 18 de enero de 1995 –un 11 por ciento–. Pues bien, en este caso, el tribunal opta por la segunda posibilidad, ya que se encuentra prevista en una norma de similar jerarquía y posterior en el tiempo.

B) Actas de liquidación

Tampoco constituyen una novedad los pronunciamientos que, en relación con las actas de liquidación, recogen los criterios a tener en cuenta para proceder a su cuantificación a efectos de determinar la cuantía litigiosa de un asunto y determinar la procedencia del recurso de casación, sea ordinario o en unificación de doctrina.

A tales criterios se refiere la **STS de 17 de septiembre de 2003,** Sala Tercera, I.L. J 1461, que recuerda cómo para fijar el valor de la pretensión debe tenerse en cuenta el débito principal (cuota), pero no los recargos, las costas ni cualquier otra clase de responsabilidad; por otra parte también recoge otros criterios clásicos: de un lado, que la cuantía del recurso ha de computarse teniendo en cuenta separadamente cada una de las bases de cotización acumuladas en el expediente; de otro, y en relación con el anterior, las cifras relevantes son las cuotas mensuales respectivas. Aspectos similares aparecen en las **SSTS de 25 de junio de 2003,** I.L. J 929 y **de 23 de julio de 2003,** I.L. J 1157, ambas de la Sala Tercera.

3. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Procedimiento sancionador

Respecto a esta materia se han dictado dos interesantes sentencias del Tribunal Supremo, una relativa a la iniciación de la actividad inspectora y otra ya estrictamente relacionada con el procedimiento administrativo sancionador en sentido propio.

En cuanto al pronunciamiento relativo a la fase previa al procedimiento, se trata de la **STS de 27 de octubre de 2003,** Sala Tercera, (recurso de casación 4068/2000), cuya lectura permite repasar distintos aspectos relacionados con el valor de las denuncias como acto desencadenante de la actuación inspectora. En concreto, el supuesto enjuiciado tiene como origen la petición que un perceptor de pensión de jubilación efectúa a la Inspección de Trabajo para que investigue el posible fraude de una empresa en la cotización a la Seguridad Social; formulada la solicitud por tres veces, la misma fue rechazada otras tantas, las dos primeras ocasiones por Inspectores y la tercera por la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en virtud del art. 11.2 RD 1398/1993; realizada una cuarta solicitud ante el Ministerio de Trabajo, éste no emite respuesta alguna y frente a esta resolución presunta se interpone recurso contencioso-administrativo, procediéndose a su estimación por la Audiencia Nacional. En síntesis, la Audiencia razona que, conforme a la normativa aplicable, las denuncias ante la Inspección de Trabajo no provocan necesariamente la apertura de su actividad de investigación, sino que, una vez recibidas, se puede abrir un período de información previa, a fin de conocer las circunstancias del caso concreto y decidir la conveniencia de iniciar o no la actuación inspectora, de forma que el denunciante no tiene un derecho subjetivo a la incoación del expediente sancionador (art. 9.2 RD 396/1996 –equivalente al actual art. 9.3 RD 928/1998–); en cualquier caso, la sentencia valora los motivos de denegación de la investigación, entre los que la Dirección General de la Inspección alude a su imposibilidad de acceder a la contabilidad de la empresa por carecer de medios para ello, y en su contra, la Audiencia remarca la falta de fundamento de esta negativa, por cuanto la legislación pone en manos de la Inspección de Trabajo instrumentos muy variados para llevar a cabo la investigación de las denuncias –visitas, requerimientos, examen de documentación, etc.–, razón por la cual la Sala estima la demanda, anulando la resolución impugnada por ser contraria a Derecho y ordenando a la Inspección que inicie actuaciones de investigación.

Interpuesto recurso de casación frente a esta sentencia de la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo responde a cada una de las alegaciones del Abogado del Estado, al margen de plantearse si la resolución presunta impugnada era reproducción de resolución expresa anterior, a efectos de provocar la inadmisión del recurso contencioso-administrativo por aplicación de lo dispuesto en el art. 40 de la Ley de la Jurisdicción antigua –reiterado por el vigente art. 28 Ley 29/1998–. De cualquier forma, centrándose en los motivos de casación alegados, el Tribunal, de entrada, niega la existencia de abuso de jurisdicción e invasión de las potestades de la Administración por parte de la Audiencia, al considerar que ésta tiene competencia para revisar el acto presunto del Ministerio y declarar su validez o nulidad, dejando no obstante sin valorar el distinto juicio que posible-

mente pudieran merecer las medidas complementarias que la sentencia impugnada ordena adoptar a la Inspección de Trabajo. En cambio, con apoyo en las previsiones de los arts. 13 Ley 42/1997 y 9.2 RD 396/1996 –hoy sustituido con ligeras variaciones por el art. 9.1 RD 928/1998–, el Tribunal Supremo sí admite la alegación de falta de legitimación activa del recurrente, por comparecer éste como simple denunciante, sin ser titular de interés legítimo alguno que justifique su condición de parte procesal actora. Por esta razón, la Sentencia procede finalmente a estimar el recurso de casación y a declarar la inadmisión del recurso contencioso-administrativo:

> "la jurisprudencia reiterada de esta Sala, ha declarado que el mero denunciante no está legitimado para actuar en el proceso contencioso-administrativo, a salvo los supuestos en que aparezca de denunciante y además como titular de un interés legítimo que no es el supuesto de autos (...) Y a este respecto, si el recurrente carecía de legitimación activa, como se ha visto, para impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa la decisión de la Administración expresa o tácita, sobre la petición relativa a investigación del posible fraude en la cotización de una empresa a la Seguridad Social, es claro, que resulta obligado declarar la inadmisión del recurso contencioso-administrativo, en base entre otros a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley de la Jurisdicción antigua y 19 de la Ley 29/1998, de 13 de julio".

Ya en relación propiamente con el procedimiento administrativo sancionador, la **STS de 3 de noviembre de 2003,** Sala Tercera (recurso de casación 4896/2000), se plantea las consecuencias que puede acarrear la falta de notificación al sujeto sancionado de la propuesta de resolución sancionadora. Los hechos que dan lugar a este pronunciamiento están relacionados con la imposición de una sanción por incumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. Entre las alegaciones efectuadas por la empresa infractora se encontraba la relativa a la ausencia dentro del procedimiento administrativo del trámite anteriormente mencionado, lo que, a su juicio, debía determinar la nulidad de la sanción.

El TS, para resolver este asunto, empieza por recoger la doctrina constitucional sobre la proyección de las garantías propias del proceso penal en el procedimiento administrativo sancionador. En este sentido, la sentencia parte de recordar la aplicabilidad a las sanciones administrativas no sólo de los principios sustantivos derivados del art. 25 CE, sino también de las garantías procedimentales previstas en el art. 24 CE.

A partir de ahí, en segundo lugar, la sentencia destaca cómo entre las garantías aplicables al procedimiento administrativo sancionador se encuentra, desde luego, la de ser informado de la acusación para poder defenderse adecuadamente. Esta información comprendería los hechos atribuidos, su calificación jurídica y la propuesta de sanción. Con todo, la estricta correlación entre acusación y decisión se referiría no tanto a la calificación como a los hechos.

El apenas destacado derecho a ser informado se satisface normalmente en el procedimiento administrativo sancionador a través de la notificación de la propuesta de resolu-

ción. Aun así, el trámite en cuestión deja de ser imprescindible desde la perspectiva del cumplimiento de las garantías constitucionales cuando en un trámite anterior se notificó aquel pronunciamiento preciso; por otra parte, la lesión únicamente se entenderá producida cuando haya producido indefensión.

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, en el supuesto enjuiciado no puede estimarse que se haya producido una vulneración de los trámites procedimentales determinante de la nulidad de la sanción impuesta. Y es que, los hechos y la calificación jurídica que recogen la resolución impugnada coinciden sustancialmente con los presentes en el acta levantada por la Inspección, y respecto ésta el sujeto interesado ya había tenido la posibilidad de verter las consideraciones o alegaciones que estimase procedentes.

B) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias

a) Seguridad Social

En este apartado, de entrada hay que hacer referencia a la **STS de 24 de octubre de 2003,** Sala Tercera (recurso de casación en unificación de doctrina 1461/2000). Este pronunciamiento enjuicia la adecuación al ordenamiento de una sanción impuesta a una empresa por haber contratado un importante número de trabajadores en prácticas, superándose el límite de tres años y habiendo obtenido subvenciones o ayudas de 500.000 pesetas por contrato. Más en concreto, 41 trabajadores encadenaron un contrato en formación con otro de prácticas; 20 suscribieron dos contratos de prácticas sucesivos; finalmente, con cinco se suscribieron contratos temporales contrarios a las previsiones normativas vigentes. Posteriormente, estos contratos se convierten en indefinidos y se obtienen unas ayudas públicas. A la luz de lo anterior, la administración laboral apreció la obtención de ayudas indebidas para convertir en indefinidos contratos que, en atención a los incumplimientos reseñados, ya lo eran, pues carecían de causa de temporalidad. En consecuencia procede a sancionar a la empresa, reconduciendo la conducta al art. 28.3 de la LISOS 1988 –obtención o disfrute indebido de exenciones, bonificaciones o reducciones en las cuotas de Seguridad Social, subvenciones u otras ayudas de fomento de empleo y formación profesional–.

La empresa sostiene que la sentencia de instancia ha confirmado la sanción impuesta respecto una conducta hasta entonces valorada positivamente por los tribunales (TSJ de Navarra) que, en algún momento, habrían defendido que los contratos en formación y en prácticas constituyen un fomento del empleo y que, en todo caso, hay que diferenciar entre la conformidad a derecho de los contratos y el carácter sancionable de la conducta.

Frente a ello, el TS señala que:

> "(…) estos argumentos no pueden acogerse y se vuelven en definitiva contra la empresa recurrente, pues en la fecha en que se impone la sanción ya se había dictado la sentencia del TSJ de Navarra, la cual declara inequívocamente que la conducta es constitutiva de

infracción. Por tanto no se da contradicción ni contraste con la jurisprudencia anterior y debe entenderse que la declaración de la sentencia impugnada es conforme a la jurisprudencia".

b) Empleo y prestaciones por desempleo

Abandonando momentáneamente la jurisprudencia y descendiendo a la doctrina de suplicación, cabe destacar la **STSJ de Galicia de 9 de abril de 2003,** I.L. J 1372. Esta sentencia confirma la anulación, declarada en la instancia, de la decisión del INEM de suspender cautelarmente la percepción de la prestación de desempleo de un trabajador que compatibilizaba dicha situación con un trabajo a tiempo parcial. Para llegar a esta solución se acude al art. 221 de la LGSS, precepto que excluye el trabajo a tiempo parcial de la incompatibilidad prestación de servicios-percepción de la prestación y ordena, en tales casos, proceder a una reducción en el importe de esta última, proporcional al tiempo trabajado.

c) Migración y trabajo de extranjeros

La determinación de la cuantía litigiosa para acceder a casación, sea ordinaria o unificadora, cuando se impugnan las sanciones impuestas al empresario que contrata trabajadores extranjeros sin el preceptivo permiso de trabajo constituye el objeto de la **STS de 17 de septiembre de 2003,** Sala Tercera, I.L. J 1459. Al respecto, la sentencia mencionada recuerda que el cálculo se efectúa tomando en consideración cada una de las sanciones impuestas de manera individualizada y no de forma conjunta.

d) Salud laboral

Por lo que respecta a las sanciones en materia preventiva, por un lado, la **STS de 3 de noviembre de 2003,** se plantea si el incumplimiento por parte de una empresa de incorporar un encendido automático a una caldera, origen de un accidente grave del que derivaron distintas muertes, es constitutivo de una infracción en materia preventiva. Las dudas surgen porque la obligación en cuestión, al parecer, no se encontraría en la normativa específicamente preventiva, sino en la de carácter industrial.

El TS entiende que la imposición de la sanción resulta correcta, pues la conducta se puede reconducir al art. 48.8 LPRL –actual art. 13.10 de la LISOS–; por otra parte, el tribunal se detiene en argumentar que dicha norma no vulnera, pese a su amplitud, el principio de tipicidad, así como que la integración efectuada en la instancia del precepto con las previsiones industriales resulta correcta.

Igualmente, el tribunal también se detiene en valorar la gradación de la sanción impuesta, donde tampoco encuentra reparos a la labor efectuada en la instancia, ya que se han

aplicado de forma correcta las previsiones del art. 49.1 LPRL –vigente art. 39.3 de la LISOS–: número de trabajadores afectados; cifra de negocios de la empresa; entidad del daño, carácter permanente del riesgo.

Por otra parte, la **STS de 24 de junio de 2003,** Sala Tercera, I.L. J 928, resuelve un asunto en el que se planteaba un problema de duplicidad de sanciones ante un mismo incumplimiento normativo en materia de prevención de riesgos laborales. Este pronunciamiento ya fue objeto de comentario en la crónica anterior. Si se recuerda, los hechos enjuiciados en esta sentencia tenían como origen la extensión por parte de la Inspección de Trabajo de dos actas de infracción que fueron levantadas en la misma fecha con ocasión de dos visitas realizadas los días 4 y 13 de un mismo mes a un edificio en construcción y en las que se reflejó una misma irregularidad tipificada en el actual art. 12.16.f) LISOS –incumplimiento de la normativa en materia de protección colectiva con riesgo grave para los trabajadores–. Pues bien, el tribunal declaró que dicha duplicidad resultaba contraria al ordenamiento jurídico.

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) Seguridad Social. Impugnación de alta de oficio. B) Seguridad Social. Impugnación de actos administrativos. **3. Jurisdicción laboral. Incompetencia.** A) Territorial. Tutela del derecho a la libertad sindical. B) Trabajos realizados a título de amistad. Daños y perjuicios. C) Funcionarios públicos. Libertad sindical. D) Consultoría. Ausencia de las notas de ajeneidad y dependencia. E) Responsabilidad patrimonial de la Administración. Daños y perjuicios. F) Deportistas profesionales. Denegación de licencia federativa. **4. Conciliación extrajudicial. Reclamación previa.** A) Reclamación previa. a) Falta de contestación de la Administración. b) Congruencia con la demanda. c) Sólo cabe contra resolución que ponga fin a la vía administrativa previa. **5. Actos de comunicación procesal.** A) Citación por edictos. Archivo de la demanda. B) Defectuosa citación para los actos de conciliación y juicio. Nulidad de actuaciones. **6. Demanda. 7. Acumulación. Acciones. 8. Excepciones.** A) Inadecuación de procedimiento. Conflictos colectivos. B) Cosa juzgada. C) Caducidad. D) Prescripción. E) Falta de acción. **9. Práctica de la prueba.** A) Prueba testifical. a) Válida denegación. b) Incomparecencia de testigos. Indefensión. No existe. B) Prueba de audio. Denegación de validez probatoria. Nulidad. C) Valoración de la prueba. Corresponde en exclusiva a Jueces y Tribunales. D) Presunción de certeza. Actas e informes de la Inspección de Trabajo. **10. Sentencia.** A) Incongruencia. a) Existencia. b) Inexistencia. B) Deber de motivación. **11. Despido. Salarios de tramitación.** A) Descuentos. B) Reclamación al Estado. No cabe en supuestos de ceses ilegales de personal interino de la Administración. **12. Recurso de suplicación.** A) Acceso al recurso. a) Afectación general. b) Cuantía litigiosa. B) Improcedencia por razón de la materia. Clasificación profesional. **13. Recurso de casación para la unificación de doctrina. Requisitos de la contradicción. 14. Recurso de revisión.** A) Maquinación fraudulenta. B) Plazo para interponerlo. **15. Recurso de amparo. Agotamiento vía judicial ordinaria.**

16. Ejecución de sentencia. A) Devengo de intereses. B) Salarios de tramitación. C) Cumplimiento de las sentencias en sus propios términos. **17. Costas. 18. Temeridad y mala fe.**

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 5 a 8 (ambos inclusive) del año 2003 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) Seguridad Social. Impugnación de alta de oficio

Aplicando la doctrina sentada por el TS, Sala Cuarta, en su Auto de 27 de marzo de 1998, la **STS de 8 de julio de 2003,** Sala Cuarta, I.L. J 1273, reconoce la competencia del orden social para impugnar las altas de oficio realizadas por la TGSS por entender que "(...) no se trata de una materia relativa a la gestión recaudatoria de la Seguridad Social, sino de la inclusión o exclusión del Sistema de la Seguridad Social (...)".

B) Seguridad Social. Impugnación de actos administrativos

La STS de 19 de noviembre de 2002, dictada en unificación de doctrina, declaró que el orden social es competente para conocer de las impugnaciones de actos administrativos de la Seguridad Social que se fundamentan en infracciones de normas del procedimiento administrativo. Esta doctrina es recogida por la **STSJ de La Rioja de 2 de mayo de 2003,** I.L. J 1434. En relación con la competencia del orden social para conocer de la impugnación de una resolución del INSS sobre la obligación de los actores de abonar el capital coste del incremento de la pensión de jubilación, las **SSTS de 8 y 24 de octubre de 2003,** ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 1490 y 1515, ordenan la devolución de las actuaciones a la Salas de procedencia para que resuelvan la suplicación formulada por los actores, por cuanto el objeto de la *litis* es decidir si los demandantes tienen o no la obligación de abonar el citado capital coste, y tal circunstancia para el TS es de neto carácter jurídico social y, por lo tanto, de la competencia del orden social al no poder incardinarse en ninguno de los supuestos excepcionados por el artículo 3 LPL.

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

A) Territorial. Tutela del derecho a la libertad sindical

La **STSJ de Aragón de 8 de mayo de 2003,** I.L. J 834, establece con rotundidad que en aquellos supuestos en los que la acción iniciada no tenga proyección territorial alguna,

el órgano competente en la instancia queda residenciado, conforme a lo establecido en el artículo 6 LPL, en el correspondiente Juzgado de lo Social de la ciudad en la que se haya producido la lesión denunciada. En este sentido, se establece que esa dimensión territorial no puede identificarse con los límites territoriales del Sindicato accionante, ni siquiera con los relativos al órgano de la Administración codemandado.

B) Trabajos realizados a título de amistad. Daños y perjuicios

> "(...) Si se acepta que la tarea que asume el trabajador lo es al margen de su trabajo y fuera de la jornada laboral, se está constatando que la misma se hizo a título de amistad, benevolencia o buena vecindad y por tanto de forma independiente de la relación laboral y por ello ningún deber de prevención de riesgos se ha incumplido por el empresario (...). La consecuencia de cuanto antecede no puede ser otra que la declaración de incompetencia del orden jurisdiccional social por cuanto la causa en que se funda la indemnización no radica en la infracción de ninguna norma laboral (...)". Así de rotunda se manifiesta la **STSJ de Asturias de 4 de abril de 2003,** I.L. J 1216.

C) Funcionarios públicos. Libertad sindical

La **STSJ de Madrid de 28 de marzo de 2003,** I.L. J 1212, declara la incompetencia del orden social para conocer de la pretensión sobre nulidad de la revocación del mandato de unos delgados de personal acordada por la asamblea de funcionarios. Tal decisión se apoya en el artículo 3 LPL que excluye expresamente de dicha competencia, la libertad sindical de los funcionarios y todas sus manifestaciones, acción sindical, derechos y garantías.

D) Consultoría. Ausencia de las notas de ajeneidad y dependencia

La **STSJ de Madrid de 6 de marzo de 2003,** I.L. J 1192, examina un caso en el que el objeto de la relación entre la partes era la prestación de servicios de asistencia técnica. Se aprecia la excepción de falta de jurisdicción alegada por las empresas demandadas, en tanto no quedó acreditado que el actor se encontrase dentro del ámbito organicista, rector y disciplinario del empleador, al carecer la empresa demandada de facultades para dirigir, contratar o supervisar la actividad profesional del actor.

E) Responsabilidad patrimonial de la Administración. Daños y perjuicios

Haciendo referencia a una sentencia anterior de 8 de abril de 2002, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 18 de junio de 2003,** I.L. J 1106, ante la petición de una indemnización por daños y perjuicios contra el INSALUD por los perjuicios derivados de la incorporación tardía del actor a su plaza, tras finalizar el período de excedencia voluntaria, declara que la competencia para conocer de la pretensión formulada no corresponde al orden jurisdiccional social, por cuanto a partir de la Ley 29/1998, de 13 de julio, toda responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas se atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa.

F) Deportistas profesionales. Denegación de licencia federativa

En el supuesto enjuiciado se pretendía la nulidad radical de la resolución de la Federación Española de Baloncesto que denegó la condición de jugador comunitario del actor, y el abono de una indemnización en concepto de resarcimiento de daños y perjuicios. La **STS de 6 de octubre de 2003,** Sala Cuarta, I.L. J 1479, declara que la concesión de una licencia deportiva es un acto administrativo realizado por un organismo en el que la Administración ha delegado su potestad y función pública, de manera que de acuerdo a lo establecido en el artículo 3.c) LPL, el control jurisdiccional sobre dicha controversia corresponde al orden contencioso-administrativo.

4. CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL. RECLAMACIÓN PREVIA

A) Reclamación previa

a) Falta de contestación de la Administración

De acuerdo con lo establecido en el artículo 72.2 LPL, la Administración demandada no puede fundar su oposición a la demanda con alegaciones de hechos que no consten en el expediente administrativo. Así lo declara la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 24 de julio de 2003,** I.L. J 1165.

b) Congruencia con la demanda

La **STSJ de Madrid de 26 de febrero de 2003,** I.L. J 1189, entiende que no existe incongruencia entre la reclamación administrativa previa y la demanda en aquellos casos en los que los supuestos nuevos hechos alegados en la demanda ya se recogían implícitamente en la reclamación previa y constan en el expediente administrativo. Para el TSJ de Madrid la exigencia del principio de congruencia establecido en el artículo 72 LPL no puede cercenar el derecho a la tutela judicial efectiva.

c) Sólo cabe contra resolución que ponga fin a la vía administrativa previa

De acuerdo con la doctrina unificada por las SSTS de 9, 14 y 15 de julio de 2003, las **SSTS de 14 y 15 de octubre y 5 de noviembre de 2003,** todas de la Sala Cuarta, I.L. J 1506, 1507 y 1532, declaran que la interposición de la reclamación previa no procede contra actos de instrucción o trámite del INSS, por cuanto la misma sólo cabe interponerla frente a una resolución o acuerdo que ponga fin a la vía administrativa. A estos efectos, el TS define como resolución "(...) aquel acto cualificado de fondo y forma que pone fin al procedimiento administrativo (...)".

5. ACTOS DE COMUNICACIÓN PROCESAL

A) Citación por edictos. Archivo de la demanda

Las **SSTSJ de Castilla y León (Burgos) de 10 y 11 de junio de 2003,** I.L. J 920, 921 y 1091, ratifican la decisión adoptada por los magistrados *a quo* de archivar cada una de las demandas por no facilitar los actores los domicilios de las partes demandas y ello pese a tener, en opinión del TSJ, aquellos elementos suficientes para facilitar al juzgado de instancia los mencionados datos. Dicha decisión se fundamenta en la doctrina del TC (STC 304/1994, FJ 2º) que mantiene que la notificación por edictos tiene una función excepcional de suerte que sólo será admisible cuando "(...) una vez intentada la comunicación utilizando los medios razonables, no conste el domicilio del interesado o se ignore su paradero (...)".

B) Defectuosa citación para los actos de conciliación y juicio. Nulidad de actuaciones

La **STSJ de Cataluña de 11 de junio de 2003,** I.L. J 1126, declara la nulidad de las actuaciones practicadas desde el momento de la citación para la celebración de los actos de conciliación y juicio, puesto que, aún cuando la citación pudiera entenderse formalmente correcta, en el supuesto de hecho concurrieron una serie de circunstancias conexas de las que razonablemente se puede deducir que ninguno de los codemandados tuvo conocimiento de la celebración de los actos de conciliación y juicio para el día y la hora acordados.

6. DEMANDA

La **STSJ de Murcia de 26 de mayo de 2003,** I.L. J 910, declara que el planteamiento genérico de la demanda interpuesta produce la nulidad de actuaciones desde la providencia inicial de admisión a trámite de la misma. Por el contrario, la **SAN de 25 de abril de 2003,** Sala de lo Social, I.L. J 1351, entiende que pese a lo sucinto de la demanda planteada, los demandados podrían haber defendido plenamente su postura procesal, sin estar constreñidos por limitaciones derivadas de la demanda, por lo que no aprecia vicio alguno que provoque indefensión.

7. ACUMULACIÓN. ACCIONES

La **STS de 8 de julio de 2003,** Sala Cuarta, I.L. J 1288, declara la posibilidad de dirimir en un procedimiento de despido la existencia de una alegada cesión ilegal de trabajadores, dado que ello debe ser considerado como una cuestión previa, de la que "(...) es necesario decidir, por mandato del artículo 4.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, para establecer las consecuencias del despido (...)", y sin que en ningún caso ello suponga una acumulación indebida de acciones prohibida por dicha norma. La **STSJ de Cataluña de 5 de junio de 2003,** I.L. J 1115, señala que no es posible acumular a la acción de despido la reclamación de daños y perjuicios causados por él y valorados de forma inde-

pendiente a la indemnización legalmente prevista al efecto, siendo preciso instar un procedimiento *ad hoc*.

8. EXCEPCIONES

A) Inadecuación de procedimiento. Conflictos colectivos

La **STS de 7 de abril de 2003,** Sala Cuarta, I.L. J 1057, estima el recurso planteando por la representación de los trabajadores entendiendo que en la demanda planteada concurren los elementos subjetivo y objetivo para que el conflicto goce de trascendencia colectiva, por lo que el procedimiento a seguir es el de conflicto colectivo. La **STS de 18 de julio de 2003,** Sala Cuarta, I.L. J 1269, aprecia la excepción planteada por cuanto el conflicto afecta a trabajadores individuales y no, bien a un grupo genérico que cumpla con los requisitos subjetivo y objetivo requeridos, bien a un colectivo que supere los umbrales cuantitativos definidos en el artículo 41 ET. La **SAN de 18 de marzo de 2003,** Sala de lo Social, I.L. J 1348, declara la inadecuación de procedimiento por un doble motivo: en primer lugar, por la falta de trascendencia colectiva del conflicto de acuerdo con los criterios jurisprudenciales existentes en la materia, y en segundo lugar, por cuanto el proceso de conflicto colectivo es inadecuado cuando puedan estar "(...) implicados singularmente en el litigio trabajadores participantes en el concurso (...)" objeto de impugnación, cuestión que ya había sido resuelta en idéntico sentido por esta Sala.

B) Cosa juzgada

La **STSJ de Navarra de 27 de julio de 2003,** I.L. J 1261, señala que la excepción de cosa juzgada no puede apreciarse para que "(...) la declaración de hechos efectuada en un procedimiento de calificación de accidente como laboral vincule a la acción de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad en un proceso posterior (...)", por cuanto no concurren las identidades requeridas entre ambos y, en caso contrario, se conculcaría la libertad de apreciación de la prueba y el carácter singular de la eficacia de las sentencias. Por el contrario, la **STS de 9 de octubre de 2003,** Sala Cuarta, I.L. J 1495, señala que el control de las identidades exigidas por el derogado artículo 1252 del Código Civil, "(...) no pueden ser exigidas de una forma rígida y literal, sino que es preciso atender a su esencia fundamental y a la finalidad que con las respectivas acciones se persigue (...)". En consecuencia, pese a declarar que no existe una identidad total subjetiva, ni de objeto ni de acciones, sí que existe de causa de pedir, por lo que el TS aprecia la excepción planteada. En la **STC 163/2003, de 29 de septiembre** (recurso de amparo 579/1999), I.L. J 1294, se declara que el efecto positivo de la institución de la cosa juzgada permite garantizar el respeto a las resoluciones judiciales firmes, y la intangibilidad de las situaciones en ella declaradas, siendo una consecuencia directa del principio de tutela judicial efectiva. Por ello, el reconocimiento de un incremento porcentual en la retribución de los actores debió ser tenido en cuenta en el proceso posterior de recla-

mación de cantidades, sin poderse cuestionar el mismo de nuevo. Otras sentencias que han resuelto cuestiones sobre la cosa juzgada son la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 18 de junio de 2003,** I.L. J 1105, y la **STSJ de Asturias de 2 de mayo de 2003,** I.L. J 1425, ambas en procedimientos relacionados con prestaciones de la Seguridad Social.

C) Caducidad

La **STS de 25 de septiembre de 2003,** Sala Cuarta, I.L. J 1447, en un procedimiento en materia prestacional declara que "(...) el transcurso del plazo establecido en el artículo 71 de la LPL sin interponer demanda no produce la caducidad del derecho sino sólo la caducidad de la instancia, que puede ser reiniciada en momento posterior, mientras el derecho sustantivo permanezca vivo (...)". En análogo sentido resuelven las **SSTSJ de Canarias (Las Palmas) y Valencia de 5 y 19 de febrero de 2003,** I.L. J 1366 y 1331. La **STSJ de Cataluña de 17 de junio de 2003,** I.L. J 1133, señala que en los procedimientos en los que se designe un abogado de oficio, "(...) el cómputo del plazo de caducidad se reanudará al día siguiente a aquél en que el trabajador reciba la notificación de la designación, con independencia de que le haya llegado o no al abogado correspondiente (...)".

D) Prescripción

Las **SSTS de 30 de junio y 6 de octubre de 2003,** ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 1527 y 1473, resuelven en sendos procedimientos en materia de devolución de prestaciones de la Seguridad Social indebidamente percibidas. Ambas declaran que a partir de 1 de enero de 1998, y por aplicación de la Ley 66/1997, la regla de la prescripción quinquenal ha de aplicarse con independencia de la causa que originó la percepción indebida, incluso si fue consecuencia de error cometido por la entidad gestora. Sin embargo, el TS matiza que respecto a las deudas devengadas con anterioridad a la entrada en vigor de dicha norma se puede seguir aplicando la excepción de equidad apreciada jurisprudencialmente. La **STSJ de Navarra de 30 de junio de 2003,** I.L. J 1262, señala que el *dies a quo* para la decisión sancionadora empresarial en conductas continuadas llevadas a cabo con un elemento esencial de ocultación, no se inicia hasta que la empresa tiene un adecuado conocimiento de los hechos cometidos.

E) Falta de acción

La **STSJ de Cataluña de 30 de junio de 2003,** I.L. J 1137, aprecia la excepción de falta de acción en el procedimiento instado por los padres de un trabajador para la declaración del carácter laboral del accidente de tráfico sufrido por el mismo y que le causó la muerte. El Tribunal aprecia que "(...) la acción ejercitada no plantea en absoluto un interés actual ni siquiera preventivo (...)", siendo una "(...) pretensión inútil y sin trascendencia alguna dentro de la esfera de intereses de aquéllos (...)".

9. PRÁCTICA DE LA PRUEBA

A) Prueba testifical

a) Válida denegación

La **STSJ de La Rioja de 1 de abril de 2003,** I.L. J 1241, resuelve un recurso de suplicación en el que la recurrente solicita la nulidad de la sentencia y la reposición de los autos al momento anterior al acto de la vista oral, y ello porque el juez de instancia no admitió la prueba de dos de los testigos propuestos (hijo y esposo de la actora) alegándose indefensión por tal motivo. El TSJ declara que no se trata en este caso de un supuesto en el que se haya admitido una prueba y, posteriormente, se haya denegado su práctica "(...) sino que el Juzgador *a quo*, en uso de la facultad discrecional que le atribuye el artículo 92.1 de la Ley de Procedimiento Laboral únicamente ha limitado el número de testigos que habían de deponer en el acto del Juicio Oral (...) por lo que de ningún modo se ha causado indefensión a la recurrente (...)".

b) Incomparecencia de testigos. Indefensión. No existe

La **STSJ de Galicia de 22 de abril de 2003,** I.L. J 1376, analiza la posible nulidad de la sentencia de instancia por no haber accedido el Juzgador a suspender el acto de la vista ante la incomparecencia de los testigos admitidos por providencia. El TSJ declara que no existe indefensión porque para que la falta de actividad probatoria pueda traducirse en dicha vulneración, la prueba debe ser decisiva para la defensa, "(...) lo que implica no sólo la relevancia objetiva del medio de prueba sino que el recurrente acredite ese carácter decisivo, lo que no acontece en el supuesto que nos ocupa (...)".

B) Prueba de audio. Denegación de validez probatoria. Nulidad

En un proceso por despido, la sentencia de instancia declara la improcedencia del mismo, básicamente porque la empresa no acreditó los hechos imputados en la carta de despido. El Juzgador de instancia no concedió a la prueba de audio aportada por la empresa ninguna validez, porque quienes supuestamente participaron en las conversaciones grabadas no reconocieron sus voces. La empresa recurre en suplicación y la **STSJ de Valencia de 13 de febrero de 2003,** I.L. J 1328, declara que no haberle dado validez a dicha prueba de audio vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, pues dicha prueba era esencial para acreditar los hechos imputados en la carta de despido, máxime teniendo en cuenta que el Juzgador *a quo* no realizó ninguna prueba complementaria para verificar la certeza de lo alegado por la empresa, quien igualmente aportó a los autos un informe pericial tendente a acreditar que las grabaciones no estaban manipuladas.

C) Valoración de la prueba. Corresponde en exclusiva a Jueces y Tribunales

Con cita de las SSTC 175/1985, de 15 de febrero, 44/1989, de 20 de febrero y 24/1990, de 15 de febrero, la **STSJ de Valencia de 17 de enero de 2003,** I.L. J 1308, declara que corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales "(...) ponderar los distintos elementos de prueba y valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo (...)". En definitiva, siempre que la apreciación de la prueba sea razonada, el órgano de instancia es soberano en esta cuestión, al amparo de lo establecido en el artículo 97.2 LPL.

D) Presunción de certeza. Actas e informes de la Inspección de Trabajo

La **STSJ de Asturias de 30 de mayo de 2003,** I.L. J 1416, estima que, aunque los hechos que se hacen constar en las actas e informes de la Inspección de Trabajo gozan de presunción de certeza, si existieran otras pruebas de significado distinto, el Juzgador puede formar su convicción en base a estas últimas. Por ello, aquellos informes y actas se someten a examen igual que el resto de medios de prueba, imponiéndose su presunción de certeza cuando "(...) no existen otras pruebas que contradigan los hechos en ellas referidos (...)".

10. SENTENCIA

A) Incongruencia

a) Existencia

La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 27 de febrero de 2003,** I.L. J 948, analiza el recurso de suplicación formulado contra una sentencia que desestimó una reclamación de invalidez absoluta. En la demanda sólo se solicitaba ese grado de invalidez, pero en el acto de juicio se solicitó subsidiariamente la Incapacidad Permanente Total. En la instancia se desestima la demanda y se razona que no puede ser tenida en cuenta la petición subsidiaria introducida en el acto de juicio porque ante ella no pudo pronunciarse el INSS. Sin embargo, citando expresamente las SSTS de 14 de junio de 1996 y de 11 de diciembre de 2000, el TSJ estima la suplicación y declara la nulidad de la sentencia para que se dicte otra que entre a valorar la petición subsidiaria, y ello por cuanto dicha petición no supone un hecho nuevo ni variación substancial de la demanda, sino reconocer un grado de invalidez inferior al solicitado de forma principal "(...) sin que por ello se genere incongruencia procesal ni genere indefensión a la gestora, que obviamente debe conocer las patologías del actor por cuanto que ha instruido el oportuno expediente (...)". En otro procedimiento de reconocimiento de incapacidad, la **STS de 18 de julio de 2003,** Sala Cuarta, I.L. J 1270, declara la incongruencia de la sentencia de suplicación, pues denegándose la Incapacidad Permanente Total pretendida de forma principal por la parte actora, nada dice sobre la Incapacidad Permanente Parcial que había sido solicitada en la demanda de forma subsidiaria. También la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 25 de julio de 2003,** I.L. J 1166, acoge la pretensión de incongruencia de la sentencia de ins-

tancia en una demanda por despido. En este supuesto el actor reclamaba en la demanda la nulidad de la extinción por causas objetivas [artículo 52.c) ET], por cuanto en el momento de la entrega de la carta de despido la empresa no puso a su disposición la indemnización legal correspondiente por supuesta falta de liquidez, lo que habría de ser probado por la empresa. Como quiera que la sentencia no hace mención alguna a dicha alegación, ni consta dato alguno en los hechos probados para resolver tal cuestión, el TSJ declara que la sentencia se ha dictado sin dar respuesta a un punto de carácter trascendental, incurriendo por tanto en incongruencia omisiva, procediendo, en consecuencia, declarar su nulidad. También la **STS de 19 de septiembre de 2003,** Sala Cuarta, I.L. J 1542, declara la incongruencia omisiva de la sentencia de instancia pues la misma, no sólo no se pronunció sobre las excepciones procesales alegadas por la demandada, sino que omitió cualquier alusión a las mismas, excluyéndose de este modo que pueda entenderse que dicha omisión fuera una desestimación implícita o tácita de las mismas. En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de La Rioja de 2 de mayo de 2003,** I.L. J 1434.

b) Inexistencia

La **STSJ de Madrid de 20 de marzo de 2003,** I.L. J 1208, analiza un supuesto en el que la entidad recurrente tilda de incongruente la sentencia de instancia en la que se declara la vulneración de determinados derechos fundamentales del trabajador demandante. En el Fundamento de Derecho Quinto, la sentencia de suplicación se remite a la jurisprudencia del TS y la doctrina del TC relativa al principio de congruencia, para concluir que ésta existirá cuando se evidencie un desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que se planteó el debate, "(...) pronunciándose un fallo extraño a las recíprocas pretensiones de las partes (...)". El TSJ entiende que no existe incongruencia en la sentencia recurrida, aun cuando la misma declare la lesión de una serie de derechos fundamentales, no siéndolo todos ellos, por no implicar esta cuestión "(...) una extralimitación ni una variación del *thema decidendi*, pues no es más que una conclusión jurídica que la Juzgadora obtuvo de los hechos aportados al proceso y probados en el juicio (...)". Por su parte, también la **STS de 12 de mayo de 2003,** Sala Cuarta, I.L. J 1066, valora el vicio de incongruencia alegado por las empresas recurrentes contra la sentencia dictada en la instancia por la Audiencia Nacional en conflicto colectivo interpuesto por las mismas relativo a un Plan de Pensiones. Con cita expresa de las SSTC 87/1984 y 85/1986, el TS rechaza el planteamiento de las recurrentes por cuanto la sentencia recurrida, (i) razona el fallo, aunque sea en grado mínimo, y (ii) da respuesta plena a los problemas planteados, acogiendo favorablemente las dos pretensiones formuladas en la demanda. El Fundamento de Derecho Primero de la **STSJ de Navarra de 30 de abril de 2003,** I.L. J 1239, declara que no existe la incongruencia omisiva alegada por el sindicato demandante porque no es la interpretación de un precepto la pretensión formulada, sino una concreta declaración a la que sí se ha contestado en la instancia. Esta sentencia resulta de interés por precisar la doctrina constitucional sobre la interpretación del vicio de incongruencia. Para la **STSJ de Valencia de 20 de enero de 2003,** I.L. J 1310, no existe incongruencia omisiva en una sentencia que no expresa formalmente en el fallo la absolución de una de las demandadas, al ser evidente dicha absolución estando la recurrente deman-

dada y no condenada, e incluirse en la sentencia razonamientos relativos a tal absolución. Otro ejemplo de inexistencia de incongruencia omisiva lo encontramos en la **STSJ de Galicia de 22 de abril de 2003,** I.L. J 1376.

B) Deber de motivación

La **STSJ de Cantabria de 19 de febrero de 2003,** I.L. J 966, recuerda en su Fundamento de Derecho Segundo la doctrina constitucional sobre el deber de motivación de las sentencias, con cita de múltiples sentencias del TC. En la doctrina constitucional también se basa la **STSJ de Valencia de 4 de marzo de 2003,** I.L. J 1341, que anula la sentencia de instancia por falta de motivación y declara que este deber cumple una doble función: (i) dar a conocer los razonamientos que conducen al fallo y (ii) facilita el control de la sentencia mediante los recursos que procedan. En consecuencia, la motivación de las sentencias tiene que ser suficiente y no puede consistir en una mera declaración de conocimiento o en una manifestación de voluntad, por cuanto ello sería contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

11. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

A) Descuentos

El actor solicitó situarse en excedencia por cuidado de hijo y, sin esperar a que su empleadora confirmara dicha solicitud, no acudió a trabajar a partir de una determinada fecha. La empresa le despide por abandono del puesto de trabajo, despido que fue considerado improcedente en la instancia condenándose a la demandada a optar entre readmitir al trabajador, quien además seguiría disfrutando del período de excedencia durante el plazo solicitado, o a indemnizarle, con abono en ambos casos de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la fecha de notificación de la sentencia. La empresa demandada, que opta expresamente por la readmisión, recurre en suplicación dicha sentencia respecto de la condena a los salarios de tramitación, alegando que nada puede adeudarse por dicho concepto en la medida en que el actor disfruta de una situación de excedencia desde antes de la fecha de despido (cesando pues la recíproca obligación de la prestación laboral y devengo de retribución) y, además, porque la empresa ha tenido conocimiento de que el actor está prestando servicios para otra empleadora. La **STSJ de Extremadura de 4 de marzo de 2003,** I.L. J 1013, desestima el recurso formulado habida cuenta que las alegaciones que se plantean por la empresa en trámite de suplicación no fueron alegadas en la instancia, impidiéndose por tanto a la parte actora la posibilidad de combatir tales alegaciones y al juez *a quo* tratar debidamente la cuestión en la sentencia que se impugna.

B) Reclamación al Estado. No cabe en supuestos de ceses ilegales de personal interino de la Administración

La **STSJ de Valencia de 9 de enero de 2003,** I.L. J 1302, declara que la responsabilidad patrimonial del Estado respecto de los salarios de tramitación tiene como presupuesto la existencia de un despido declarado improcedente, por lo que no tienen cabida los casos

de ceses ilegales del personal interino (en este caso, de la Consejería de Sanidad de la Generalidad Valenciana) que conllevan la reincorporación en todo caso al trabajo.

12. RECURSO DE SUPLICACIÓN

A) Acceso al recurso

a) Afectación general

Las **SSTS de 17 de mayo de 2003,** Sala Cuarta, I.L. J 814 y 815, sintetizan la doctrina del TS sobre la afectación general, que debe ser alegada y probada por las partes en el proceso de instancia como requisito de admisión de recursos de suplicación. Reiterando y desarrollando esta doctrina, destacan igualmente las **SSTS de 12 de marzo, 19 y 26 de mayo y 28 de julio de 2003,** todas de la Sala Cuarta, I.L. J 1055, 816, 1061, 1282, respectivamente. En esta misma materia, las **SSTS de 16 de julio y de 15 de octubre de 2003,** Sala Cuarta, I.L. J 1267 y 1508, respectivamente, establecen que la regla sobre la recurribilidad en suplicación de las sentencias que resuelven litigios que tienen afectación general es inequívoca, por lo que no constituye una excepción a esta regla que la Sala de suplicación haya establecido ya criterio sobre la cuestión debatida, por lo que el cierre del recurso en atención a esta circunstancia es una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Por su parte, las **SSTS de 6 de octubre de 2003,** Sala Cuarta, I.L. J 1477 y 1486, así como las **SSTS de 9 de octubre de 2003,** Sala Cuarta, I.L. J 1492 y 1494, respectivamente, se refieren a la notoriedad de la afectación general, concluyendo que la notoriedad del artículo 189.1.b) LPL no puede ser la "notoriedad absoluta y general" de que habla el artículo 281.4 LEC, pues ello equivaldría a convertirla en una exigencia inútil y ociosa, que vaciaría de contenido el concepto y lo haría inoperante. La idea de notoriedad debe ser, por tanto, más flexible y matizada, bastando para su apreciación la propia naturaleza de la cuestión debatida o la existencia de otros procesos con iguales pretensiones. En esta misma sentencia se concluye, además, que la apreciación de la afectación general es una materia de competencia funcional que puede ser examinada de oficio por la Sala *ad quem*.

b) Cuantía litigiosa

De conformidad con la **STSJ de Cantabria de 20 de marzo de 2003,** I.L. J 1186, no toda sentencia dictada en materia de Seguridad Social tiene acceso directo al recurso de suplicación, que está reservado para aquellas que versen acerca del derecho a obtener prestaciones; pero si la controversia no se refiere a la prestación propiamente dicha sino a la cuantía de la misma, rige el principio de que lo pedido debe ser superior a los 1.803,04 euros en cómputo anual. Utilizando el mismo argumento, las **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 28 de marzo de 2003 y de 5 de mayo de 2003,** I.L. J 1000 y 1040, inadmiten la suplicación por razón de la cuantía, al reclamarse diferencias en la base regula-

dora de una pensión de incapacidad y de jubilación, respectivamente, inferiores a la referida cantidad.

B) Improcedencia por razón de la materia. Clasificación profesional

La **STS de 18 de julio de 2003,** Sala Cuarta, I.L. J 1272, reiterando la doctrina contenida en numerosas sentencias de casación, considera que cuando la pretensión se refiera únicamente a la materia de clasificación profesional, por tener como precedente el proceso en que se reconoció al trabajador la categoría allí solicitada, la sentencia no puede recurrirse en suplicación. Por el contrario, la **STS de 6 de octubre de 2003,** Sala Cuarta, I.L. J 1481, estima que sí procede el recurso en un tema de clasificación profesional, por cuanto la reclamación de la trabajadora no dependía sólo de las actividades laborales realizadas, sino también de la interpretación que se debía dar a determinados preceptos del convenio colectivo aplicable.

13. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA. REQUISITOS DE LA CONTRADICCIÓN

Las **SSTS de 21 y 22 de julio, y de 6 y 27 de octubre de 2003,** todas de la Sala Cuarta, I.L. J 1274, 1275, 1279, 1471 y 1517, respectivamente, establecen que la necesidad de contradicción que regula el artículo 217 LPL exige que las resoluciones que se aportan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que exista una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales; aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación se haya llegado a esa diversidad de decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones substancialmente iguales". Además, dicha contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas, al margen de la identidad de controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales. Por su lado, la **STS de 26 de mayo de 2003,** Sala Cuarta, I.L. J 1068, afirma que la comparación entre sentencias debe realizarse en función de los hechos probados, no en atención a los fundamentos jurídicos.

14. RECURSO DE REVISIÓN

A) Maquinación fraudulenta

La **STS de 16 de mayo de 2003,** Sala Cuarta, I.L. J 810, estimó el recurso de revisión al apreciar la concurrencia, por parte del trabajador, de maquinación fraudulenta en orden a la determinación del domicilio de la empresa, pues indicó un domicilio de ésta distinto del verdadero, a pesar de conocerlo exactamente, pues constaba en su contrato de trabajo y en las hojas de salario, lo que provocó indefensión a la empresa, que no pudo ser oída ni defenderse en el juicio. En idéntico sentido se pronuncia la **STS de 22 de mayo de 2003,** Sala Cuarta, I.L. J 819. Por el contrario, la **STS de 26 de mayo de 2003,** Sala Cuarta, I.L. J 1071, desestima el recurso, al entender que el domicilio que se hizo cons-

tar en la demanda por los actores era el que aparecía en los contratos de trabajo y las nóminas, siendo la empresa quien debe actuar diligentemente si *a posteriori* modifica su domicilio comunicando dicho cambio para así recibir las notificaciones pertinentes.

B) Plazo para interponerlo

La **STS de 10 de octubre de 2003,** Sala Cuarta, I.L. J 1497, desestima el recurso de revisión por haber transcurrido el plazo de caducidad de tres meses desde el conocimiento de los documentos decisivos hasta su interposición; la demandante no sólo no ha acreditado, como era su carga procesal, el momento en que tuvo conocimiento de dichos documentos recobrados, sino que de los documentos obrantes en el procedimiento se desprendía lo contrario.

15. RECURSO DE AMPARO. AGOTAMIENTO VÍA JUDICIAL ORDINARIA

La **STC 163/2003, de 29 de septiembre**, (recurso de amparo 579/1999), I.L. J 1294, acoge el amparo solicitado por los trabajadores recurrentes en un procedimiento de reclamación de derechos. Este recurso tiene su origen en otro procedimiento en el que los actores reclamaron el derecho a percibir un incremento salarial según el IPC aplicable en un determinado ejercicio. Esta sentencia estimó su pretensión y devino firme, por lo que posteriormente, los actores reclamaron las diferencias salariales correspondientes a ejercicios siguientes, considerando que los incrementos sucesivos debían calcularse sobre las cantidades incrementadas según había declarado la primera sentencia. En la instancia se estimó su pretensión. Sin embargo, el TSJ admitió el recurso de suplicación interpuesto por la empresa, negando que la primera sentencia tuviese efectos de cosa juzgada. El TC estima el recurso de amparo, al entender que la sentencia del TSJ quiebra el efecto positivo de la cosa juzgada y lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva. En esta ocasión, el TC estima que se ha cumplido el requisito del agotamiento de la vía judicial previa, al ser la cuestión fundamental que plantean los recurrentes la atinente a la eficacia de la cosa juzgada, y no el vicio de incongruencia que reprochaban los actores a la sentencia del TSJ, pues en este caso, sí debían haber promovido contra la misma el incidente de nulidad de actuaciones previsto en el artículo 240.3 LOPJ. Por su parte, la **STC 196/2003, de 27 de octubre,** (recurso de amparo 1302/2002), I.L. J 1535, analiza la demanda de amparo contra una sentencia de suplicación, por no haber resuelto peticiones subsidiarias de la demandante debido a un error patente en la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia. Sin perjuicio del fondo del asunto, el TC examina en primer lugar si existe una causa de inadmisibilidad por no haberse agotado la vía judicial previa. En este supuesto el TC estima que no puede entenderse acreditada la procedencia y posibilidad real y efectiva de interponer el recurso de casación para unificación de doctrina (citando al efecto las SSTC 210/1994, 183/1998 y 5/1999), al no existir sentencias de contraste que amparen dicho recurso extraordinario, por lo que se descarta la falta de agotamiento de la vía judicial previa.

16. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

A) Devengo de intereses

La **STSJ de Andalucía (Granada) de 20 de mayo de 2003,** I.L. J 850, reitera que en el caso de condena de las Administraciones Públicas (en este caso, una Consejería autonómica), la obligación de pagar intereses por mora nace siempre al cumplirse tres meses desde la notificación de la sentencia de instancia. Sin embargo, la **STSJ de Cataluña de 22 de mayo de 2003,** I.L. J 884, entiende que el anterior privilegio sólo es aplicable al Estado y los organismos autónomos, que integran el concepto de Hacienda Pública a efectos de la Ley Presupuestaria, por lo que los Ayuntamientos no gozan del mismo. Por su parte, la **STS de 24 de septiembre de 2003,** Sala Cuarta, I.L. J 1292, establece que el Servicio Andaluz de Salud, en su condición de Entidad gestora de la Seguridad Social y de organismo integrado en la Hacienda Pública andaluza, está exento de abono de los intereses de demora previstos en el artículo 921.4 de la LEC 1881, doctrina unificada que actualmente encuentra apoyo en el vigente artículo 576.3 de la LEC de 2000. En consecuencia, la sentencia concluye que el interés de demora a abonar en el caso enjuiciado es el legal del dinero sin incremento alguno.

B) Salarios de tramitación

La **STSJ de Madrid de 1 de abril de 2003,** I.L. J 1386, declara que la ley no autoriza, en la ejecución del fallo que condena a abonar salarios de tramitación, la deducción íntegra de los días en los que se ha percibido la prestación por desempleo, pero sí de las cantidades totales abonadas por el INEM por esa contingencia, siempre y cuando la empresa acredite su ingreso en la entidad gestora, como parte integrante de la ejecución de la sentencia.

C) Cumplimiento de las sentencias en sus propios términos

La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 27 de mayo de 2003,** I.L. J 906, recoge la doctrina de la Sala de lo Social del TS relativa a que las sentencias se deben ejecutar en sus propios términos, sin que sea posible introducir, en trámite de ejecución, cuestiones nuevas para rectificar errores que se hayan producido, pues ello vulneraría el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. En el mismo sentido, aplicando esta doctrina a un supuesto de ejecución de sentencia por despido nulo que obligaba a la empresa, por tanto, a la readmisión del trabajador, se pronuncia la **STSJ de Madrid de 1 de abril de 2003,** I.L. J 1387.

17. COSTAS

La **STSJ de Cataluña de 6 de junio de 2003,** I.L. J 1117, condena en costas al INSS, por incurrir en temeridad, ya que las Entidades Gestoras gozan del beneficio de justicia gratuita, pero dejando a salvo que se incida en temeridad o mala fe. Según el TSJ "(...) su recalcitrante posicionamiento y el demorar sucesivamente el cumplimiento de las resoluciones (...)" debe llevar a su condena en costas por el referido motivo.

18. TEMERIDAD Y MALA FE

La **STSJ de Extremadura de 15 de marzo de 2003,** I.L. J 1019, revoca la sanción por temeridad impuesta por el juzgador *a quo* porque si bien éste ha motivado suficientemente su imposición, la Sala no comparte las razones dadas para ello, ya que la principal, que era la dilación del procedimiento, vino motivada por la anulación de las actuaciones ordenada por la Sala para que se completara la demanda con unos datos que parecían necesarios para resolver la *litis*, posibilidad expresamente contemplada en el proceso laboral, habida cuenta de que en él no es preceptiva la intervención de profesionales que asistan a las partes, pudiendo ocurrir que la necesidad de subsanación se aprecie una vez celebrado el juicio y sea preciso anular actuaciones, sin que ello denote que quien ha incurrido en los defectos haya obrado con temeridad o mala fe.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ
ANA ALÓS RAMOS
DANIEL CIFUENTES MATEOS
MARTA NAVARRO GARROTE

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Organización de las actividades de prevención de riesgos laborales en la empresa. 2. Capacidades de las personas designadas para la prevención de riesgos profesionales. 3. Elección de representantes de los trabajadores en materia de seguridad y salud laborales. 4. Responsabilidad administrativa: *non bis in idem*.
5. Responsabilidad por recargo de prestaciones. A) Naturaleza y requisitos de aplicación. B) Imprudencia profesional del trabajador o de otro compañero. C) Falta de medidas de seguridad. D) Ausencia de vigilancia y control. E) El marcado "CE" y el deber de información al trabajador. F) La extensión de la cosa juzgada a la acción de recargo.
6. Responsabilidad extracontractual. Baremización de las indemnizaciones.
7 Responsabilidad civil contractual. A) Inexistencia de culpa o negligencia del empresario. B) Cuantía indemnizatoria.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En la presente crónica se da noticia de los pronunciamientos judiciales que, en relación con la seguridad y salud laboral, aparecen publicados en los números 5 (octubre 2003), 6 (noviembre 2003), 7 (diciembre 2003), y 8 (enero 2004) de la Revista de *Información laboral-Jurisprudencia*. Lo más destacable de cuanta doctrina se vierte en las sentencias reseñadas es, quizás, el razonamiento, varias veces aplicado por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de que no cabe fundar el recargo de prestaciones en preceptos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, lo que, si bien es entendible desde el punto de vista de la invocación de preceptos meramente genéricos de la ley, puede ser discutible cuando se trate de medidas de seguridad concretas.

1. ORGANIZACIÓN DE LAS ACTIVIDADES DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LA EMPRESA

En la **STJCE de 22 de mayo de 2003,** I.L. J 1354, se suscita la cuestión de si el art. 7.3 de la Directiva 89/391/CEE reconoce una libertad de elección a los empresarios entre la organización interna o la organización externa de las actividades de protección y de pre-

vención de los riesgos profesionales –tal como entiende el Gobierno neerlandés–, o si, por el contrario, jerarquiza –como sostiene la Comisión– ambas soluciones en función de un criterio objetivo, a saber, la presencia o la ausencia en la empresa y/o el establecimiento de personal que posea la competencias adecuadas para asumir tales actividades.

El Tribunal de Justicia se inclina a favor de la postura de la Comisión, al considerar que la obligación prevista en el apartado 3 del art. 7 de la Directiva de recurrir a competencias ajenas a la empresa, es subsidiaria con relación a la obligación principal de designar uno o varios trabajadores que figura en el apartado 1 del art. 7, en la medida en que aquélla sólo existe si las competencias en la empresa y/o establecimiento son insuficientes para organizar las actividades de protección y de prevención. En tal sentido, afirma el Tribunal que "tan sólo cuando las competencias en la empresas sean insuficientes deberá recurrir el empresario a competencias ajenas a ésta". En consecuencia, declara incumplidas por el Reino de los Países Bajos las obligaciones que le incumben en virtud del art. 7.3 de la Directiva, al no haber recogido en su legislación nacional, el carácter subsidiario del recurso a las competencias ajenas a la empresa para garantizar las actividades de protección y de prevención de los riesgos profesionales en ésta.

2. CAPACIDADES DE LAS PERSONAS DESIGNADAS PARA LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

La Directiva 89/391, en su art. 7 apartado 8, obliga a los Estados miembros a definir las capacidades y aptitudes que deben poseer los trabajadores, así como las personas o servicios exteriores designados para hacerse cargo de las actividades de protección y prevención de los riesgos profesionales de la empresa y/o del establecimiento. Tal obligación se ha interpretado por el TJCE en el sentido de que comporta la adopción de las medidas legales y reglamentarias y, además, su puesta en conocimiento de las empresas por medios adecuados, de manera que éstas puedan conocer sus obligaciones en la materia y las autoridades nacionales competentes puedan comprobar que tales medidas son respetadas (Sentencia de 15 de noviembre de 2001, Comisión v. Italia, C49/00).

En la **STJCE de 22 de mayo de 2003,** I.L. J 1355, se condena al Gran Ducado de Luxemburgo precisamente por no haber cumplido con tal obligación definiendo las capacidades y aptitudes necesarias de las personas designadas para hacerse cargo de las actividades de protección y prevención de riesgos profesionales.

3. ELECCIÓN DE REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD LABORALES

En la **STSJCE de 12 de junio de 2003,** I.L. J 1356, se aborda la cuestión relativa al procedimiento de elección y al régimen de protección de los representantes de los trabajadores en materia de seguridad y salud en el trabajo. La Comisión interpone recurso con-

tra las autoridades portuguesas por la ausencia en su ordenamiento interno de una normativa clara y precisa al respecto, al no regular determinados aspectos prácticos del procedimiento de elección de los representantes.

Sin embargo, el Tribunal no aprecia tal incumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva 89/391. Después de recordar que por representante se debe entender, según el art. 3.c) de la Directiva, cualquier persona elegida, nombrada o designada, de conformidad con las legislaciones y/o los usos nacionales, como delegado de los trabajadores para los problemas de la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, aclara que la Directiva "no impone a los Estados miembros la obligación de prever un procedimiento de elección de los representantes de los trabajadores con una función específica en materia de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, sino que contempla igualmente otras posibilidades para nombrar o designar a dichos representantes". Y más en concreto sobre el caso en cuestión, declara que la Directiva 89/391 no impone expresamente que la normativa nacional tenga que precisar detalladamente todas las disposiciones aplicables a este procedimiento.

4. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA: *NON BIS IN IDEM*

El Tribunal Supremo (Sala Tercera), en **STS de 24 de junio de 2003,** I.L. J 928, dictada en un recurso contencioso-administrativo en interés de ley, reitera la imposibilidad de imponer una doble sanción por el mismo hecho, en protección del mismo interés y con base en las mismas normas. En el supuesto de hecho, se había impuesto a una misma empresa dos sanciones –una individual y otra de carácter solidario con otra entidad– sobre la base de los mismos hechos y por la misma falta de medidas de seguridad en las obras, recogidas en sendas actas similares levantadas en tiempo muy cercano.

No obstante, el Tribunal Supremo puntualiza que la regla *non bis in idem* no excluye la posibilidad de que dos empresas, que intervienen en la construcción –una como contratista y la otra como subcontratista–, puedan resultar autores de distintas infracciones, cuando se valoren las distintas obligaciones que a cada uno le incumben.

5. RESPONSABILIDAD POR RECARGO DE PRESTACIONES

A) Naturaleza y requisitos de aplicación

En la doctrina de los Tribunales son constantes los análisis de la naturaleza de esta peculiar institución, habiéndose identificado ya con bastante precisión los elementos que han de concurrir para la aplicación del recargo, aunque siempre se introducen matices nuevos. En esta ocasión dos Tribunales Superiores se han ocupado con detenimiento de los requisitos del supuesto normativo:

Así, la **STSJ de La Rioja de 13 de marzo de 2003,** I.L. J 1024, que recoge las líneas generales básicas sentadas por jurisprudencia unificadora, a saber: a) el recargo ostenta un

carácter sancionador y, por tanto, el precepto regulador –el art. 123 de la Ley General de la Seguridad Social– ha de ser interpretado de modo restrictivo; b) el recargo es una pena o sanción que se añade a una propia prestación, previamente establecida y cuya imputación sólo es atribuible, en forma exclusiva, a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo; c) en orden a su abono, está exento de responsabilidad el INSS, recayendo la responsabilidad directa y exclusivamente sobre el empresario; d) el referido carácter sancionador impide que pueda ser objeto de aseguramiento público o privado; e) en vía de recurso judicial, es dable controlar la cuantía porcentual del recargo fijada por el juez de instancia, pudiendo modificar la Sala de lo Social del TSJ la cuantía porcentual del recargo de prestaciones fijada en la instancia cuando el recargo impuesto no guarde manifiestamente proporción con la directriz legal de fijarse en atención a la gravedad; f) no cabe recargo si no hay relación de causalidad entre la infracción imputable a la empresa y el daño producido.

En la misma línea interpretativa, el Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana a través de una serie de **SSTSJ de 3 de marzo de 2003** I.L. 1322, **21 de febrero de 2003,** I.L. J 1332 y **28 de febrero de 2003,** I.L. J 1335, todas del mismo Ponente (Sr. Ordeig Fos), hace recuento también de los requisitos generales, introduciendo una precisión importante. Afirma que el recargo no se rige por la Ley 31/1995 y que no bastará nunca una infracción de sus normas, ya que la infracción ha de ser de norma concreta no genérica, sin que se pueda fundar el recargo en preceptos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, puesto que son preceptos de carácter general, no aptos para imponer el recargo al no ser medidas concretas de seguridad, por lo que hay que rechazar como argumento el socorrido "deber de seguridad" de la empresa, que por sí obligaría a imponer el recargo en todo accidente de trabajo.

Entre ambas Salas de lo Social existe, no obstante, algún punto de divergencia, en concreto, respecto de la exigencia de la culpabilidad. Mientras la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana interpreta que el recargo "es una responsabilidad subjetiva que ha de ser imputada a la empresa por la vía de la culpabilidad", la Sala del TSJ de La Rioja entiende que "se trata de una responsabilidad empresarial cuasi-objetiva con escasa incidencia de la conducta del trabajador".

B) Imprudencia profesional del trabajador o de otro compañero

La aplicación del recargo exige –como nos recuerda la doctrina de los tribunales– la relación de causalidad entre la infracción imputable a la empresa y el daño. Ahora bien, dicha relación puede romperse, según criterio jurisprudencial dominante, cuando la infracción es imputable a la imprudencia profesional del propio trabajador o de otro compañero. De esto tratan los siguientes casos enjuiciados:

– La **STSJ de Valencia de 3 de febrero de 2003,** I.L. J 1322, funda en la la ausencia de la relación de causalidad su decisión de excluir el recargo de prestaciones a un trabajador que, una vez limpiada la máquina encoladora, sufrió un accidente, al resbalar y caerse

sobre los cilindros, metiendo la mano izquierda, siendo succionada por los rodillos. El Tribunal considera que en este caso medió una imprudencia del trabajador al no detener la máquina, y le hace responsable de la infracción, eximiéndole a la empresa, al no poder ésta tapar o proteger la zona por donde se introdujo la mano por ser la parte de la alimentación.

– La **STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de febrero de 2003,** I.L. J 1332, aplica el mismo criterio de falta de relación de causalidad entre la infracción y el accidente, en un caso en que el accidente se produjo al proceder el trabajador a retirar manualmente sin valerse de pinzas la pieza troquelada por la parte frontal de la máquina, resultando atrapada su mano izquierda entre la matriz y el punzón. El Tribunal estima que la causa fundamental y eficiente del accidente es la utilización de la mano para la operación, en vez de pinzas metálicas, de las que disponía el trabajador.

– La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 3 de junio de 2003,** I.L. J 1101, excluye el recargo de prestaciones al comprobar que el accidente, si bien tuvo lugar cuando el lesionado estaba manipulando la máquina para realizar unas tareas de ajuste de la red, se produjo como consecuencia de la acción voluntaria de un compañero que accionó el interruptor de arranque, al estimar que el accidentado ya había concluido. Afirma el Tribunal que la responsabilidad empresarial no es exigible cuando el evento lesivo ha sido debido a imprudencia temeraria del propio trabajador o de uno de sus compañeros.

– La **STSJ de Valencia de 28 de febrero de 2003,** I.L. J 1335, no aprecia tampoco infracción de la empresa en un accidente producido al caerse un trabajador de un andamio como consecuencia de una colisión fortuita de la máquina elevadora con el andamio. Se trata de una imprudencia del otro trabajador, del conductor de la carretilla elevadora, que merece el rango de profesional y que no elimina el concepto de accidente de trabajo, pero sí el posible recargo, pues resulta ajeno a la empresa.

De todas formas, la intervención de una imprudencia del trabajador o de otro compañero no son circunstancias por sí solas bastantes para romper la relación de causalidad e impedir el recargo. Parece que sólo lo elimina la intervención decisiva, esto es, el proceder negligente que constituye la causa desencadenante del siniestro. Por tanto, sí cabe esta responsabilidad si el accidente se produce a causa también de la infracción.

Esto es lo que interpreta, al menos, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 17 de junio de 2003,** I.L. J 1102, al enjuiciar el caso de un minero con antigüedad de 8 años como picador que fue aplastado por un costero cuando se hallaba trabajando en un taller con el techo trastornado por grietas frecuentes y con la calles auxiliares reducidas, habiendo colocado un primer cuadro nada más comenzar su turno y picado un total de 2,20 metros sin efectuar posteo alguno posterior. Razona el Tribunal que, si bien el trabajador asumió riesgos innecesarios como consecuencia de una clara negligencia al avanzar más de dos metros sin colocar cuadro alguno, ello no puede compensar el incumplimiento empresarial de la empresa, que no sólo debió prever la forma de proceder del accidentado, sino que debió advertir al accidentado de la necesidad de observar escrupulosamente las medidas necesarias par el sostenimiento del techo y estrechar la vigilancia y control.

C) Falta de medidas de seguridad

El recargo requiere una demostración plena de que se ha producido una infracción de normas con relación a las circunstancias de máquinas, artefactos, instalaciones, centros o lugares de trabajo, ya consista en la inobservancia de medidas generales o particulares de seguridad e higiene, salubridad, o ya se deduzca de la falta de adecuación personal a cada trabajo. Ya se ha dicho, además, que la infracción ha de ser, según cierta doctrina de suplicación, de normas concretas y específicas, sin que sirva la infracción de precepto genérico.

Haciendo aplicación de la doctrina anterior, la **STSJ de Madrid de 11 de abril de 2003,** I.L. J 1405, reconoce el recargo de prestaciones al apreciar omisión de medidas concretas de seguridad, en concreto por falta de adecuada protección del hueco del forjado. El accidente se produjo cuando el trabajador se encontraba en la planta superior de una galería comercial limpiando restos de material de un tabique próximo a un hueco de forjado, para cuya protección se habían dispuesto unos tableros de madera apoyados en el suelo, sin ningún mecanismo de fijación que evitara su desplazamiento y garantizase la permanencia de la protección. Y, en un momento determinado, el trabajador dio unos pasos hacia atrás, de espaldas al hueco, y bien porque los tablones estuvieran fuera de su posición de cobertura, o bien porque el propio trabajador los desplazara al moverse, el hueco quedó sin protección y el trabajador cayó por el mismo, al forjado interior desde una altura aproximada de 2,75 metros, a consecuencia de lo cual resultó lesionado. Entiende el Tribunal que, de haberse observado la normativa de prevención de riesgos, esto es, de haberse fijado los tablones al suelo evitando su desplazamiento, el accidente se habría evitado.

D) Ausencia de vigilancia y control

La responsabilidad empresarial de recargo de prestaciones puede deberse también a una omisión del deber de vigilancia y control de las circunstancias concretas del trabajo, que deberá ser más intensa y constante en el caso de un trabajador sin cualificación y sin experiencia, que en el de un trabajador experto y con antigüedad de la empresa (**STSJ de Madrid de 11 de abril de 2003,** I.L. J 1405).

Esta doctrina de la culpa *in vigilando* se aplica en la procedencia del recargo de prestaciones declarada por la **STSJ de Asturias de 25 de abril de 2003,** I.L. J 1223, en un caso de accidente sufrido por un trabajador mientras realizaba trabajos de tala de un árbol con medios mecánicos (motosierra), y que, al no realizar la entalladura previa para dirigir la caída, se desplomó el árbol sobre él, ocasionándole fracturas en una vértebra y en varias costillas. El Tribunal considera que la empresa incumplió su deber de vigilancia y control al asignar a un trabajador no cualificado un trabajo potencialmente más peligroso del que era habitual.

E) El marcado "CE" y el deber de información al trabajador

En la **STSJ de La Rioja de 13 de marzo de 2003,** I.L. J 1024, se plantea la cuestión de si la homologación por la CE de la máquina exime o no de responsabilidad al empresario de los posibles accidentes que puede ocasionar la misma. En el supuesto enjuiciado, el accidente, del que derivó una declaración de incapacidad permanente total, se produjo por no haberse adoptado medidas de seguridad, ante la existencia de factores de riesgo en el diseño de una máquina que no preveía soluciones intrínsecas frente a posibles fallos del autómata, con posibilidad de originar tanto un arranque intempestivo de la máquina como la imposibilidad de parada.

La Sala de lo Social, siguiendo la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo contenida en la Sentencia de 26 de septiembre de 1998, hace responsable a la empresa del recargo de prestaciones, por cuanto estima que "el hecho de que la máquina poseyera el marcado 'CE' no exime a la empresa empleadora de su obligación de comprobar que la misma estaba dotada de todas las medidas de seguridad necesarias para evitar cualquier accidente como consecuencia de su funcionamiento" y por su obligación de "proporcionar al trabajador usuario la adecuada información y formación sobre los riesgos específicos de su utilización y las medidas para evitarlos, máxime cuando en el presente caso se trataba de un Peón, personal no cualificado".

F) La extensión de la cosa juzgada a la acción de recargo

No existe cosa juzgada entre un procedimiento de calificación como accidente de trabajo y otro en el que se debate el recargo de prestaciones, ya que no se dan las identidades de la cosa juzgada, según sostiene la **STSJ de Navarra de 27 de junio de 2003,** I.L. J 1261. La sentencia citada considera que ni en su aspecto positivo, ni en su aspecto negativo, ni en su aspecto material, ni en su aspecto formal, puede extenderse la cosa juzgada, si lo que se pretende es que la declaración de hechos efectuada en un procedimiento de calificación de accidente como laboral vincule a la acción de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad en un proceso laboral posterior.

6. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. BAREMIZACIÓN DE LAS INDEMNIZACIONES

En cuanto a la fijación de daños y perjuicios por infracción de los arts. 1902 y 1903 del Código Civil, se sostiene en la **STSJ de Extremadura de 11 de marzo de 2003,** I.L. J 1015, la no aplicabilidad de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados y las sucesivas Tablas de clasificación y valoración de secuelas previstas para el cálculo del importe indemnizatorio derivado de accidentes de vehículos de motor. Considera el Tribunal Superior que nuestro sistema legal reconoce facultad exclusiva al Magistrado de instancia para la valoración de los daños y perjuicios sufridos, y que, a falta de norma legal expresa que baremice las indemnizaciones o establezca topes a su

cuantía, en principio "la indemnización procedente deberá ser –como ha establecido el Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 de febrero de 1999– adecuada, proporcionada y suficiente para alcanzar a reparar o compensar plenamente todos los daños y perjuicios (...), deduciéndose de este principio una exigencia de proporcionalidad entre el daño y la reparación (...)"

7. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL

A) Inexistencia de culpa o negligencia del empresario

Sabido es que la responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional se asienta en la culpa como factor determinante, exigiéndose un actuar negligente del empresario con relación a sus deberes de seguridad, sin que quepa declarar la responsabilidad del empresario cuando ha cumplido diligentemente con sus obligaciones en esta materia o no se ha probado que hubiera omitido diligencia alguna que estuviera a su alcance para evitar los daños.

La **STSJ de Cataluña de 12 de abril de 2003,** I.L. J 1128, incide sobre esta cuestión estableciendo la no responsabilidad de la empresa al no constar que incumpliera las exigencias legales de prevención y seguridad en el trabajo, o que realizara conducta o acto alguno que aumentara el riesgo propio del trabajo desempeñado por el damnificado. Según lo descrito en la sentencia, el accidente se produjo cuando el trabajador, al bajar por una escalera apoyada en un poste en el que debía hacer una comprobación, le falló el pie tras apoyarlo en el último peldaño a unos 20 cm de la superficie y caerse al suelo. El trabajador, que fue declarado en situación de incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo, padecía ya lumbocitalgia con radiculopatía 1,5 y SI desde 1992, y le había sido diagnosticado la profusión discal en 1995.

Por la misma razón de falta de concurrencia de negligencia o culpa en el actuar de la empresa, se descarta en la STSJ de Madrid de 26 de febrero de 2003, I.L. J 1180, la responsabilidad contractual de la empresa en un supuesto en que el trabajador, voluntariamente, sin estar cumpliendo orden empresarial alguna, acompañó a un trabajador de otra empresa, "a realizar la medición de una aguja, andando por una vía de tren muerta en un día con condiciones atmosféricas adversas, no percatándose de la circulación de un tren por la vía paralela a la que caminaba, a pesar de los silbatos del maquinista, golpeándole el tren en un brazo, ocasionándole lesiones que merecieron ser calificadas de permanentes no invalidantes indemnizables según baremo".

B) Cuantía indemnizatoria

La misma cuestión, antes reseñada, relativa a la determinación de la cuantía mediante la aplicación del baremo por daños acusados a las personas en accidentes de circulación, se plantea también, en la **STSJ de Madrid de 26 de febrero de 2003,** I.L. J 1180, si bien

referida a la acción de responsabilidad contractual por incumplimiento de la obligación de seguridad. En este caso, el Tribunal de suplicación se muestra más flexible respecto de la aplicabilidad de la Ley 30/1995, pues, si bien entiende que es facultad del Juez de instancia la valoración de los daños y perjuicios sufridos, no descarta que el importe indemnizatorio de los daños derivados de accidente de trabajo se pueda fijar atendiendo a los criterios indemnizatorios establecidos en el Anexo de la referida Ley.

José Luis Goñi Sein
Margarita Apilluelo Martín
Manuel González Labrada
Elisa Sierra Hernáiz

Notas bibliográficas
(Libros y Revistas)

A. DOMÍNGUEZ LUELMO

Derecho Sanitario y Responsabilidad Médica (Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica)

[Lex Nova, Valladolid, diciembre 2003, 700 páginas]

LEX NOVA

El libro tiene capítulo inicial de "consideraciones preliminares", donde se hace un estudio fundamentalmente jurisprudencial sobre el estado actual del problema de la responsabilidad médica y hospitalaria.

El resto se estructura sistemáticamente, comentando uno a uno los artículos de la Ley 41/2002. De cada artículo se hace un breve análisis de sus antecedentes legislativos, su relación con la normativa sanitaria existente (básicamente la Ley General de Sanidad), y se coordina con las diversas Leyes autonómicas dictadas recientemente sobre la materia. Además de ello, se recogen con carácter exhaustivo las opiniones doctrinales vertidas sobre cada uno de los puntos, y la jurisprudencia existente, tanto del Tribunal Supremo como de Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales.

El comentario sigue la misma sistemática de la Ley 41/2002. Por ello tiene como ejes fundamentales el estudio de los derechos y obligaciones de los pacientes y de los profesionales sanitarios; el análisis de los preceptos dedicados al derecho a la información y al consentimiento informado, y las consecuencias jurídicas de su omisión en cada supuesto; las disposiciones relativas a la historia y documentación clínica, con toda la problemática del acceso a la misma, el respeto a la intimidad de los datos sanitarios, y la normativa sobre protección de datos.

VVAA

Manual para la formación en prevención de riesgos laborales. Programa formativo para el desempeño de las funciones de nivel básico

[Lex Nova, Valladolid, diciembre 2003, 438 páginas]

LEX NOVA

Esta obra ha sido realizada por un equipo de profesores universitarios de los Departamentos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de las Universidades de Granada, Jaén y Málaga, coordinados por el profesor José María VIÑAS ARMADA. Su principal objetivo es facilitar la interpretación y correcta aplicación de la normativa en materia de Prevención de Riesgos Laborales. Ésta tiene su origen en la Directiva 89/391/CEE de la Unión Europea, relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo; bajo su amparo nace la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de

Prevención de Riesgos Laborales, que sustituye a toda la normativa anterior.

Antes de la aparición de esta Ley, la Prevención de Riesgos Laborales era una parte más del "Derecho del Trabajo", aunque fronteriza con el "Derecho de la Seguridad Social". Con el cambio se pone de relieve una interconexión de aquél y éste con las normativas de "Seguridad Industrial" y de "Salud Laboral", que antes parecían pertenecer a otra zona del Derecho positivo y que ahora se integran con las laborales y de Seguridad Social. Se replantea, por tanto, tras la aparición de esta importante norma la materia, proporcionando una nueva perspectiva de esa compleja normativa referida a la "Seguridad e Higiene en el Trabajo".

El manual está dirigido a los alumnos que se inician en esta complicada materia. Por un lado, supera el contenido mínimo de formación para el desempeño de las funciones del nivel básico, conforme al anexo IV del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los servicios de protección. Por otro, es un instrumento que responde a los descriptores de la materia troncal "Seguridad en el Trabajo" (correspondiente a los Planes de Estudio de la Diplomatura en Relaciones Laborales), siendo especialmente útil para el estudio de esta asignatura.

Cabe destacar que en cada capítulo se incluye un cuestionario para la autoevaluación, así como diversos anexos que conforman la vertiente práctica de esta obra a la hora de abordar las diversas materias: primeros auxilios, plan de prevención, auditorías, formación, etc.

Todo lo dicho la convierte en una obra fundamental, que resume, sintetiza e interpreta las bases de esta materia, sin renunciar a un contrastado rigor científico, en beneficio de la comprensión de sus lectores. Tras este primer acercamiento, en una ulterior e inmediata ocasión se abordará con más profundidad esta materia, y sus conexas de "Seguridad Industrial" y "Salud Laboral", que aquí sólo reciben un tratamiento elemental.

M.Á. MENÉNDEZ GONZÁLEZ

Manual para la formación de operadores de grúa torre

[Lex Nova, Valladolid, diciembre 2003, 296 páginas]

LEX NOVA

Esta cuarta edición del *Manual para la Formación de Operadores de Grúa Torre* surge a raíz de dos hechos. Por un lado, la extraordinaria acogida de las anteriores ediciones y, por otro, la aprobación de la Instrucción Técnica Complementaria "MIE-AEM-2" del Reglamento de aparatos de elevación y manutención, referente a grúas torre para las obras u otras aplicaciones; aprobación realizada mediante el RD 836/2003, de 27 de junio. La pretensión de este trabajo es aportar todos los contenidos teóricos y prácticos que la norma UNE 58-101-92 establece como de necesario conocimiento para quienes quieran convertirse en operadores de grúa torre con el fin de poder obtener el carné.

No sólo se toma en cuenta esta norma, sino que también se tienen presentes los aspectos teóricos derivados de la principal normativa autonómica vigente hasta la fecha, en particular la del Principado de Asturias, pionera en el campo. Además, el autor, Miguel Ángel MENÉNDEZ GONZÁLEZ, se beneficia de la labor realizada por la Fundación Laboral de la Construcción del Principado de Asturias, que constituyó un importante equipo de profesionales y técnicos.

Está especialmente pensado para profesionales de la construcción y obras públicas, inspectores laborales, abogados laboralistas, graduados sociales, entre otros. Cabe destacar, por otro lado, el carácter pedagógico del manual que, al final de cada unidad, contiene un cuestionario de autoevaluación que permite valorar el nivel de conocimiento adquirido.

S. DEL REY GUANTER y otros

El estado actual de la negociación colectiva en España. (Balance y perspectivas)

[Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1.228 páginas]

LEX NOVA

Esta obra realiza un estudio crítico, más valorativo que descriptivo, de una realidad negocial muy amplia: la negociación colectiva sectorial de los últimos tres años, así como de una selección de convenios de empresa en los mismos años.

A iniciativa de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, y como resultado de un Convenio de colaboración entre la Universidad Pompeu Fabra y el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, se lleva a cabo este estudio. El profesor REY GUANTER dirige un equipo de investigación, cuyos miembros ya estudiaron el impacto de la regulación colectiva sobre las diferentes materias que trata esta obra en los años noventa. Por este motivo el interés de esta obra es mayor: los autores no se limitan a analizar el período 1999-2001, sino que pueden comparar con la situación en la década pasada.

El presente estudio investiga sobre los aspectos esenciales que configuran las relaciones laborales, tanto en su dimensión individual como en su dimensión colectiva.

El propósito del volumen no es otro que realizar un análisis de las características que presenta la regulación de las principales materias y condiciones laborales en la reciente negociación colectiva, desarrollada en el ámbito empresarial y supraempresarial. Se intenta analizar el mayor número posible de materias relevantes, como son el acceso al empleo de los trabajadores (cláusulas de empleo y fórmulas de contratación temporal), aspectos más organizacionales (innovación tecnológica, clasificación y promoción profesional, movilidad funcional y geográfica, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo), condiciones de trabajo (tiempo de trabajo y salario) y los principales supuestos de extinción de la relación laboral (la extinción del trabajo por causas objetivas y el despido disciplinario).

Los autores emplean una metodología en la que se combina un doble objetivo: informativo y analítico. En virtud del primero se presenta un panorama sobre qué cláusulas son las más frecuentes y/o relevantes en la regulación de las materias seleccionadas; el segundo les lleva a evaluar dicha regulación en sí misma.

Por todo ello este trabajo resulta de especial utilidad para la Administración laboral o para los sujetos negociadores de Convenios Colectivos, en especial para las organizaciones empresariales y sindicales.

VVAA

Coordinadores de seguridad y salud en el sector de la construcción. Manual para la formación

[Lex Nova, Valladolid, octubre 2003, 1.250 páginas]

LEX NOVA

El Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, determina la necesidad de que en las obras de construcción se observen unas disposiciones mínimas de seguridad y salud. Asimismo, crea una nueva figura, los "Coordinadores de Seguridad y Salud", que estarán encargados de velar por su efectivo cumplimiento.

El significado de estos coordinadores hay que enmarcarlo dentro de la "Coordinación de actividades empresariales", una novedad

de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Mientras que hay sectores (los no relacionados con la construcción) en los que se plantean problemas porque la coordinación no se centra en una figura principal, en el sector de la construcción la debe ejecutar el promotor a través de estos coordinadores.

El RD 1627/1997 establece los contenidos de formación preventiva recomendables para ser "técnico competente". Y son precisamente estos contenidos mínimos los que desarrolla el presente trabajo, diferenciando tres aspectos: el ámbito jurídico y de organización preventiva en el sector de la construcción, el ámbito específico de la edificación y, por último, el ámbito específico de la obra civil.

Hay que destacar que la obra recoge los criterios de la *Guía técnica sobre seguridad y salud en las obras de construcción* elaborada por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, de próxima aparición. Conviene tener en cuenta, no obstante, que los autores se refieren al borrador de la misma de fecha 31 de agosto de 2003; por lo tanto, todavía podrían producirse cambios, aunque es de esperar que no sean significativos.

Tampoco ha pasado inadvertida para los autores la inminente reforma de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. En ésta se opta por establecer que a los coordinadores les afecta de manera general la totalidad de la seguridad y de la salud; es decir, que su función no se reduce a la estricta coordinación.

Los autores no se limitan a recoger los aspectos legales, técnicos y teóricos oportunos; también ofrecen sus puntos de vista que, por los cargos profesionales que detentan, se orientan hacia la práctica y la realidad del día a día.

Este manual es una herramienta novedosa y necesaria para la formación preventiva y el posterior ejercicio de las funciones y tareas de los colectivos a los que va dirigida. No es un texto útil sólo para los coordinadores y para aquellos que ejercen funciones de dirección facultativa, sino también para todos los implicados en la prevención de riesgos laborales en un sector complejo como es el de la construcción.