

revista

Justicia Laboral

revista de DERECHO del TRABAJO
y de la SEGURIDAD SOCIAL

DIRECTOR
Ignacio García-Perrote Escartín

editorial

LEX NOVA

REVISTA

Justicia Laboral

CONSEJO ASESOR

Jesús Cruz Villalón CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD DE SEVILLA.

Javier Gárate Castro CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA. **Joaquín García Murcia** CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO.

UNIVERSIDAD DE OVIEDO. **José María Goerlich Peset** CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD DE VALENCIA. **José Luis Goñi Sein** CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL

TRABAJO. UNIVERSIDAD PÚBLICA DE NAVARRA. **Julia López López** CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD POMPEU FABRA. **Lourdes Martín Flórez** URÍA & MENÉNDEZ.

ABOGADOS. **José Luis Monereo Pérez** CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD DE GRANADA. **Jesús R. Mercader Uguina** CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD

CARLOS III DE MADRID. **María del Carmen Ortiz Lallana** CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD DE LA RIOJA. **Luis Enrique de la Villa Gil** CATEDRÁTICO DE DERECHO

DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID. ABOGADO.

DIRECTOR

Ignacio García-Perrote Escartín

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA. DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO LABORAL DE URÍA & MENÉNDEZ. ABOGADOS.

SECRETARÍA TÉCNICA

Jesús R. Mercader Uguina

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID.

© LEX NOVA 2006

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

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

Sumario:

EDITORIAL:

- [5] **Acoso moral, compatibilidad de indemnizaciones y cambios en la jurisprudencia del Tribunal Supremo**

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

JESÚS R. MERCADER UGUINA

DOCTRINA:

- [13] **Los usos de empresa**

ANA MATORRAS DÍAZ-CANEJA

- [61] **Análisis técnico-jurídico de los convenios colectivos**

ALFREDO MATEOS BEATO

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[297] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Editorial

ACOSO MORAL, COMPATIBILIDAD DE INDEMNIZACIONES Y CAMBIOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La unificación de doctrina atraviesa, de cuando en cuando, momentos de incertidumbre y cambio. Desde hace unos años se vienen mostrando algunos signos que permiten afirmar que algo se está moviendo en el seno de este fundamental recurso. La vida de la Sala IV viene dando muestras de una cierta turbación interna que ha tenido y tiene fiel reflejo en los distintos pronunciamientos que han venido emanando de aquélla. La significación de dicha situación puede servir a juicios variables pero, sin duda, uno de los más evidentes es el carácter vivo y dinámico que la caracteriza. Uno de los últimos temas en los que se puede apreciar esta situación es el debate, encendido desde hace algunos años, sobre la compatibilidad o no entre la indemnización percibida por resolución del contrato ex artículo 50 ET y otra pretendida al amparo del Código Civil en reparación de daños, tema este que se ha planteado teniendo como telón de fondo pleitos en los que se debatía sobre el controvertido tema del acoso moral.

Conviene recordar que el artículo 50.2 ET establece que cuando se acuerde la resolución del contrato el trabajador tendrá derecho a una indemnización igual a la señalada para el despido improcedente. Se trata, por tanto, de una indemnización tasada legalmente que compensa al trabajador por el perjuicio derivado de la extinción del contrato y que le exime de alegar y acreditar daños y perjuicios (Desdentado/De la Puebla). La ley presume la existencia de un daño como consecuencia de la ruptura del contrato y ha establecido el importe de la reparación, de forma que se produce “un efecto de absorción sobre cualquier indemnización que el trabajador reclamase fundada en los mismos hechos que han servido de base para la estimación de la acción resolutoria” (Rodríguez-Piñero/Fernández López). Sabido es que la cuantía de las indemnizaciones en su configuración legal es el mero resultado matemático de las operaciones previstas en la ley, sin posibilidad alguna de que el juez, en ejercicio de sus propias facultades, pueda alterar ni el resultado ni la fórmula de su cálculo. Se trata de una indemnización legal “tasada”. El importe de la indemnización, aunque mantiene un origen compensador, no se ciñe a la valoración específica de los daños ocasionados, sino que alcanza un valor tasado y predeterminado por la Ley, de manera que no se trata de cuantificar el *quantum*, en el sentido tradicional de incluir el daño emergente (material y *pecunia doloris*) y el lucro cesante, sino

dar por supuesto que el daño se ha producido y el mismo debe ser reparado, pero con un criterio de valoración *ex lege*.

En relación con la resolución del contrato por voluntad del trabajador *ex* artículo 50 ET, así se ocupó de confirmarlo en su día la STS (4.^a) 3 de abril de 1997, resolviendo un supuesto en el que la cuestión litigiosa se centraba precisamente en determinar si, extinguido el contrato a instancia del trabajador y percibida la correspondiente indemnización, puede éste reclamar por “los mismos hechos” una nueva indemnización con fundamento en el artículo 1101 CC. La sentencia afirma que “la causa o motivo de la resolución contractual es única, y habiéndose producido ésta en la esfera laboral, regida por el Estatuto de los Trabajadores, a esta norma habrá que estarse en virtud del principio de aplicación preferente de las disposiciones especiales, sin que quepa (...) acudir de nuevo al Código Civil (...) para, con base en el mismo incumplimiento contractual ya agotado en sus consecuencias indemnizatorias, obtener un nuevo resarcimiento de daños y perjuicios”.

La solución contraria fue aplicada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de abril de 1999. En ella reconoció una indemnización de tres millones de pesetas a favor de una trabajadora que había resuelto su contrato de trabajo por un incumplimiento empresarial consistente en una discriminación por sexo. La discriminación consistía en el abono de una retribución inferior en unas 700.000 pts. anuales a la percibida “por otro trabajador de sexo varón, de la misma categoría y con una antigüedad inferior”. El trato discriminatorio provocó a la actora una depresión reactiva y la resolución del contrato de trabajo se acordó en conciliación con reconocimiento a favor de la trabajadora de una indemnización de siete millones de pesetas. La sentencia afirma la jurisdicción del orden civil y estima la demanda, porque considera que existe una responsabilidad por culpa extracontractual compatible con la contractual laboral. Esta conclusión se funda en que “el daño opera con independencia de cualquier relación jurídica preexistente entre las partes”.

En su STS (4.^a) 11 de marzo de 2004, el Tribunal Supremo volvió a declarar que la indemnización por despido improcedente, o por resolución judicial del contrato a instancia del trabajador, es incompatible con otra indemnización adicional por daños y perjuicios. La sentencia, que cuenta con el voto particular de cuatro magistrados, juzgaba los siguientes hechos. El trabajador de una sociedad cooperativa de crédito solicitó al juez la resolución de su contrato de trabajo, fundándose en un incumplimiento grave de la empresa, consistente en un trato vejatorio continuado. El Juzgado de lo Social resolvió la relación jurídica, y condenó a la empresa al pago de 28.479.612 pesetas. Posteriormente, la Seguridad Social reconoció al trabajador una incapacidad permanente absoluta, motivada por un trastorno depresivo melancólico. El interesado consideró que su origen se hallaba en la conducta de la empresa que había dado lugar a la resolución del contrato, e interpuso una nueva demanda, en la que pedía una indemnización de cuarenta millones de pesetas. El Juzgado de lo Social la desestimó, pero el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en una sentencia de 23 de junio de 2002, revocó la de instancia

y estimó parcialmente la demanda, reconociendo al trabajador una indemnización de 30.000 euros. Contra esa sentencia, la empresa interpuso un recurso de casación para la unificación de doctrina.

Señala la Sentencia que la doctrina sobre la materia ha sido ya objeto de unificación con anterioridad, precisamente en la citada STS de 3 de abril de 1997 utilizada como sentencia de contraste. La doctrina sentada por el citado pronunciamiento podría sintetizarse del siguiente modo. “En nuestro derecho positivo la indemnización por despido improcedente (a la que el artículo 50.2 del ET asimila la que devenga la resolución del contrato a instancia del trabajador por incumplimientos relevantes del empresario) es una indemnización legalmente tasada, sin margen para que el juez estime la cuantía de los daños y perjuicios, que se presumen *ex lege* por el hecho del despido improcedente o de la resolución contractual que nos ocupa, indemnizándose por la ruptura culpable del contrato y no por los perjuicios concretos que ésta pueda causar”. Es así que “el artículo 50 del ET constituye la transcripción al derecho laboral del artículo 1124 del Código Civil, precepto que establece que “la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe”, resolución que comporta “el resarcimiento de daño y abono de intereses”, vocablos que según constante jurisprudencia de la Sala Primera equivalen o son sinónimos a la indemnización de daños y perjuicios a que se refiere el artículo 1108 del Código Civil”.

Continúa señalando la STS (4.ª) 11 de marzo de 2004, que “es cierto que el artículo 1124, al igual que el artículo 1101 del Código Civil, contienen reglas generales en materia de obligaciones, pero no lo es menos que su aplicación al contrato de trabajo lo es tan sólo con carácter supletorio, por lo que su aplicación no procede cuando la materia está regulada expresamente, como acontece en el supuesto examinado, en el Estatuto de los Trabajadores”. Es por ello, concluye, que “la pretensión resolutoria de contenido indemnizatorio tasado ejercitado con amparo en la norma específica de carácter resolutivo contenida en el artículo 50 del ET satisface íntegramente el interés del trabajador derivado de un incumplimiento grave de las prestaciones contractuales a cargo del empresario, y la aplicación de esta norma específica del derecho del trabajo, debe impedir la búsqueda de nuevas soluciones indemnizatorias en el campo del derecho civil, entendido como derecho común. Como sienta la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1990, cuando existe una previsión indemnizatoria específica en la normativa laboral no es factible acudir a las previsiones de la misma naturaleza del derecho común”. En definitiva, la doctrina sentada podría resumirse en la doble afirmación (Pedradas/Sala) de que “donde hay norma especial no rige la norma general” y de que “la indemnización tasada prevista en la norma especial laboral tutela suficientemente los intereses del trabajador dañados por el empresario incumplidor”.

Como argumento añadido, la Sentencia valora si existió o no relación de causalidad entre la conducta empresarial que sirvió de base a la que se resolvió el contrato y las dolencias del trabajador que motivaron la declaración de su incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad común, concluyendo en que no hay tal, pues de los hechos probados se deduce su inexistencia. A tal efecto, la sentencia de unificación indica que “la realidad

es que la prueba general médica ha puesto de relieve que el trastorno depresivo mayor que padece el trabajador en modo alguno ha sido causado por ese incumplimiento, pudiendo ser la situación laboral derivada del incumplimiento un factor más de la patología, pero en modo alguno determinante o decisivo para causarla, por tanto no existe esa relación de causa a efecto entre la situación laboral y la enfermedad que padece". Concluye, el citado pronunciamiento, argumentando, que la Sentencia que si en la STS 3 de abril de 1997, utilizada como sentencia de contraste, se aceptó la relación de causalidad entre la conducta del empresario y el daño sufrido por el trabajador y no se aceptó la doble indemnización, con mayor motivo en el presente caso en el que no existe una tal relación causal.

La sentencia se acompaña de un voto particular que se formula por parte de un Magistrado al que se adhieren tres Magistrados más, concluyendo que no hay tal incompatibilidad y la doctrina de la STS de 3 de abril de 1997 debe ser revisada, porque la indemnización prevista en el artículo 50.2 ET "repara exclusivamente el daño producido por la pérdida del empleo, derivada de la extinción del contrato de trabajo provocada por la conducta ilícita del empleador, mientras que la indemnización que aquí se reclama no tiene por objeto reparar la pérdida del empleo, sino los daños psíquicos y morales que la conducta empresarial ha provocado en el actor aquejado de un proceso depresivo que ha determinado el reconocimiento de una incapacidad permanente. Son daños distintos que han de ser objeto de reparación independiente, pues de lo contrario se está exonerando al causante de la obligación de reparar las consecuencias de un acto ilícito que no han sido compensadas por una indemnización que sólo cubre el daño derivado de la extinción del contrato, como se advierte si se tiene en cuenta que aquella reparación hubiera sido posible si el contrato no se hubiera extinguido". Recuerda el voto particular que "el artículo 1124 CC prevé, al regular la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas, que "el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos". La indemnización opera, por tanto, en los dos supuestos. Lo que ocurre es que, en el marco del contrato de trabajo, es preciso distinguir dos tipos de daños: los derivados directamente del propio incumplimiento y los que el legislador liga al efecto resolutorio cuando se opta por él. Sólo estos últimos daños están tasados por el artículo 56 ET; los restantes, tienen plena autonomía y han de indemnizarse de acuerdo con las normas generales. Esto se ve claramente en el caso del impago de los salarios: es una causa resolutoria de conformidad con el apartado b) del núm. 1 del artículo 50 ET, pero la extinción del contrato con el abono de la indemnización no impide reclamar los salarios no abonados y la indemnización por mora correspondiente". Concluye el voto que "así lo ha estimado la Sala en su sentencia de 12 de junio de 2001, en la que la indemnización por los daños derivados de la lesión de un derecho fundamental provocada por un despido se considera compatible con la reparación específica prevista para la nulidad de ese despido (la readmisión y los salarios de tramitación). El mismo criterio ha seguido la Sala 1.ª de este Tribunal en su sentencia de 10 de abril de 1999, en un caso muy similar al presente, en la que aprecia la compatibilidad entre la indemnización por resolución del contrato de trabajo y la indemnización de los daños de orden personal que

la conducta de la empresa había producido. Ciertamente, el orden civil no es competente para conocer de esa pretensión, pero el criterio aplicado por la sentencia citada sobre la compatibilidad es materialmente correcto”.

No obstante, y aunque el Tribunal Supremo parece resistirse a verbalizarlo, lo cierto es que un reciente pronunciamiento ha venido a introducir un importante cambio de rumbo en la tesis que había mantenido la Sala acercándose de forma evidente a la posición mantenida por el voto particular en cuanto a resultado si bien no, como veremos, en las formas argumentales utilizadas para alcanzar dicho resultado.

En efecto, la STS (4.^a) 17 de mayo de 2006 vuelve sus pasos sobre anteriores pronunciamientos para situar sobre nuevas bases la postura hasta ahora sostenida. El recurso de casación para unificación de doctrina, tiene su origen en la demanda presentada por un trabajador contra la Ciudad Autónoma de Ceuta, en solicitud de resolución de su contrato de trabajo con dicha Entidad Autónoma a causa de acoso moral por parte de la Consejera de Turismo de dicha Comunidad, habiendo postulado en el suplico de la demanda la extinción de su contrato al amparo del artículo 50.1 a) del ET con la indemnización legalmente prevista más otra por importe de 60.101 euros en concepto de daños y perjuicios derivados de la violación de derecho fundamental, al haber sido víctima de acoso laboral (artículo 181 LPL). El Juzgado de lo Social de Ceuta desestimó íntegramente la demanda formulada por dicho trabajador quien recurrió en suplicación ante la Sala de lo Social del TSJ Andalucía, con sede en Sevilla, habiendo obtenido, de fecha 12 de julio de 2004, sentencia en la que se estima parcialmente el recurso de suplicación y, también, la demanda interpuesta por el expresado trabajador, declarando extinguido su contrato laboral con la ciudad autónoma de Ceuta con derecho a percibir una indemnización por la extinción contractual de un importe de 14.330,55 euros y, asimismo, otra indemnización por los daños y perjuicios materiales y morales sufridos por el demandante en cuantía de 20.000 euros. Frente a esta última sentencia se alzó en casación para unificación de doctrina la ciudad autónoma de Ceuta.

La Sala se aventura de nuevo en la controvertida cuestión de la compatibilidad entre la indemnización percibida por resolución del contrato ex artículo 50 ET y otra en reparación de daños. Como decimos, la STS (4.^a) 17 de mayo de 2006 se resiste a considerar que a través de ella se efectúa un nuevo cambio de rumbo doctrinal, pese a que acepta de forma rotunda la compatibilidad que antes había negado. La conciencia del cambio es evidente: “aunque esta Sala no desconoce el criterio mantenido por la misma en su STS (4.^a) 11 de marzo de 2004, dictada en Sala General, es lo cierto, sin embargo, que en el caso que hoy ocupa su atención enjuiciadora y según, manifiestamente, se desprende no sólo del relato de hechos probados, sino más singularmente, de la propia demanda de autos y de su *petitum* y del escrito de interposición del recurso de suplicación no resulta, en modo alguno, rechazable el afirmar que junto al ejercicio de la acción extintiva del contrato de trabajo, conforme al artículo 50.1.a) del ET, se invoca la lesión de un derecho fundamental, manifestada en el acoso laboral en los términos previstos en los artículos 181 y 182 del vigente TR LPL, que no es otro que el de la dignidad personal que constituye la base y fundamento de todos los derechos y libertades fundamentales y que, expresamente, se recoge en el artículo 10 de la CE, la que, a su vez, en sus artículos 14 y

15 reconoce el derecho básico a la no discriminación y a la integridad moral, rechazando el sometimiento a tratos inhumanos y degradantes”. Continúa la sentencia señalando que “resulta del mayor interés resaltar que, en el presente caso, desde un principio, se invoca de forma clara y palmaria, la vulneración de un derecho fundamental, en base a lo que se postula la extinción del contrato laboral, debiendo significarse que el trabajador demandante aduce, como consecuencia de tal violación, una situación personal de trastorno adaptativo ansioso-depresivo, provocado por estrés laboral, cuya indemnización postula, juntamente, con la correspondiente a la extinción contractual planteada”. Por ello, señala que “*de aquí que no se modifique el criterio jurisprudencial recogido en la precitada sentencia de Sala General, de fecha 11 de marzo de 2004, toda vez que, en la misma, se enjuició una situación de extinción contractual respecto de la que, además de la indemnización tasada, prevista en el ET, se postulaba otra indemnización con base en el artículo 1101 del CC, sin que, en cambio, se solicitase, expresamente, la protección judicial por violación de un derecho fundamental*”.

Considera, por ello, el Tribunal que “la clara dicción del artículo 182 del TR LPL y su interpretación sistemática no permiten establecer que la única indemnización posible, en los casos de extinción contractual con violación de un derecho fundamental, sea la establecida en el artículo 50.2, en relación con el 56 ET, pues, una cosa es que la tramitación procesal a seguir, con carácter inexcusable, sea la de la extinción contractual y, otra muy distinta, es que se indemnicen, separadamente, los dos intereses jurídicos protegibles, como así se infiere de lo establecido en el artículo 180.1 del texto procesal laboral mencionado”. En fin, “la modificación operada en el artículo 181 de este último texto procesal por el artículo 40.Dos de la L 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, al incluir, expresamente, en el texto del mismo la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso no deja la menor duda de que la voluntad legislativa es la de proteger el derecho fundamental con independencia de la protección que merece el derecho a la extinción del contrato de trabajo cuando concurrir causa para ello, sin otro requisito que el de la expresión en la demanda del derecho fundamental conculcado”.

La nueva doctrina queda asentada de forma evidente. Con todo, el citado pronunciamiento viene acompañado de un clarificador y hasta diríamos luminoso voto particular en el que, con argumentos de una claridad meridiana, se apuntan los pecados de dicho cambio de opinión. Comienza el voto particular señalando que: “nuestra discrepancia con la sentencia recurrida no se refiere al fallo, sino a la fundamentación jurídica y sólo en la medida en que ésta no ha rectificado la doctrina de la S 11 de marzo de 2004”. Señalan los Magistrados discrepantes que: “en nuestra opinión el que en un caso se invocara expresamente la lesión de un derecho fundamental y en el otro no hubiese tal invocación, no es una diferencia relevante. En primer lugar, porque en los dos casos se vulneró el derecho fundamental a la integridad moral con un tratamiento degradante que ha producido lesiones psíquicas y el hecho de que no se alegara la norma constitucional —en el marco además de un proceso en el que no es necesario fundar jurídicamente la demanda— no justifica el rechazo de la pretensión. En segundo lugar, porque la lesión

del derecho fundamental no crea el daño indemnizable; es simplemente una calificación adicional del ilícito que lo ha producido, que no será sólo un incumplimiento contractual, sino también incumplimiento de una norma constitucional. Es lo que la doctrina constitucional denomina la pluriofensividad de determinadas conductas. La lesión de la norma constitucional que se une a la vulneración de un deber contractual [artículo 4.2.e) ET] puede justificar tratamientos privilegiados en el orden procesal (proceso de tutela y recurso de amparo), pero no produce un daño específico e independiente. El daño lo produce una determinada conducta, con independencia de cómo califiquemos jurídicamente ésta, pues no estamos ahora ante el problema del alcance de la obligación de reparación en términos de la ponderación de los criterios subjetivos de imputación (artículo 1107 CC). En este sentido, el daño es algo que pertenece a la realidad física o psíquica. Lo que se debate es si, aparte del daño que produce la conducta empresarial vejatoria, al obligar al trabajador a extinguir su contrato de trabajo (la pérdida del empleo), hay otro daño que deba también ser indemnizado (el sufrimiento moral y sus secuelas psíquicas) y esos daños indemnizables son, como tales, independientes de la calificación jurídica del incumplimiento (constitucional o meramente contractual). Al trabajador se le indemniza porque ha sufrido un daño y porque la conducta que lo ha producido es ilícita. Pero, a efectos de la reparación, es indiferente que la conducta ilícita lo sea por violación de una norma constitucional o por violación de una obligación contractual. Para excluir la indemnización, sólo sería relevante que la conducta empresarial fuera lícita. No es posible privar al trabajador de la indemnización que le corresponde, porque no haya invocado un precepto constitucional. Lo que está tasado en el ordenamiento laboral es la indemnización por extinción del contrato de trabajo; no las indemnizaciones por daños producidos al margen de esa extinción y que pueden concurrir con ella”. La conclusión es clara: “por ello, estimamos que la sentencia debería haber rectificado la anterior doctrina de la Sala, reconociendo que en los supuestos de conductas empresariales vejatorias es posible percibir, junto a la indemnización que pueda corresponder por la resolución del contrato, otra indemnización por los perjuicios morales producidos por esas conductas”.

El itinerario argumental resulta claro y los argumentos que defiende el voto particular difícilmente contestables. En la resistencia de la Sala IV a aceptar la alteración doctrinal pesan, seguramente, las numerosas que la han precedido en los últimos años y, probablemente, esa carga ha impedido al Tribunal afirmar con claridad su más que justificada variación de rumbo en este caso. La rectificación es siempre sabia decisión y en un mundo en el que todo cambia, la inmutabilidad, la petrificación, pudiera resultar, en ocasiones, imposible o mortífera.

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
JESÚS R. MERCADER UGUINA

Los usos de empresa*

ANA MATORRAS DÍAZ-CANEJA

Profesora de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad Pontificia de Comillas

Resumen

Los usos de empresa

Se estudia la configuración, naturaleza y eficacia jurídica de esta importante fuente atípica de condiciones de trabajo, haciendo un esfuerzo por delimitar la misma respecto de otras fuentes legalmente previstas, de otras figuras negociales afines y de las llamadas por la jurisprudencia conductas meramente toleradas. Una vez examinados los efectos aparejados a la conformación de un uso empresarial, tanto en la esfera colectiva como en la individual, se fijan las pautas de integración de

este instituto jurídico con las restantes fuentes de las obligaciones jurídico-laborales. Por último, se determina el alcance de la facultad empresarial de revisión de su conducta usual (en particular: los problemas de doble escala que puede generar un cambio sobrevenido en la actuación empresarial sólo respecto de trabajadores de nuevo ingreso y las dificultades para modificar en sentido peyorativo o, en su caso, eliminar las condiciones de origen usual).

Abstract

Managerial uses

It is studied the configuration, nature and juridical effectiveness of this important atypical source of work conditions, making an effort to define it regarding other legally

foreseen sources, of other close negotial figures and of the so called by the jurisprudence merely tolerated behaviors. Once examined the effects joined to the conformation of a

(*) El presente trabajo es fruto de la revisión y puesta al día del trabajo MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., Gli usi aziendali tra Italia e Spagna: Configurazione, natura ed efficacia giuridica, *Il Diritto del Lavoro*, 2000, fasc.3, Parte I, págs. 155 a 186 (Trad. a cargo de la Dsa. Giada DELLA ROCCA).

managerial use, so in the collective sphere as in the individual one, the integration guidelines of this juridical institute with the rest of the sources of the juridical-laboral obligations are fixed. Lastly, the range of the managerial ability of revision of its usual behavior is determined

(in particular: the problems of double scale that can be generated by a occurred change in the managerial action only regarding to new admission workers and the difficulties to modify in a pejorative sense or, in its case, to eliminate the conditions of usual origin).

Sumario:

I. Introducción: el principio de libertad de forma y la potencialidad ordenadora del uso de empresa. II. Concepto y configuración jurídica del uso de empresa: presupuestos y

elementos. A) Elemento subjetivo: la proyección colectiva de la conducta empresarial y su expansión. B) Elemento objetivo o material: materias susceptibles de ser ordenadas por el uso empresarial. C) Elemento temporal: la necesaria reiteración y la proyección indefinida. D) Elemento formal: informalidad y espontaneidad. E) Elemento espiritual o psicológico: la voluntariedad vs. contractualización automática; y la facultad de formulación de reservas. F) El interés jurídico subyacente. **III. Naturaleza jurídica del uso de empresa:**

análisis de figuras afines. A) ¿Costumbre o uso normativo profesional? B) ¿Uso negocial o fuente de cláusulas de uso? C) ¿Comportamiento de hecho meramente interpretativo del contrato o del convenio? D) ¿Promesa al público o propuesta irrevocable? E) ¿Pluralidad de acuerdos individuales tácitos modificativos del contrato? F) ¿Fuente ordinaria de condiciones generales de la contratación o negocios de adhesión laborales? G) ¿Convenio colectivo extraestatutario tácito? H) ¿Reglamento de régimen interior de carácter informal? **IV. Eficacia jurídica del uso de empresa.** A) Eficacia reguladora (colectiva vs.

individual). a) Efectos en la esfera colectiva. b) Efectos en la esfera individual: revisión de la teoría de la “interiorización” de las condiciones más beneficiosas colectivas. B) Eficacia personal: general vs. limitada. C) Eficacia temporal. a) Por excesiva onerosidad sobrevenida. b) Por incompatibilidad sobrevenida con la regulación que introduzca posteriormente el convenio supraempresarial de aplicación a la empresa. c) Por la voluntad del empresario (sin que concurran causas objetivas extraordinarias que lo justifiquen). d) Por el propio desuso de la práctica empresarial sin oposición individual ni colectiva.

I. INTRODUCCIÓN: EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE FORMA Y LA POTENCIALIDAD ORDENADORA DEL USO DE EMPRESA

La ley no dedica expresamente espacio alguno a la ordenación del derecho consuetudinario de empresa; es más, ni siquiera se contempla en el catálogo de fuentes de la relación laboral diseñado en el artículo 3 del ET. Pese a ello, en la práctica empresarial tropezamos frecuentemente con una realidad consistente en la reiteración espontánea y sistemática de un determinado comportamiento empresarial frente a la generalidad de los trabajadores, que está dotada de cierta especificidad y que es reconducida por la doctrina y por la jurisprudencia a la categoría conceptual de “usos” o “prácticas” de empresa. Además, el propio legislador atribuye implícitamente a esta atípica y peculiar figura el papel de fuente de obligaciones jurídico-laborales¹, según se deduce de las dos alusiones directas que encontramos en el Derecho positivo a los usos y prácticas de empresa (concretamente: de una parte, el artículo 64.1.9 del ET reconoce competencia al comité de empresa para la vigilancia del cumplimiento de los usos de empresa en vigor; y, de otra, el artículo 151 de la LPL obliga a utilizar el proceso especial de conflictos colectivos para la tramitación de demandas que versen sobre la aplicación o interpretación de decisiones o prácticas de empresa).

**EXISTE APOYO NORMATIVO
SUFICIENTE PARA
RECONOCER VALOR
JURÍDICO A LOS USOS
DE EMPRESA Y DESCARTAR
QUE SE TRATE DE UNA
SIMPLE REALIDAD
DE HECHO**

Contamos, pues, con apoyo normativo suficiente para reconocer valor jurídico a los usos de empresa y para descartar que se trate de una simple realidad de hecho, desprovista de trascendencia o eficacia jurídica especial²; pero no está clara cuál es su naturaleza jurídica, ni el lugar que ocupan en el sistema de fuentes, ni los límites a su capacidad ordenadora de las relaciones laborales. De ahí, el interés de este estudio, dirigido a

(1) Así, por todas: STS de 8 de marzo de 1984 (RJ 1984, 1535); STSJ de Andalucía, Málaga, de 22 de mayo de 1995 (AS 1995, 2107); STSJ de Navarra de 29 de diciembre de 1995 (AS 1995, 4680); STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 2 de julio de 1993 (AS 1993, 3498); STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 20 de octubre de 1992 (AS 1992, 4804); STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 18 de febrero de 1994 (AS 1994, 454).

(2) Pese a ello, en numerosos pronunciamientos dictados en suplicación parece despreciarse al uso como fuente de obligaciones jurídico-laborales con entidad propia, al pronunciarse sobre la existencia de condiciones más beneficiosas de carácter y proyección colectiva, reproduciéndose sistemáticamente la siguiente afirmación “(...) lo fundamental es (...) que cualquiera que sea el título originario de la concesión, constituya un derecho adquirido y no un mero uso de empresa (...)”. Así, en: SSTSJ de Murcia de 12 de febrero de 1998 (AS 1998, 5269) de Navarra de 23 de septiembre de 1998 (AS 1998, 3142) de Cantabria de 12 de marzo de 1999 (AS 1999, 5340), de Cataluña de 5 de junio de 2000 (AS 2000, 2103) de Galicia de 14 de noviembre de 2000 (AS 2000, 4704) de Andalucía, Málaga, de 8 de junio de 2001 (JUR 2001, 271756) de Cataluña de 11 de diciembre de 2002 (AS 2002, 938), de Cataluña de 25 de marzo de 2002 (AS 2002, 1695), de Cataluña de 3 de octubre de 2002 (AS 2002, 3867), del País Vasco de 22 de enero de 2002 (JUR 2002, 218139) y de Baleares de 3 de diciembre de 2003 (AS 2004, 1422). Vid. también SSTs de 31 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4012)

precisar los elementos configuradores de los usos de empresa, y a concretar cuál es su naturaleza y eficacia jurídica.

Y la cuestión reviste enorme trascendencia práctica, habida cuenta de la frecuencia con que se introducen en la práctica empresarial mejoras empresariales a través de cauces informales, que progresivamente se generalizan frente a los miembros de la plantilla y que se mantienen a lo largo del tiempo. Así, y sin ánimo de exhaustividad, a los efectos de: atribución de percepciones económicas complementarias, salariales o no (v.gr., introducción de pagas extraordinarias o entrega de cestas de Navidad); disfrute de “puentes”; flexibilización de horarios de entrada y salida del trabajo o del régimen de turnos de trabajo; tolerancia del absentismo laboral por causas razonables y atendibles no contempladas en el régimen de permisos legal o convencional; reducción de la jornada diaria o semanal ordinaria; reconocimiento de la posibilidad de ausentarse del trabajo en vísperas de fiestas (v.gr., el día de Nochebuena o de Nochevieja); concesión de facilidades para acogerse a situaciones de excedencia; asimilación de los períodos de inactividad o de descanso a tiempos de trabajo efectivo a efectos económicos o de antigüedad, etc.

Para el estudio de los usos de empresa, debe partirse del análisis del fundamento de su potencialidad ordenadora y fuerza vinculante.

A estos efectos, conviene recordar que el empresario, en cuanto titular de la organización productiva, puede desplegar actividad ordenadora en dos direcciones: o bien para personalizar el estatuto jurídico-laboral individual de alguno/s de sus trabajadores o bien para dictar reglas generales de aplicación en la empresa. En definitiva, el ejercicio de una de las vertientes de la libertad de empresa (artículo 38 de la CE) —el poder empresarial de autorregulación— puede desplegar sus efectos en un plano interindividual o en un ámbito supraindividual o intraempresarial³. Y es en este segundo plano donde deben enmarcarse los llamados usos de empresa, dada la proyección colectiva del comportamiento reiterado que les da vida. Idéntica conclusión se extrae del análisis de los artículos 64.1.9 del ET y 151 de la LPL, pues de su tenor se deduce que el legislador: de una parte, admite que la ordenación colectiva de las relaciones de trabajo la lleve a cabo el empresario por sí solo y a través de cauces informales; y de otra, que considera que, pese a la informalidad, unilateralidad y voluntariedad originaria de las concesiones acostumbradas, el empresario está obligado a mantener el trato de favor así instaurado.

El reconocimiento de la potencialidad ordenadora y de la fuerza vinculante de los usos de empresa se deriva, además, de dos principios generales: el de libertad de forma y el de autorresponsabilidad, confianza o buena fe.

(3) Sobre la cuestión y la posición de la doctrina alemana (que constituye, junto a la italiana, una referencia obligada para el estudio de los usos de empresa) vid. el clásico estudio de SPAGNUOLO VIGORITA, L., *Gli usi aziendali*, Morano Ed., 1965, págs. 27 y ss.; vid. también NICOLINI, G., *Fonti extralegislativi del Diritto del Lavoro*, Milán, 1982, págs. 96 y ss. (y la bibliografía allí citada).

En efecto, al amparo del principio de libertad de forma, consagrado en los artículos 1278 del Código Civil y 8.1 del ET, tanto en la dogmática jurídico-civil, como en la laboral⁴, se considera que los actos o comportamientos concluyentes (*facta concludentia*)⁵ y, en definitiva, las conductas que revelen indirecta o tácitamente la voluntad de su autor, se erigen en fuente de obligaciones. A la luz de lo dispuesto en tales preceptos es incuestionable que esto puede admitirse cuando nos movemos en la esfera contractual individual, esto es, cuando el comportamiento empresarial sólo despliega sus efectos en el seno de la relación individual que le vincula con uno o varios trabajadores singularmente considerados. Pero las prácticas empresariales uniformes operan en un nivel más amplio (de empresa o centro de trabajo, y frente a la totalidad de la plantilla o frente a categorías concretas de trabajadores) por lo que parece que ni el artículo 1278 del Código Civil, ni el artículo 8.1 del ET constituyen el fundamento jurídico último y exclusivo en el que debemos apoyarnos para reconocer poder ordenador y fuerza vinculante a los usos de empresa.

Tampoco los artículos 1287 y 1258 del Código Civil (que obligan a integrar el contrato y a interpretar su clausulado de conformidad con los usos generales) brindan suficiente apoyo a estos efectos, puesto que la peculiaridad básica del uso de empresa es que nace en el ámbito empresarial y despliega su eficacia exclusivamente en él.

Y dado que el uso nace fuera del contexto de la negociación colectiva, tampoco resulta procedente invocar a estos efectos el principio de libertad de forma de los convenios colectivos implícito en la normativa reguladora de la negociación colectiva⁶ (artículo 37 de la CE y Título III del ET).

Ahora bien, puesto que al reiterar sistemáticamente una conducta beneficiosa para los trabajadores el empresario crea una expectativa frente a un colectivo, de conformidad con el principio general de autorresponsabilidad, confianza o buena fe⁷, esta expectativa colectiva ha de recibir adecuada protección jurídica. Por ello, aunque el ordenamiento laboral guardara total silencio con respecto a los usos de empresa, es incuestionable que, pese al carácter informal de la conducta, el empleador no podría volver libre y discrecionalmente sobre sus propios actos⁸, sino que queda vinculado unilateralmente frente a ese colectivo.

(4) Por todos, SALA FRANCO, T. y GOERLICH PESET, J.Mª., “Los límites al principio de condición más beneficiosa de naturaleza contractual (A propósito de la STCT de 11 de enero de 1989)”, *Poder Judicial*, núm. 15, 1989, págs. 189 y ss.

(5) Se entiende por **comportamiento concluyente** cualquier comportamiento negocial, a partir del cual –por vía de interpretación, con arreglo a las reglas de la lógica y de la experiencia, y teniendo presente el conjunto de circunstancias en que se ha desarrollado aquél– puede obtenerse con total seguridad una deducción unívoca acerca del significado del negocio. Vid. SMURAGLIA, C., *Il comportamento concludente nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milán, 1963, págs. 17 y ss.

(6) En Italia, no obstante, se ha utilizado como argumento, no ya para reconocerle eficacia jurídica, sino para sostener la equiparabilidad a un convenio colectivo de Derecho Común. Sobre la cuestión, por todos: SPAGNUOLO VIGORITA, L., “Usi aziendali e Diritto del Lavoro”, *Mass. Giur. Lav.* 1989, pág. 685; LIEBMAN, S., “Gli ‘usi aziendali’ davanti alle sezioni unite della Cassazione: L’occasione per un bilancio (e per alcune puntualizzazioni)”, *ADL*, núm. 1, 1995, págs. 233 y ss.; BATTISTI, A.M., “Sulla prassi aziendale e sul contratto collettivo non stipulato per iscritto”, *Dir.Lav.*, 1994-II, págs. 264 y ss.

(7) PICONE, D., “L’uso aziendale secondo le Sezioni Unite”, *Dir.Lav.*, 1996-II, págs. 344 y 345.

(8) NICOLINI, G., *Fonti...*, cit., pág. 100; PELLICIONI, P., “Sugli usi aziendali e sui limiti ai poteri privati dell’imprenditore”, *Riv.Giur.Lav.Prev.Soc.*, 1992-II, pág. 728. Vid., no obstante, TOGNAZZI, G., “Gli usi aziendali: prospettiva individuale e rilevanza collettiva”, *NGCC*, 1996-I, pág. 57, quien considera que la invocación de los principios de buena fe y confianza responde a la voluntad de aplicar “transversalmente” el principio de igualdad de trato en el seno de la empresa.

En consecuencia, cabe concluir que el principio de libertad de forma rige en el ámbito del poder de autorregulación empresarial, incluso cuando se ejercita a nivel supraindividual. Y es este principio, junto al de autorresponsabilidad, confianza o buena fe, el soporte jurídico de la potencialidad ordenadora del uso de empresa y de su fuerza vinculante.

Pero son numerosas las incógnitas pendientes de despejar: cuáles son los cauces e instrumentos que nuestro ordenamiento dispensa para la protección de las expectativas nacidas de los usos o *facta concludentia* observados en relación con un colectivo de sujetos considerados *in genere*; qué grado de estabilidad tienen las condiciones disfrutadas usualmente por los trabajadores (alcance de las facultades novatorias o extintivas del empresario y capacidad modificativa del convenio colectivo posterior) y qué sujetos tienen la condición de titulares legítimos de expectativas y pueden, por ello, exigir que se les arbitre el trato de favor usual (ámbito personal del uso).

Con el fin de encontrar una respuesta a tales interrogantes, en el presente trabajo se analizará la configuración jurídica del uso de empresa, esto es, los presupuestos necesarios para su nacimiento, así como las notas y elementos caracterizadores del uso ya consolidado, de modo que sea posible: en primer lugar, desentrañar dónde se sitúa la frontera que separa este instituto jurídico de las fuentes legalmente previstas, de otras figuras negociales afines, así como de las conductas calificadas por la jurisprudencia como discrecionales o meramente toleradas; y en segundo lugar, precisar cuál es su verdadera naturaleza y eficacia jurídica, con el propósito de ubicar a los usos de empresa en el sistema de fuentes de las obligaciones jurídico-laborales (y, con ello, determinar: a) los efectos aparejados a su consolidación, tanto en la esfera colectiva como en la individual, y b) el ámbito personal y temporal de aplicación).

II. CONCEPTO Y CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL USO DE EMPRESA: PRESUPUESTOS Y ELEMENTOS

A través de la expresión “uso de empresa” se designa tanto en la práctica empresarial, como en el terreno doctrinal y jurisprudencial, al fruto resultante de la espontánea y sistemática reiteración de una conducta empresarial, observada frente a una colectividad de trabajadores considerada genéricamente y consistente en la atribución de determinadas ventajas o beneficios o en el reconocimiento de ciertas prerrogativas⁹ no contempladas expresamente en el marco normativo, convencional o contractual de referencia.

A) Elemento subjetivo: la proyección colectiva de la conducta empresarial y su expansión

El uso de empresa nace en el ámbito empresarial (o incluso en un ámbito más reducido) en virtud de actos o conductas reiteradas del empresario que despliegan sus efectos sobre una pluralidad de trabajadores: la plantilla, cierta categoría o grupo profesional o cual-

(9) Jurisprudencialmente se admite el nacimiento de usos vinculantes no sólo a partir de actos de concesión, sino también a partir de conductas abstencionistas del empresario y autorrestringidas de los poderes organizativos (v.gr., para un supuesto de permutas en turnos de vacaciones, vid. STSJ de Cantabria de 25 de octubre de 2001 –JUR 2001, 26681–).

quier colectivo homogéneo de trabajadores que pueda imaginarse (v.gr., el personal perteneciente a un turno de trabajo determinado o los trabajadores con cargas familiares, etc.)

Aunque la terminología acuñada para referirse a esta enigmática figura jurídica incluye el calificativo de empresarial:

1º. Cabe que el uso nazca en un único centro de trabajo cuando la empresa tenga varios. La espontaneidad originaria del comportamiento observado, así como las peculiaridades de índole organizativa, técnica o productiva de cada centro, pueden justificar sobradamente esa diversificación de estatutos. La conducta observada por el empresario no podría ser tachada de discriminatoria por la sola existencia de diferenciación de trato; y éste no vendría obligado, por tanto, a extender las condiciones “usuales” aplicadas en un determinado centro a los restantes¹⁰.

2º. Pero, además, para que la práctica empresarial sea reconocible como tal, es innecesario que la ventaja usualmente reconocida se extienda a todos y cada uno de los miembros de la plantilla. Basta, por el contrario, que el comportamiento empresarial despliegue sus efectos sobre una categoría homogénea de trabajadores¹¹, acotada en función de referencias o datos concretos, ya sean de tipo subjetivo o de naturaleza objetiva (esto es, que conecten o bien con la situación económica, personal o familiar de los trabajadores, o bien, por el contrario, con el tipo de actividad o funciones que desarrollan en la organización productiva o con las circunstancias específicas concurrentes en la unidad productiva en la que prestan sus servicios).

El uso empresarial es, pues, la conducta empresarial acostumbrada observada frente a una determinada categoría profesional (según la acepción jurídico-sindical de esta última expresión) en el ámbito empresarial o infraempresarial.

Así, la nota de la generalidad (con las matizaciones apuntadas) opera aquí como elemento diferenciador del uso respecto de

**EL USO EMPRESARIAL
ES LA CONDUCTA
EMPRESARIAL
ACOSTUMBRADA
OBSERVADA FRENTE A UNA
DETERMINADA CATEGORÍA
PROFESIONAL EN
EL ÁMBITO EMPRESARIAL
O INFRAEMPRESARIAL**

(10) Cfr. MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G., *Decisiones empresariales y principio de igualdad*, Cedecs, Barcelona, 1998, pág. 237 (y jurisprudencia allí citada). Vid., por todas, la STSJ de Cataluña de 7 de febrero de 1997 (AS 1997, 1825).

(11) Vid., por todos, SPAGNUOLO VIGORITA, L., *Gli usi...*, cit., págs. 55 y ss.; MISCIONE, M., “Usi e parità di trattamento”, *Riv. Dir. Com.*, 1981, pág. 139; SCIANCALEPORE, G., *Autonomia negoziale e clausole d'uso*, Ed. Scientifiche Italiane, Nápoles, 1998, pág. 176; MARTÍNEZ JIMÉNEZ, J.M., “La condición más beneficiosa. Especial referencia a los pactos colectivos y a los usos de empresa como fuentes de la misma”, *RL*, 1988, núm. 1, pág. 36.

simples pactos individuales (sean éstos expresos o tácitos¹²). Y, por ello, en principio, las concesiones que singularmente y a título individual efectúe el empresario espontánea y voluntariamente nunca pueden dar lugar al nacimiento de un uso, ni siquiera en el caso de que se disfruten simultáneamente por varios trabajadores de forma reiterada o periódica.

Sin embargo, es frecuente que también este tipo de concesiones tengan un origen informal; por ello, y por la inutilidad de recurrir a un criterio numérico o cuantitativo, en la práctica no resulta fácil deslindar con precisión las condiciones disfrutadas a título individual por diversos trabajadores, en virtud de una pluralidad de concesiones individualizadas del empresario (los llamados por algunos autores¹³ “usos individuales”¹⁴) respecto de las condiciones disfrutadas en virtud de lo que ya puede considerarse verdadero uso de empresa consolidado. Así, ante la imposibilidad de formular reglas que automáticamente permitan trazar la frontera, el que la conducta se considere generadora de un uso o no, dependerá del resultado de la aplicación de técnicas presuntivas por el órgano jurisdiccional que se enfrente a cada caso concreto.

En la práctica, si el empresario reitera un determinado comportamiento “de favor” frente a varios trabajadores, puede sentirse forzado ulteriormente a extenderlo a otros que se hallen en idéntica situación, en contra de su verdadera voluntad, por el temor a que su conducta sea tachada de contraria a los principios de igualdad y no discriminación (artículo 14 de la CE y artículo 17 del ET). A este respecto, y con el fin de determinar si tal temor puede reputarse fundado, debe señalarse que sólo si se parte de una concepción rígida de los principios de igualdad y no discriminación, a tenor de la cual el ordenamiento impediría al empresario arbitrar un tratamiento desigual a sus trabajadores, no ya sólo cuando la diferenciación de trato se basara en una causa torpe, sino también cuando respondiese a la mera voluntad, discrecionalidad o arbitrariedad del empleador (sin que existieran causas empresariales objetivas que lo justificasen), el uso se consolidaría por la proyección del principio de igualdad en la esfera de la autonomía de la voluntad individual cuando la misma se ejercita frente a una pluralidad de trabajadores. Bajo tales premisas, el reconocimiento de eficacia jurídica general al uso creado así, sería el corolario de una propensión extendida hacia el igualitarismo en la empresa¹⁵.

(12) En empresas de reducida dimensión difícilmente podrá nacer un uso de empresa en sentido propio, por más que la conducta empresarial afecte a la totalidad de los miembros de la plantilla. Cfr. SPAGNUOLO VIGORITA, G., “Osservazioni in tema di ‘uso aziendale’ e contratto collettivo”, *Mass. Giur. Lav.*, 1998, núm. 2, pág. 333.

(13) Cfr. NICOLINI, G., *Fonti...*, cit., págs. 116 y ss.; SCIANCALEPORE, G., *op. cit.*, pág. 175.

(14) Estarían dotados, sin duda, de fuerza vinculante, en tanto que constituyen actos negociales aceptados por los trabajadores por la vía tácita, pero la eficacia jurídica del acto de concesión no rebasaría los límites de la esfera individual. Las concesiones que el empresario lleve a cabo libremente y *ad personam* (esto es, en atención a particulares circunstancias personales, familiares o profesionales) una vez se hayan aceptado por sus destinatarios, aun tácitamente, y repetido en el tiempo, se consolidan como “condiciones más beneficiosas”, esto es, como verdaderos derechos subjetivos integrantes de su patrimonio contractual laboral estable; y ello, porque, con ese modo de proceder, el empresario revela tácitamente su voluntad de favorecer únicamente a esos trabajadores (y no al resto). El comportamiento empresarial constituiría una referencia más para interpretar el contrato individual en estos casos (ASQUINI, A., “In tema di usi aziendali”, *Mass. Giur. Lav.*, 1968, págs. 187 y 188). *Vid.*, por todas, la STSJ de Baleares de 8 de enero de 1998 (AS 1998, 173).

(15) Cfr. SPAGNUOLO VIGORITA, G., *op. cit.*, pág. 340; MASINI, L., “Gli usi aziendali: incertezze giurisprudenziali e prospettive collettive”, *Mass. Giur. Lav.*, núm. 2, 1995, pág. 165; MISCIONE, M., *op. cit.*, págs. 143 y ss. (según este autor es más seguro plantear la reclamación por inaplicación de un uso que por vulneración del principio de igualdad). En cambio,

Por ello parece obligado determinar si efectivamente (y en caso afirmativo, a partir de qué momento) la conducta observada frente a una pluralidad de trabajadores debe necesariamente expandirse para evitar la fricción con los principios de igualdad y no discriminación).

Partiendo de la doctrina constitucional y de la más reciente jurisprudencia ordinaria, parece que ha de entenderse que el empresario conserva el poder de control sobre estas concesiones efectuadas unilateralmente, al margen del convenio; y, a lo sumo, en la línea defendida por algunos autores, cabría reputar lesiva de tales principios la denegación del trato de favor a uno o unos pocos de los trabajadores que integren el mismo grupo genérico al que pertenezcan los privilegiados, de manera que la diferencia de trato resulte “sancionadora”¹⁶. Asumiendo tal doctrina, con la apuntada matización, cabría concluir que en principio no sólo las concesiones plurales, sino también los usos de empresa pueden existir o pervivir, aunque en el seno de una misma empresa, centro de trabajo o de una categoría profesional concreta, algunos trabajadores no reciban el trato de favor.

Por otra parte, debe advertirse que nuestros tribunales admiten que a partir de un momento dado el empresario deje de extender a nuevos beneficiarios el trato de favor generalizado, manteniendo pese a ello, el mismo para los trabajadores que estuvieran en alta en la empresa antes de dar ese giro a su comportamiento. De este modo, toman carta de naturaleza las llamadas “dobles escalas”, a las que parece oportuno dedicar en este lugar cierta atención.

En efecto, y por lo que se refiere a las dobles escalas salariales, no se viene admitiendo, por reputarse contrarias al principio de igualdad, salvo que concurren ciertos requisitos¹⁷ (objetividad del factor de diferenciación, razonabilidad de la diferencia instaurada para lograr un fin legítimo en atención a las particulares circunstancias concurrentes¹⁸, proporcionalidad y adecuación sacrificio impuesto al colectivo desfavorecido-fin perseguido) las que tengan origen convencional y estén dirigidas a preservar condiciones establecidas en convenios precedentes para quienes las hubieran disfrutado bajo el período de vigencia de los mismos y que estén articuladas a través de una reducción salarial

parte de la doctrina española entiende que si el empresario se niega a extender el trato de favor a algún trabajador, incurre en discriminación y su conducta es sancionable, por infringir el artículo 17 del ET y no por realización de un acto contrario al uso de empresa. Cfr. DE LA VILLA, GARCÍA BECEDAS y GARCÍA PERROTE, *Instituciones de Derecho del Trabajo*, 2ª ed., CEURA, Madrid, 1991, pág. 289.

(16) MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G., *Decisiones empresariales...*, cit., págs. 242 y 243. En este sentido, también RODRÍGUEZ-PINERO BRAVO FERRER, M., “La igualdad en los tratamientos laborales y su relevancia constitucional”, RL, 1998-II, pág. 93.

(17) Así, el TS se ha pronunciado en contra de la doble escala instituida a través de convenios colectivos, entre otros, en los siguientes pronunciamientos: SSTs de 7 de marzo de 2003 (RJ 2003, 4499), de 3 de octubre de 2000 (RJ 2000, 8659), de 25 de julio de 2002 (RJ 2002, 9904), de 20 de septiembre de 2002 (RJ 2003, 500), de 21 de enero de 2004 (RJ 2004, 1936). Vid. también la reciente STC 27/2004, de 4 de abril, que afirma con rotundidad que la distinta fecha de ingreso en la empresa, por sí sola, no puede justificar un diferente trato.

(18) Y bajo este punto de vista se valora positivamente su utilidad o idoneidad para la creación o preservación del empleo o para asegurar la viabilidad de la empresa.

aplicable sólo a trabajadores de nuevo ingreso¹⁹. Pero, curiosamente²⁰, por regla general²¹ se viene admitiendo, en cambio, que la aplicación de cláusulas convencionales de respeto de condiciones disfrutadas colectivamente con anterioridad a la entrada en vigor del convenio —incluidas, en algún caso, las condiciones de origen convencional— (las llamadas cláusulas de garantía *ad personam*) conduzca a la diferenciación²². E igualmente, se admite mayoritariamente que las concesiones efectuadas al margen de los convenios estatutarios pervivan sólo para quienes las hubieran disfrutado con anterioridad²³. Y lo más llamativo es que en estos dos últimos casos, en general se viene entendiendo que el goce (por los trabajadores más antiguos) de la condición, colectiva o plural, que se quiere suprimir para los nuevos trabajadores constituye un factor objetivo y razonable que legitima *per se* la diferenciación y la hace compatible con el principio de no discriminación incluso cuando se pacta el carácter inabsorbible de aquélla (perpetuándose la diferencia de trato)²⁴. Con todo, no puede perderse de vista que en algunos casos la instauración en el convenio de la doble escala —y, en su caso, la permisividad de nuestros Tribunales frente a las mismas— se apoya en la necesidad de proteger derechos o meras expectativas de trabajadores que accedieron colectivamente al disfrute de condiciones en un momento dado como consecuencia de modificaciones sustanciales en sus condiciones de trabajo, o en la voluntad de reducir o eliminar los efectos traumáticos que pueden

(19) STSJ de Castilla-La Mancha, de 8 de mayo de 1997 (AS 1997, 2464); STS de 22 de enero de 1996 (RJ 1996, 479) y STS de Cataluña de 28 de octubre de 1996.

(20) En extenso, *vid.* las duras críticas de DÍAZ AZNARTE, M^a. T., en *El principio de condición más beneficiosa en el ordenamiento laboral*, Bosch, Barcelona, 2001, págs. 171 y ss. En sentido contrario, por ser partidario de la legitimidad de las dobles escalas, *vid.* GARCÍA FERNÁNDEZ, M., “La doble escala salarial y su incidencia en el empleo”, ponencia presentada en las Jornadas sobre *La Reforma Laboral a debate: balance y perspectivas*, Iltre. Colegio Oficial de Graduados Sociales de Madrid, ejemplar mecanografiado, especialmente págs. 18 y ss. Como señalara este autor, la disparidad de criterio jurisprudencial viene motivada, de una parte, por la oscuridad con la que se configuran en algunos casos las cláusulas destinadas a salvaguardar condiciones más beneficiosas; y de otra, por la confusión reinante en torno al instituto de la condición más beneficiosa (que, en su opinión, cobra sentido y justificación en el proceso de sucesión —regresiva— de convenios colectivos); y DEL REY GUANTER, S., “Fecha de ingreso de los trabajadores en la empresa y diferenciación de las condiciones de trabajo en los convenios colectivos: una lectura integradora de la jurisprudencia más reciente”, *AL*, núm. 21, 1997, págs. 521 y 522 (para quien estas condiciones de origen normativo, se degradan, *contractualizándose* a través de estas operaciones convencionales). Sobre estas cuestiones, *vid.*, entre otros trabajos recientes, PURCALLA BONILLA, M.A., “La doble escala salarial como instrumento de desigualdad retributiva”, *RTSS-CEF (Recursos Humanos)*, núm. 244, 2003, págs. 3 y ss. FALGUERA BARÓ, M.A. “Reflexiones jurídicas sobre los sistemas contractuales duales por razón de la fecha de ingreso surgidos de la autonomía colectiva”, en AAVV, *Estudios sobre el salario* (J. APARICIO TOVAR, coord.), Bomarzo, Albacete, 2004, en especial, págs. 125 y ss. LUJÁN ALCARAZ, J., “A vueltas con la doble escala salarial”, *AS*, núm. 6, 2004 (BIB 2004, 634).

(21) *Vid.* la tesis contraria en STSJ de Cataluña de 10 de mayo de 1999 (AS 1999, 2224). Parece seguir un criterio restrictivo, asimismo, la STS de 18 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9517).

(22) STC 171/1989, de 19 de octubre; STS de 6 de abril de 1995 (RJ 1995, 2916); STSJ de Baleares de 8 de junio de 1998 (AL 1998, ref. 1876); SAN de 17 de junio de 2004 (AS 2004, 2698); y, para condiciones procedentes de un acuerdo colectivo, STSJ de Navarra de 18 de diciembre de 2002 (AS 2003, 380).

(23) SSTs de 12 de noviembre de 2002 (RJ 2003, 1026); de 18 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 7645); de 27 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 9647) y de 25 de octubre de 1999 (RJ 1999, 8402) sobre condiciones previstas en una circular; STSJ de Cataluña de 3 de septiembre de 1998 (AS 1998, 3633); STSJ de Cataluña de 7 de abril de 2003 (AS 2003, 1894); e implícitamente, también en la STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 2 de noviembre de 1998 (AS 1998, 4878). *Vid.*, no obstante, en contra, la STSJ de Cataluña de 16 de abril de 1998 (AS 1998, 2065) en la que un pacto no formalizado por escrito de alcance colectivo se reputa dotado de eficacia normativa y, en atención a ello, se considera que se conculca el principio de igualdad si la empresa inaplica tal pacto a los trabajadores que ingresen después de una determinada fecha.

(24) *Vid.* SAN de 30 de marzo de 2004 (AS 2004, 2116) —aunque en esta sentencia parece conferirse especial relevancia al hecho de que no se trataba de una condición de disfrute colectivo, sino de una pluralidad de concesiones efectuadas en su momento a título personal—.

venir anudados a la aplicación de medidas de homogeneización salarial en el marco de procesos de sucesión de empresas o de sucesión de convenios —cuando la antigua estructura retributiva se modifica sustancialmente— o de cambio de la unidad de negociación del convenio. Y se ha considerado en algún caso relevante, asimismo, la utilización de la medida diferenciadora con fines de política de empleo²⁵.

Habida cuenta, por otra parte, que según tiene establecido la jurisprudencia, a efectos de aplicación de los principios de igualdad y no discriminación, debe distinguirse el plano normativo del contractual, y asumiendo que los usos se insertan en el marco de la autonomía individual (y que, aunque rebasen el marco de lo estrictamente contractual, no gozan de eficacia normativa, y por tanto, no se ven afectados por el principio de igualdad) deberá admitirse que el empresario aplique a sus trabajadores estatutos laborales colectivos diferenciados en función de que ingresen con posterioridad al momento de manifestación de voluntad contraria al mantenimiento de una cierta praxis o, por el contrario, en una fecha anterior (evidentemente, siempre que no concurra causa torpe proscrita, expresa u oculta, determinante de la diferenciación de trato).

Pero a la postre, la mayor o menor generosidad con que se conciban los poderes de gestión empresarial y, en definitiva, la mayor o menor amplitud que se confiera a la autonomía individual a efectos de fijación y “administración” de condiciones de trabajo de disfrute colectivo²⁶ a la luz de nuestro sistema de fuentes y de los cauces de protección de los intereses colectivos previstos en nuestro ordenamiento (y no sólo bajo el prisma de los principios de igualdad y no discriminación) condicionará, como justificaremos, la respuesta que debe darse al problema de fijación del espacio que en el sistema de fuentes de las obligaciones laborales queda reservado para los usos de empresa y de acotación de su ámbito de aplicación y eficacia personal.

**DEBE DISTINGUIRSE
EL PLANO NORMATIVO
DEL CONTRACTUAL,
ADMITIÉNDOSE QUE
EL EMPRESARIO APLIQUE
A SUS TRABAJADORES
ESTATUTOS LABORALES
COLECTIVOS
DIFERENCIADOS
EN FUNCIÓN
DE LA FECHA DE INGRESO
EN LA EMPRESA**

(25) Así, en la STSJ de Cataluña de 30 de abril de 2002 (AS 2002, 1991) —como medida de política de empleo y en el contexto de la aplicación de una nueva estructura retributiva—.

(26) Vid. la tesis restrictiva defendida por BEJARANO HERNÁNDEZ, A. en “Desigualdad de trato retributivo de los trabajadores de nuevo ingreso y autonomía colectiva e individual”, RL, 1997-I, pág. 468, apoyándose en que, a su juicio, estas condiciones colectivas habrían de negociarse colectivamente. En contra, vid. STC 208/1993, de 28 de junio.

B) Elemento objetivo o material: materias susceptibles de ser ordenadas por el uso empresarial

El uso sólo puede originarse y consolidarse en espacios no ocupados por la ley o por el convenio colectivo (sea éste estatutario o extraestatutario y con independencia de cual sea su ámbito de aplicación).

El empresario puede regular unilateralmente algunos aspectos de las relaciones de trabajo en su empresa a través de la pura y simple reiteración sistemática de conductas; pero tropieza con un límite que no puede desconocer: la autonomía colectiva y, más en concreto, el conjunto de manifestaciones que puede revestir el ejercicio de la facultad de autorregulación reconocida a los sujetos colectivos (ex artículo 37 de la CE) tanto a nivel empresarial, como supraempresarial. Así, no puede ignorar o anular, por la vía de la praxis, la autonomía colectiva, eludiendo sistemáticamente las vías institucionales de ordenación colectiva de las relaciones de trabajo en la empresa. Pero está legitimado, en cambio, para mejorar o completar unilateralmente, tanto por cauces formales como informales, la labor reguladora emprendida por el convenio colectivo aplicable en la empresa²⁷, cualquiera que sea su ámbito.

De este modo, las cláusulas convencionales y las previsiones legales pueden quedar desplazadas por el uso, siempre que la regulación usual sea más favorable²⁸. Esta afirmación, no obstante, plantea innumerables problemas de orden práctico, pues el juicio sobre el carácter más o menos favorable sólo puede efectuarse cómodamente respecto de las condiciones cuantificables y que presenten características homogéneas. Así, es posible en relación con las económicas: comprobación de la mayor o menor entidad de la atribución patrimonial, a través de una comparación global o analítica; o en lo que a la dimensión cuantitativa de descansos y tiempo de trabajo se refiere. Pero es inviable, en cambio, la formulación de reglas fijas e infalibles para medir el grado de “favorabilidad” de la conducta o concesión empresarial cuando la misma repercute sobre otros aspectos de la relación de trabajo (cambios en la distribución de la jornada ordinaria o en el régimen de turnos, fijación de las fechas de disfrute de descansos, etc.)

Tras una primera y superficial aproximación al problema, parece que a efectos de pronunciarse sobre la modificabilidad de esas otras materias, hay que estar a las concretas circunstancias o situaciones subjetivas de los afectados y que no merecen la misma respuesta los problemas que se plantean en relación con un convenio empresarial, que los que plantea el convenio colectivo supraempresarial. Pero lo cierto es que, tanto en uno como en otro caso, a través del uso (y en definitiva, de la iniciativa empresarial unilateral) no se podrá modificar la regulación convencional, salvo que el propio convenio colectivo lo autorice, sino que para establecer una regulación divergente habrá que recurrir: o bien

(27) Sobre el estado de la cuestión en la doctrina constitucional, vid., por todas, la STC 105/1992, de 1 de julio, matizada posteriormente por las SSTC 208/1993, de 28 de junio y 74/1996, de 30 de abril; 107/2000, de 5 de mayo y 225/2001, de 26 de noviembre.

(28) Y ello, en virtud no del principio de norma más favorable, sino de la teoría de la condición más beneficiosa; principio jurisprudencial este, aplicable, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, a condiciones de disfrute colectivo.

al procedimiento ordinario de revisión de los convenios colectivos, o bien al previsto en el artículo 41 del ET (cuando concurren las causas empresariales previstas en este precepto, que aconsejen la acomodación de la regulación convencional a las necesidades específicas de la empresa; y siempre que no se trate de alguna de las materias inmodificables)²⁹.

Una vez acotado el campo objetivo de acción del uso, sólo resta hacer una breve reflexión en cuanto a los tipos de materias que pueden ser reglamentadas a través de un uso. Mientras las condiciones de trabajo (retribuciones, prestaciones asistenciales, tiempo y horarios de trabajo, régimen de descansos y permisos,...) ya sean mínimas o fruto de un pacto de mejora, pueden mejorarse por la vía usual, se plantean ciertas dudas en lo que respecta al régimen disciplinario. Aunque el empresario puede ver limitadas temporalmente sus posibilidades de ejercicio del poder organizativo y disciplinario, por razón de la inaplicación o aplicación flexible previa del régimen organizativo y disciplinario vigente en la empresa, no parece que estemos ante usos en sentido propio (pese a que en numerosas sentencias se refieren a tales pautas o actuaciones tolerantes como usos de empresa³⁰).

No está claro tampoco que las materias sindicales puedan ser reglamentadas a través de un uso; ahora bien, en la medida en que en nuestro ordenamiento no existe una reserva en favor del convenio colectivo, si a través del uso se favorece la acción sindical en la empresa, debiera admitirse esta posibilidad³¹.

C) Elemento temporal: la necesaria reiteración y la proyección indefinida

El uso es, ante todo, y por definición, un modo de obrar o una práctica general e uniforme, cuyo nacimiento o consolidación no es instantáneo, sino progresivo (esto es, su nacimiento tiene lugar tras un período de gestación más o menos prolongado). Por ello, para que una determinada conducta empresarial pueda ser reconducida a la categoría jurídica de uso de empresa es necesario que ésta se reitere a lo largo del tiempo.

(29) Cfr. ALONSO OLEA, M., "La negociación colectiva y la mejora de las condiciones de trabajo", REDT, núm. 63, 1994, págs. 142 y 143; PÉREZ DE LOS COBOS, F., "La denuncia modificativa empresarial y el principio de condición más beneficiosa", AL, 1996, núm. 21, pág. 429.

(30) Nuestros Tribunales, para valorar la pertinencia de las sanciones, prestan especial consideración a la existencia o no de un clima de tolerancia y a las pautas habituales de reacción empresarial ante incumplimientos de los trabajadores). Así, en las SSTs de 20 de febrero de 1991 (RJ 1991, 854), de 31 de mayo de 1984 (RJ 1984, 3102) y de 20 de enero de 1987 (RJ 1987, 82); y en las SSTSJ de Extremadura de 26 de julio de 1994 (AS 1994, 2833); de Cantabria de 26 de mayo de 1998 (AS 1998, 6062); de Galicia de 11 de abril de 2000 (AS 2000, 1084); de Cataluña de 11 de marzo de 2003 (AS 2003, 1616); de Extremadura de 19 de diciembre de 2002 (JUR 2003, 64935); de Madrid de 8 de junio de 2004 (AS 2004, 2610); de Madrid de 28 de julio de 2004 (AS 2004, 272591). Con todo, respecto a estos usos (impropios) en materia organizativa y disciplinaria, se admite que la empresa cambie su postura, comunicándolo o advirtiéndolo previamente a sus trabajadores, a fin de dejar sin efecto esa autolimitación (y sin necesidad de establecer compensación alguna o de someter la cuestión a un procedimiento o formalidad especial).

(31) En esta línea, sobre la mejora del crédito horario de los representantes, vid. STSJ de Cataluña de 5 de junio de 1992 (AS 1992, 3347) y STSJ del País Vasco de 17 de septiembre de 2002 (AS 2003, 1650). No obstante, en la STS de 31 de mayo de 1996 (RJ 1996, 4712) se señala que no es aplicable en el ámbito de los derechos sindicales la teoría de la condición más beneficiosa que, como se ha indicado, es la construcción en la que nuestros Tribunales encuentran respaldo para reconocer eficacia jurídica a los usos de empresa. Y parece rechazarse, asimismo, en la STSJ de Madrid de 31 de octubre de 2001 (AS 2001, 4518).

No obstante, tampoco es posible diseñar reglas absolutas e infalibles que permitan distinguir en la práctica los actos empresariales simplemente reiterados (y revocables) y las concesiones plurales, respecto a los auténticos usos de empresa (dotados, en cambio, de eficacia jurídica vinculante). Nuevamente los órganos jurisdiccionales deberán resolver los problemas concretos que en la práctica se susciten, aplicando técnicas presuntivas, y confiriendo especial valor indiciario al modo de proceder de la empresa al repetir su conducta y no tanto al número de veces que se repite ésta o a la amplitud del arco de tiempo durante el que se ha mantenido pacíficamente el trato de favor (puesto que no contamos con una referencia numérica segura que facilite las cosas). La frecuencia con que se repite la concesión, así como la duración del período durante el cual se adopta un determinado comportamiento contará indudablemente con cierto valor indiciario; pero esos datos no pueden escindirse de las restantes referencias y, en particular, de la composición y amplitud del colectivo de beneficiarios, de la existencia o no de declaraciones explícitas de voluntad de establecer la mejora, así como del mayor o menor automatismo en la repetición. En cambio, la sujeción o no del comportamiento empresarial a la concurrencia de determinadas circunstancias cuyo acaecimiento sea incierto (v.gr., pago de retribuciones que se repiten de hecho, pero subordinándose a la concurrencia de determinados requisitos) sólo es relevante relativamente; así, si la reiteración se sujeta al cumplimiento de determinadas condiciones, aunque no puede nacer una condición más beneficiosa³², el comportamiento usual constituiría un uso de empresa, con la correspondiente fuerza vinculante (aunque no pueda predeterminarse la cuantía a cobrar y aunque ésta pueda oscilar a lo largo del tiempo). La fluctuación jurisprudencial es, pues, inevitable³³.

D) Elemento formal: informalidad y espontaneidad

La informalidad es un rasgo consustancial a la figura del uso de empresa no sólo durante el proceso de conformación del mismo, sino durante toda su vigencia. Por ello, aunque en los estadios iniciales (esto es, durante su gestación) el empresario pueda comunicar por escrito la concesión de la mejora a sus destinatarios, no ha de existir una manifestación expresa de voluntad de modificar el régimen laboral colectivo o general en un determinado sentido, de manera que pueda considerarse que estamos ante un uso en sentido propio y no ante un supuesto de contratación individual “en masa”.

Asimismo, aunque con cierta frecuencia las prácticas o costumbres de empresa se cristalizan en el clausulado de un convenio o acuerdo colectivo de empresa, no estamos ante un presupuesto *sine qua non* a efectos de reconocer eficacia jurídica al uso; y, lo que es más, desde el momento en que se suscribiera un acuerdo expreso de esta naturaleza, se opera-

(32) STSJ de Murcia de 20 de marzo de 1998 (AS 1998, 9865).

(33) Ello obedece, como pusiera de relieve SPAGNUOLO VIGORITA (en Gli usi..., cit., págs. 127 y 182), a que se opta por efectuar un análisis de las relaciones de trabajo en la empresa de corte unas veces contractualista y otras institucionalista. Así, según la primera opción, el dato de la reiteración, aisladamente considerado, no podría desplazar a la voluntad empresarial originaria si ésta era la de no vincularse frente a la plantilla; mientras que según la tesis institucionalista, la conducta empresarial, al reiterarse, se “objetiva”, tendiendo a presentarse como norma de general y obligada observancia.

ría un cambio de fuente de la condición de trabajo de origen usual, desapareciendo de escena el uso, con las consecuencias jurídicas que ello comporta (en orden a la modificabilidad, determinación del ámbito subjetivo de aplicación y posibilidad de supresión de la condición usual, juego de los principios de igualdad y no discriminación, etc.³⁴).

Análogas consideraciones cabe efectuar cuando la empresa incorpora expresamente al clausulado escrito de los contratos individuales de los trabajadores privilegiados las condiciones de origen usual, o bien plasma el contenido del uso en cualquier documento (circulars, instrucciones, etc.)

E) Elemento espiritual o psicológico: la voluntariedad vs. contractualización automática; y la facultad de formulación de reservas

Inicialmente el empresario que da vida a un uso actúa de un modo uniforme, libre y espontáneamente, sin verse compelido a ello por instrumento normativo o contractual alguno. Y, por ello, y para dotar de adecuada protección a las expectativas legítimas de los trabajadores, el nacimiento del uso no debiera hacerse depender de que al repetir y extender el trato de favor a un mayor número de trabajadores el empresario tenga conciencia de que esa clase de conducta resulta jurídicamente debida; de donde se puede concluir que para la conformación y pervivencia del uso empresarial tampoco debiera reputarse necesaria la concurrencia de la *opinio iuris seu necessitatis*³⁵.

Lo que resulta determinante para el nacimiento del uso es que se reitere voluntaria y sistemáticamente un determinado comportamiento concesivo de ventajas adicionales a las estrictamente exigibles por ley, convenio o contrato, frente a la generalidad de los trabajadores; y, además, que ello se lleve a cabo durante un período suficientemente dilatado de tiempo (sin coetánea o inmediata manifestación del empresario de reservas o fijación de condicionantes de la efectividad y/o estabilidad de su concesión). Ese modo de proceder puede estimarse como indicio, suficientemente sólido, revelador de la inequívoca voluntad empresarial de mantener con carácter

**EL NACIMIENTO
DEL USO REQUIERE UNA
REITERACIÓN VOLUNTARIA
DE UN COMPORTAMIENTO
CONCESIVO DE VENTAJAS
ADICIONALES EXIGIBLES
POR LEY, CONVENIO O
CONTRATO FRENTE
A LA GENERALIDAD
DE LOS TRABAJADORES
DURANTE DETERMINADO
PERIODO DE TIEMPO**

(34) Quedaría entonces sujeta al régimen jurídico de la negociación colectiva. Vid. ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 14ª ed., Universidad Complutense de Madrid, 1995, pág. 696.

(35) VALLEBONA, A., *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, I, "Il Diritto Sindacale", Giappichelli, Turín, 1998, pág. 36. Pese a lo indicado, en algún pronunciamiento aislado se condiciona el reconocimiento de fuerza vinculante a la conducta habitual a que exista "el convencimiento íntimo de que el comportamiento sucesivo de las partes debiera acomodarse a esa regla" (SAN de 16 de mayo de 1998 –AS 1998, 2354–). En la misma línea: SSTSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 18 de febrero de 1994 (AS 1994, 454) y de 2 de julio de 1993 (AS 1993, 3498), con apoyo en doctrina del extinto TCT.

permanente el régimen ventajoso que regularmente haya venido aplicando con anterioridad, esto es, de asumir unilateralmente nuevas cargas frente a un conjunto de trabajadores considerado en abstracto (y, en definitiva, de vincularse colectivamente).

Por ello, ante la necesidad de proteger las expectativas colectivas generadas:

1º. Aunque la concesión uniforme no haya sido negociada, ni exista declaración expresa de voluntad de autovinculación frente a los trabajadores, el empresario no gozará de libertad absoluta para retractarse.

2º. Pero, si el comportamiento no es concluyente, aunque se haya repetido en diversas ocasiones, no se derivarán del mismo los efectos jurídicos anudados a los *facta concludentia*; y tampoco cabrá entender que el empresario quiso establecer una regla uniforme de empresa o adoptar una medida de política empresarial general.

A efectos de determinar si nos hallamos ante uno u otro supuesto, la jurisprudencia italiana ha venido sosteniendo que ha de valorarse el comportamiento empresarial retrospectivamente y en su globalidad, haciendo abstracción de los motivos que ante cada caso concreto y cada trabajador hayan podido empujar al empresario a actuar en un determinado sentido y centrando la atención, no tanto en el porqué de cada concesión aisladamente considerada, cuanto en el porqué de la reiteración sistemática y espontánea de la misma conducta³⁶. Habrá que analizar, por tanto, si el trato de favor se extiende en el seno de la plantilla o de una determinada categoría profesional de forma sistemática o, por el contrario, condicionada a que se reúnan ciertas condiciones particulares (o incluso a las posibilidades reales de la empresa de mantener o ampliar el régimen de favor) que impidan considerar la condición beneficiosa como condición de general aplicación en la empresa o en el seno de la categoría profesional. Todo ello, con el fin de precisar si, tras la repetición de una serie de actos, puede detectarse o no un progresivo afianzamiento de la voluntad empresarial de continuar actuando en ese sentido (uniforme) frente a la generalidad de sus trabajadores.

Los usos empresariales nacen de la mera repetición voluntaria y sistemática de conductas; no son el fruto de actividad comercial desarrollada frente a ningún sujeto. Por ello, una de las notas características del uso es precisamente la de la espontaneidad genética; rasgo este, que permitirá delimitar con cierta comodidad el uso de empresa respecto de los pactos expresos, bien sean colectivos, bien individuales (pero en este último caso, suscritos “en masa”), ya sean verbales o escritos.

En cambio, no resulta fácil la delimitación de los usos de empresa vinculantes respecto de actos empresariales calificados por la jurisprudencia³⁷ como *puramente discrecionales o actitudes*

(36) Cfr. LIEBMAN, S., Gli usi..., cit., págs. 218 y 219; SPAGNUOLO VIGORITA, G., op. cit., págs. 337 a 339; OCCHINO, A., “Usi aziendali e gratuità delle attribuzioni patrimoniali”, RIDL, 1997-II, págs. 696 y 697. En último término, lo que se hace es examinar conjuntamente si concurren o no suficientes indicios de la presencia de las notas de generalidad y reiteración.

(37) Vid., por todas, STS de 15 de junio de 1992 (RJ 1992, 4582) y STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 1996 (AS 1996, 2248).

de mera tolerancia o condescendencia empresarial³⁸. Aunque el uso nace espontáneamente, para determinar si estamos ante una u otra figura, no puede ignorarse por completo la voluntad empresarial y resolver los conflictos de calificación arbitrariamente.

Insistentemente, la jurisprudencia declara que para el nacimiento de una condición más beneficiosa “no es suficiente la repetición o persistencia en el tiempo, sino que es preciso que la actuación persistente descubra la voluntad empresarial de introducir un beneficio que incremente lo dispuesto en la ley o en el convenio colectivo”³⁹. Pero la jurisprudencia no concreta en la mayoría de sus pronunciamientos en qué referencias o datos complementarios se apoya para reconocer o negar el carácter vinculante a conductas duraderas; y las soluciones aplicadas para casos similares son, en muchos casos, divergentes.

Ahora bien, en la práctica, dada la generosidad con que nuestros tribunales vienen aplicando el principio jurisprudencial del respeto de la condición más beneficiosa, tanto individual, como colectiva (aunque, en particular, respecto de estas últimas parece que en los últimos tiempos se está haciendo un mayor esfuerzo para desentrañar la voluntad real del empresario)⁴⁰, en el ámbito de lo informal queda un espacio ínfimo para los actos puramente discrecionales⁴¹ (por lo que, de manera correlativa, el terreno de los usos de empresa vinculantes se amplía considerablemente).

En efecto, en la mayoría de los casos⁴², recurriendo a técnicas presuntivas, a partir de la constatación de la mera reiteración, durante un período razonable, de una conducta empresarial ventajosa para los trabajadores, los órganos jurisdiccionales deducen la concurrencia de la voluntad empresarial de actuar de tal manera frente a éstos por tiempo indefinido⁴³. Se presume, por ello, que lo que inicialmente pudo ser una conducta discrecional y voluntaria se transforma en un uso de empresa, o sin llegar a asimilar el com-

(38) Sobre la cuestión, vid. SALA FRANCO, T. y GOERLICH PESET, J.Mª., *op. cit.*, págs. 189 y ss. Vid. también, por todas: SSTs de 7 de junio de 1993 (RJ 1993, 4544), de 20 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 9974), de 31 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4012) y de 18 de enero de 1996 (RJ 1996, 3249); y la SSTSJ de Cataluña de 5 de junio de 1992 (AS 1992, 3347) y de Cataluña de 5 de junio de 2000 (AS 2000, 2103).

(39) Sobre los presupuestos de operatividad de este principio, vid., por todos, RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, M., “Principio pro operario, condición más beneficiosa y autonomía colectiva”, RL, 1991-I, págs. 40 y ss.; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., “La condición más beneficiosa”, DL, núm. 33, 1991-I, págs. 60 y ss.; SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., *Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo*, 2ª ed., ACARL, Madrid, 1991, págs. 49 a 56; MARTÍNEZ JIMÉNEZ, J.M., *op. cit.*, págs. 26 y ss.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª. F., “Condición más beneficiosa: absorción y compensación”, RL, núm. 4, 1992, págs. 16 y ss.; CAMPS RUIZ, L.M., “La condición más beneficiosa”, AAVV, III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AEDT), Universidad de Alicante, Tirant lo blanch, Valencia, 1993, págs. 230 a 281; OJEDA AVILÉS, “El principio de condición más beneficiosa”, RPS, núm. 134, 1982, págs. 11 y ss.; SALA FRANCO, T., “El principio de condición más beneficiosa”, AEDIPE, diciembre 1982, págs. 26 y ss.; SALA FRANCO, T. y GOERLICH PESET, J.M., *op. cit.*, págs. 188 y ss.; SALA FRANCO, T. y BLASCO PELLICER, A., “Las condiciones más beneficiosas de disfrute colectivo”, AL, 1998, ref. XXV, págs. 413 y ss. DÍAZ AZNARTE, Mª. T., *op. cit.*; TOLOSA TRIBIÑO, C., *La aplicación práctica del principio de condición más beneficiosa*, en AAVV, *Los principios del Derecho del Trabajo* (DE LA VILLA GIL, L.E. y LÓPEZ CUMBRE, L., dirs.), Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2003, págs. 1189 a 1209; BALLESTER LAGUNA, F., *La condición más beneficiosa. Caracterización y eficacia de las mejoras contractuales*, Comares, Granada, 2001.

(40) Cfr. MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G., *Decisiones empresariales...*, *cit.*, págs. 226 y ss.

(41) SALA FRANCO, T. y GOERLICH PESET, J.Mª., *op. cit.*, págs. 192 y ss.

(42) Vid., no obstante, STSJ de Andalucía, Granada, de 4 de junio de 1996 (AS 1996, 1752), en la que se mantiene una posición sumamente rígida, considerándose situación meramente tolerada el mantenimiento durante 9 años de subvenciones para el transporte colectivo del personal. En la misma línea, STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 1996 (AS 1996, 2248).

(43) SALA FRANCO, T. y GOERLICH PESET, J.Mª., *op. cit.*, págs. 189 y ss.

portamiento empresarial a la figura del uso empresarial, se sostiene que ha nacido una regla vinculante (con independencia de que el ánimo verdadero del empresario fuera o no el de modificar indefinidamente las condiciones de trabajo de su plantilla en un determinado sentido⁴⁴). En consecuencia, para desvirtuar la referida presunción el empresario deberá acreditar que, pese a la reiteración de su conducta, su voluntad fue exclusivamente la de mejorar el estatuto laboral singular de ciertos trabajadores en concreto, en atención a especiales circunstancias objetivas o subjetivas (atinentes a su situación personal, familiar o profesional) o que actuó de ese modo por simple condescendencia o tolerancia o con un ánimo de liberalidad⁴⁵ (de manera que habrá que entender que el comportamiento usual no da lugar a la consolidación de condiciones más beneficiosas) o previa petición en tal sentido de la representación de los trabajadores⁴⁶. En cambio, no serán oponibles el error de derecho o el error inexcusable⁴⁷.

Así, el uso estaría caracterizado por la *voluntariedad genética*, pero también por la *obligatoriedad sobrevenida* de su observancia. Se confiere, pues, prioridad absoluta a las expectativas que la repetición de la conducta empresarial genera en los trabajadores⁴⁸, ignorándose por completo en esta segunda fase el modo de sentir posterior del empresario autor de la conducta⁴⁹. La comprobación de que un determinado modo de obrar es el usual, sería, en consecuencia, la vía utilizada por la jurisprudencia para determinar cuándo el empresario se ha dictado a sí mismo una regla de comportamiento en la relación laboral que le vincula, y que le impide volver sobre sus propios actos. Pero, en general, no se llega a

(44) Idéntica es la situación en el ordenamiento italiano, lo que ha sido objeto de críticas doctrinales que propugnan una efectiva salvaguarda de la voluntad empresarial originaria. Vid., por todos, SPAGNUOLO VIGORITA, L., *Usi*, cit., pág. 685; CASTELVETRI, L., "Una nuova prospettiva teorica per gli usi aziendali", *ADL*, núm. 6, págs. 161 y ss.; TULLINI, P., "Uso aziendale e principio volontaristico", *RIDL*, 1991-II, págs. 806 y ss.; VESCI, G., "Giurisprudenza in tema di usi aziendali nel Diritto del Lavoro", *Mass. Giur. Lav.* 1990, págs. 243 y ss.; vid. también TOGNAZZI, G., op. cit., pág. 53, para quien la búsqueda de la verdadera intención de la empresa (excluyendo la integración automática y objetiva de los contratos con las condiciones usuales) conduce a la pérdida de autonomía como fuente del uso de empresa.

(45) SSTSJ de Andalucía, Málaga, de 26 de marzo de 1999 (AS 1999, 587); de Castilla y León, Burgos, de 22 de noviembre de 1999 (AS 1999, 4402) y de Andalucía, Málaga, de 8 de junio de 2001 (JUR 2001, 271756).

(46) Sobre el margen de libertad de apreciación del material probatorio y la disparidad de soluciones jurisprudenciales a que se llega en la práctica a efectos de valorar si las conductas repetidas pueden seguir considerándose conductas de simple tolerancia, condescendencia o presididas por un ánimo de liberalidad, sin llegar a adquirir fuerza vinculante, vid. SEMPERE NAVARRO, A.V., "El nacimiento de la condición más beneficiosa", AS, 1996-IV, págs. 2815 a 2818; DÍAZ AZNARTE, M. T., op. cit., págs. 141 y ss. Vid., también, TOLOSA TRIBIÑO, C., op. cit., págs. 195 a 197. Pone de manifiesto cómo a veces, en la jurisprudencia, el uso de empresa es considerado esencialmente como conducta de mera tolerancia o liberalidad empresarial, pese a su carácter duradero, para acabar negándole el carácter de fuente de condiciones más beneficiosas.

(47) Como ha puesto de relieve TOLOSA TRIBIÑO, en op. cit., págs. 204 y 205. Vid., también, la STS de 17 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 8243).

(48) En este sentido, la jurisprudencia considera que las condiciones más beneficiosas pueden nacer de usos o prácticas empresariales consolidadas en el tiempo "por la creencia fundada en su obligatoriedad". Por todas, STSJ de Navarra de 29 de diciembre de 1995 (AS 1995, 4680); STSJ de Andalucía, Málaga, de 22 de mayo de 1995 (AS 1995, 2107); STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 20 de octubre de 1992 (AS 1992, 4804).

(49) Por todas, vid. la STCT de 18 de mayo de 1988 (AL 1988, ref. 839). Vid. la crítica de SPAGNUOLO VIGORITA, L., en *Gli usi....*, cit., pág. 177, para quien esta interpretación (inspirada en la concepción institucionalista de la empresa) conduce a reconocer eficacia jurídica a la opinión iuris de la plantilla. CASTELVETRI hace especial hincapié en la relevancia colectiva del uso de empresa. Por ello, propugna que se permita al empresario hacer valer su voluntad una vez consolidado el uso, si ésta cambia, en el marco de la negociación con los representantes o bien a través de la simple declaración de su voluntad (respetando en este último caso un plazo de preaviso razonable). Cfr. CASTELVETRI, L., "L'uso aziendale come manifestazione di autonomia collettiva dell'imprenditore verso i lavoratori", *OGI*, núm. 1, 1997, págs. 14 y ss.

considerar por nuestros Tribunales que ha adoptado una *decisión de efectos colectivos*⁵⁰, sino que el uso recibe el tratamiento de las decisiones de efectos plurales (con todas las consecuencias jurídicas inherentes a tal calificación: contractualización, indisponibilidad en sede colectiva, etc.)

En efecto, como se verá al estudiar la eficacia jurídica del uso, en la mayoría de los casos se da un paso más, sosteniéndose que todo cuanto el empresario atribuye, reconoce o consiente a sus trabajadores de forma reiterada y estable se “contractualiza”. En realidad, con esta doctrina jurisprudencial, se está negando sustantividad al uso empresarial como tal, quedando reducido su papel al dual de: a) fuente de condiciones más beneficiosas individuales o plurales⁵¹ para quienes *de facto* hayan disfrutado del trato de favor, y b) de fuente de conflictos colectivos.

Pero, en nuestra opinión, si se estima que la expectativa colectiva ha de recibir protección jurídica, aunque sin llegar al extremo de ignorar por completo la voluntad empresarial, debe entenderse que:

1º. Será irrelevante que el empresario desconozca que el mantenimiento incondicional de una cierta conducta, sin formulación simultánea de las correspondientes reservas sobre el alcance subjetivo, temporal y/o cuantitativo de su concesión, le vincula jurídicamente frente a la colectividad. En definitiva, la ignorancia de la fuerza de obligar de sus propios *facta concludentia*⁵², no debería liberarle de las obligaciones aparejadas al comportamiento que, con arreglo a las reglas de la experiencia, puede considerarse el presupuesto de la consolidación de un uso de empresa. Acudiendo a los principios generales de *autorresponsabilidad* (de la propia conducta) y de *confianza*, se debería hacer recaer sobre el empresario la carga de conocer el *significado negocial* de sus actos; por lo que habrá de tener presente en todo momento que su comportamiento puede generar ex-

**EL USO ESTARÍA
CARACTERIZADO
POR LA VOLUNTARIEDAD
GENÉTICA, PERO TAMBIÉN
POR LA OBLIGATORIEDAD
SOBREVENIDA
DE SU OBSERVANCIA**

(50) Es posible catalogar los usos de empresa como decisiones de empresa dotadas de ciertas connotaciones especiales. Como se precisa en la STSJ de Extremadura de 21 de marzo de 1994 (AS 1994, 1027) “por **decisión de empresa** debe entenderse todo acto de voluntad empresarial con proyección colectiva”, mientras que “por **práctica de empresa** debe ser entendido todo comportamiento de eficacia colectiva que, no habiendo sido impugnado, asume connotaciones jurídicas próximas a un acuerdo tácito”. Ahora bien, la decisión de efectos colectivos subyacente al uso de empresa puede ser real –libremente adoptada por la empresa– o presunta. En efecto, dada la dificultad de probar cuál fue la verdadera voluntad de la empresa al reiterar un comportamiento beneficioso. Puesto que el reconocimiento de eficacia jurídica al uso deriva de la doctrina de los *facta concludentia* observados frente a la generalidad, cuando se invoca esta doctrina, en el fondo, se está presumiendo que el empresario ha adoptado conscientemente la decisión de obligarse frente a la colectividad.

(51) Aunque en alguna sentencia aislada se estime que la condición más beneficiosa tiene carácter colectivo (por todas, STS de 30 de diciembre de 1998 –RJ 1999, 454–) en último término no es objeto de tratamiento jurídico diferenciado respecto del aplicado a las condiciones más beneficiosas individuales o plurales.

(52) Cfr. SMURAGLIA, C., *op. cit.*, págs. 27 y ss.

pectivas legítimas, protegidas por el ordenamiento jurídico si son razonables atendiendo a las reglas de la experiencia.

2º. En realidad sólo podrían reputarse “neutras” o no vinculantes (y no generadoras de expectativas colectivas merecedoras de protección) las conductas abstencionistas del empresario (v.gr., las consistentes en no sancionar, no practicar descuentos salariales o no reclamar al trabajador la restitución de percepciones económicas indebida o injustificadamente recibidas, aun estando legitimado para hacerlo) mantenidas ante hechos o comportamientos de los trabajadores que, una vez conocidos, se toleran a título excepcional (haciendo simultáneamente las pertinentes advertencias⁵³) o aquellas conductas que, siendo beneficiosas y habiéndose reiterado en ocasiones, constituyan episodios aislados en el desarrollo normal del conjunto de las relaciones laborales en esa empresa.

3º. Aunque la repetición de conductas empresariales beneficiosas vaya acompañada de la formulación de reservas, aquéllas no podrán ser consideradas como meras situaciones de tolerancia empresarial. El empresario quedará vinculado jurídicamente, si bien mantendrá bajo su control la extensión del ámbito personal, temporal y funcional de su concesión⁵⁴, impidiendo que el trato privilegiado aplicado se convierta en uso de empresa dotado de ultraactividad, esto es, de eficacia indefinida y personal general⁵⁵. Pero el reconocimiento de eficacia jurídica a las reservas que formule el empresario dependerá de varios presupuestos: a) que se parta o no de una concepción que atenúe la rigidez del principio de respeto de condiciones más beneficiosas⁵⁶ cuando las mismas tienen ese carácter colectivo, y de una concepción flexible en cuanto a la operatividad de los principios de igualdad y no discriminación en la esfera de la autonomía individual, pese a haberse ejercitado con proyección colectiva⁵⁷, y b) en todo caso, deberán cumplirse las siguientes condiciones:

– En primer lugar, deben formularse las reservas o fijarse los límites o condicionantes con suficiente claridad, y sin llegar a introducir unilateralmente una cláusula de exoneración de responsabilidad por incumplimiento (de lo que puede constituir, si no un uso, al menos una pluralidad de pactos individuales tácitos).

– En segundo lugar, de formularse la reserva con posterioridad a la reiteración de la conducta, el tiempo transcurrido no ha de ser excesivo, ya que sólo en ese caso cabe descartar que hayan nacido expectativas colectivas merecedoras de protección jurídica (cuestión distinta es que pueden haber nacido condiciones más beneficiosas individuales que el empresario no podrá ni modificar ni suprimir por su sola voluntad).

(53) SALA FRANCO, T. y GOERLICH PESET, *op. cit.*, pág. 195.

(54) Cfr. SMURAGLIA, C., *op. cit.*, págs. 23 y ss.; SPAGNUOLO VIGORITA, L., *Gli usi...*, cit., págs. 130 y ss.

(55) Vid. NICCOLAI, A., “Uso aziendale e contratto collettivo orale: processo alle intenzioni”, *Mass. Giur. Lav.*, 1993, págs. 436 y 437; SPAGNUOLO VIGORITA, G., *op. cit.*, pág. 342.

(56) De hecho, la jurisprudencia lo admite; por todas: SSTs de 30 de diciembre de 1998 (RJ 1999, 454), de 31 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4012) y de 15 de junio de 1992 (RJ 1992, 4582); SAN de 3 de mayo de 1994 (AL 1994, ref. 1180).

(57) Vid. MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G., *Decisiones empresariales...*, cit., págs. 241 a 243.

– Por último, el comportamiento empresarial posterior a la formulación de la reserva debe ser coherente; es decir, debe ejercitarse efectivamente la reserva, de manera que no se generen expectativas legítimas⁵⁸ (no bastaría, por tanto, que en cada acto concesivo formulara la reserva; lo importante es que no se extienda de hecho a la generalidad de la plantilla o de la categoría profesional el trato de favor teóricamente aplicado sólo a título particular a ciertos trabajadores, y que la conducta efectivamente no se repita de modo sistemático).

El inconveniente que plantea la tesis expuesta es que conduce a una suerte de penalización del empresario que, desconociendo que el uso puede erigirse en fuente de auténticas obligaciones, mantiene una actitud generosa o paternalista con respecto a una pluralidad de sus trabajadores, sin preocuparse por delimitar con precisión y por cauces formales el alcance de sus concesiones y sin declarar insistentemente que no tiene la intención de vincularse de forma definitiva y/o de extender en el futuro a otros trabajadores la conducta reiterada.

F) El interés jurídico subyacente

Situando el centro de atención en la informalidad, espontaneidad y generalidad con que se extiende la concesión empresarial en la fase de conformación del uso, lo más razonable y coherente es entender que en la base de esta figura subyace un interés inicialmente difuso⁵⁹, que se transforma después en un verdadero interés colectivo⁶⁰.

El uso constituye un instrumento regulador u ordenador de las relaciones de trabajo en la empresa de carácter colectivo, dado que examinando retrospectivamente la actuación empresarial debe concluirse que la intención última del empresario es la de satisfacer el interés colectivo, abstracto, genérico e indivisible de un conjunto de trabajadores determinado (la plantilla en su integridad o los miembros de una categoría profesional dada) y no los intereses particulares de una pluralidad de trabajadores. En efecto, pues la conducta se repite sistemática o automáticamente, no esporádicamente, y sin hacer distinciones en función de la diversidad que existe en el seno de un grupo homogéneo de trabajadores acotado genéricamente.

Aunque en los primeros estadios del proceso de gestación de un uso de empresa, no pueda todavía identificarse un interés colectivo en sentido propio, tampoco estamos en presencia de un simple interés plural. Parece que puede considerarse difuso en origen, puesto que nace informalmente, siendo incierto inicialmente el ámbito personal y temporal al

(58) GALANTINO, L., “La prassi aziendale”, *Dir. Lav.*, 1968, pág. 232.

(59) Esta expresión no resulta del todo adecuada, puesto que generalmente se emplea para hacer referencia a intereses supraindividuales, pero pertenecientes a grupos heterogéneos y desorganizados de personas, como el formado por los consumidores o por los damnificados por catástrofes medioambientales, etc. (Cfr. STIPO, M., “Qualità, posizioni e situazioni soggettive”, *Inf.Prev.*, 1998-II, págs. 1014 y ss.)

(60) Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, M., *Principio ...*, cit., pág. 40; BEJARANO HERNÁNDEZ, A., “Usos de empresa y pactos colectivos informales mejorativos de condiciones de trabajo. A vueltas sobre la eficacia jurídica de los mismos”, *RL*, núm. 14, julio 1999, pág. 15. En la doctrina italiana: GIUGNI, G., *Diritto Sindacale*, Cacucci Bari, 1996, págs. 86 y 87. Vid., también, SANTORO PASSARELLI, F., *Nozioni di Diritto del Lavoro*, Dott. Eugenio Jovene, 35ª ed., Nápoles, 1995, pág. 29 y en *Enciclopedia del Diritto*, voz “autonomia collettiva”, Giuffrè, tomo IV, 1959, págs. 369 y 370; PERSIANI, M., *Diritto Sindacale*, 5ª ed., CEDAM, 1997, págs. 24 a 27.

que se extenderá la conducta usual. Pero será colectivo una vez pueda acreditarse que se ha consolidado la práctica, pues en esta segunda fase la praxis (y, en último término, la decisión empresarial) proyecta sus efectos sobre las relaciones individuales de trabajo de un conjunto de trabajadores, objetivamente definido, casi automáticamente, como si de un convenio colectivo se tratara. La falta de inmediatez cronológica entre la toma de la decisión y los actos de concesión de la mejora, la ausencia de intervención de sujetos colectivos en el proceso de adopción de la decisión y, sobre todo, la falta de formalización de un compromiso expreso de vigencia indefinida y con un ámbito de aplicación personal general, no debe impedir la calificación del interés del grupo de afectados por el uso como unitario y, por ende, colectivo⁶¹; y merecedor de la protección que, en cuanto tal, le corresponde.

Por todo lo anteriormente señalado, los usos de empresa son considerados como base idónea para la intervención de sujetos colectivos; y de hecho, el ordenamiento jurídico faculta expresamente a éstos: a) para vigilar su cumplimiento efectivo; b) para negociar con el empresario cuando éste pretenda modificar sustancialmente las condiciones usuales por causas empresariales y c) para la interposición de demandas de conflicto colectivo con el objeto de exigir una determinada interpretación o aplicación de los mismos⁶² (ex artículos 41 y 64.1.9 del ET y 151 de la LPL).

Y, por último, parece oportuno recordar ahora que, en la práctica, el interés plural de un significativo número de trabajadores (a los que se venga aplicando espontáneamente un determinado régimen jurídico-laboral) estará dotado de una cierta “fuerza expansiva vinculante”⁶³, sólo si se acoge una rígida concepción de los principios de igualdad y no discriminación —que no parece ser la imperante en nuestro sistema— y se restringen al máximo los poderes de gestión empresarial. En tal caso: de una parte, lo que inicialmente constituye una conducta reiterada, podría acabar convirtiéndose forzosamente en una regla general y estable de comportamiento⁶⁴ (no por el hecho de la reiteración o por el carácter concluyente de la conducta originaria del empresario) sino por razón del poder nivelador que el principio de igualdad, concebido en tales términos, estaría ejerciendo; y de otra, el interés originariamente plural se transformaría en interés colectivo, pasando a ser tutelado a través del reconocimiento de la existencia de un uso empresarial vinculante y de la atribución de facultades a los representantes de los trabajadores para intervenir en su defensa.

(61) Como señalara CHIARELLI, G., en “Gli interessi collettivi e la Costituzione”, *Dir. Lav.*, 1966-I, pág. 3, “la expresión interés colectivo no hace referencia a una cualidad del interés, sino que alude a un vínculo entre los intereses de personas que se encuentran en una misma situación, vinculación que puede dar lugar a una particular forma de tutela de tales intereses y de disciplina de las relaciones”.

(62) Vid. STSJ de Extremadura de 21 de marzo de 1994 (AS 1994, 1027) y STSJ de Cataluña de 1 de junio de 1992 (AS 1992, 3303). En definitiva, al uso se le protege en sede colectiva, en cuanto fuente de conflictos colectivos, sin exigirse que se actúe en defensa del interés (colectivo-difuso) de sus beneficiarios reales y actuales, sino que se permite interponer demanda en defensa del interés de los potenciales beneficiarios.

(63) Expresión tomada de SCIANCALEPORE (*op. cit.*, pág. 192).

(64) Vid. la crítica de SPAGNUOLO VIGORITA, G., en *op. cit.*, pág. 333, para quien el error se debe a que se parte de una concepción institucionalista de la empresa, a que se considera el uso como fuente de verdaderos derechos subjetivos y a que se marginan las más elementales exigencias de gestión empresarial.

III. NATURALEZA JURÍDICA DEL USO DE EMPRESA: ANÁLISIS DE FIGURAS AFINES

Cabe cuestionarse si el llamado uso de empresa es reconducible a alguna de las clásicas fuentes de las obligaciones, tanto legales como extralegales, o si, por el contrario, dado que se sitúa a caballo entre la autonomía individual y la autonomía colectiva, en atención a esa proyección supraindividual, está dotado de peculiaridades de tal entidad, que es preciso asignarle un lugar autónomo en el cuadro de fuentes de las obligaciones jurídico-laborales; en definitiva si, pese a su atipicidad, debe reconocerse que el uso goza de una eficacia jurídica diversa de la predicable de las restantes fuentes.

Con este propósito se analizan a continuación las analogías y diferencias que presenta el uso con respecto a ciertas figuras afines: a) la costumbre profesional, b) los usos normativos, c) las denominadas “cláusulas de uso”; d) los comportamientos de hecho meramente interpretativos del contrato o del convenio; e) los acuerdos plurales tácitos modificativos del contrato; f) las promesas al público y las propuestas irrevocables; g) las condiciones generales de la contratación y los pactos de adhesión; h) los convenios colectivos extraestatutarios tácitos; i) los reglamentos de régimen interior.

**CABE CUESTIONARSE SI,
PESE A SU ATIPICIDAD,
DEBE RECONOCERSE QUE
EL USO DE EMPRESA
GOZA DE UNA EFICACIA
JURÍDICA DIVERSA
DE LA PREDICABLE EN
LAS RESTANTES FUENTES**

A) ¿Costumbre o uso normativo profesional?

La falta de identidad de los usos empresariales con los usos y costumbres normativos y, en concreto, con los “usos y costumbres locales y profesionales” a los que alude el artículo 3, apartados 1.d) y 4, del ET es notoria⁶⁵. Pese a ello, en algún pronunciamiento jurisprudencial se vincula el uso o costumbre de empresa con el artículo 1.3 del Código Civil⁶⁶, lo cual supone tanto como reconocer a una de las posibles manifestaciones de la autonomía de la voluntad la posibilidad de erigirse en fuente de Derecho objetivo.

(65) En este sentido, vid. MARTÍNEZ JIMÉNEZ, J.M., op. cit., págs. 34 y 35. Vid., no obstante, la STSJ de Castilla y León, Burgos, de 26 de julio de 1993 (AS 3370) y STSJ de Cantabria de 14 de noviembre de 2002 (JUR 2002, 41861) y STSJ de Madrid de 13 de abril de 2004 (JUR 2004, 237806).

(66) STSJ de Cataluña de 2 de febrero de 1995 (AS 1995, 667) en la que se sostiene que la fuerza de obligar de los usos o prácticas de empresa deriva: bien de lo dispuesto en el artículo 1089 del Código Civil y 3.c) del ET, bien del 1.3 del Código Civil y 3.1.d) del ET. También en la STSJ de Galicia de 16 de marzo de 1995 (AS 1995, 972). Vid., asimismo, STS de 8 de marzo de 1984 (RJ 1984, 1535) y los pronunciamientos del extinto TCT de 27 de mayo de 1982 (RTCT 1982, 3264), de 7 de abril de 1983 (RTCT 1983, 3744) y de 28 de mayo de 1985 (RTCT 1985, 2178).

Tropezamos, sin embargo, con diversos obstáculos que impiden asimilar el uso de empresa a esta figura:

1º. Desde la perspectiva del ámbito geográfico de aplicación: pues el uso despliega sus efectos en un ámbito muy reducido —empresarial o infraempresarial— y no en el más amplio, formado por todas las empresas pertenecientes a un sector de actividad profesional de una determinada localidad. Falta, pues, tanto el carácter local, como el profesional [artículo 3.1.d) del ET].

2º. Desde la perspectiva del elemento psicológico o espiritual, tampoco son identificables, pues mientras la eficacia de los usos normativos viene dada por la *opinio iuris* de la comunidad, no se exige la presencia de este requisito a efectos de reconocer fuerza vinculante a los usos de empresa. Y no deben confundirse las expectativas de derecho que la conducta empresarial acostumbrada haya podido generar entre sus trabajadores y, en definitiva, la convicción de la obligatoriedad que haya podido surgir entre éstos, con la llamada *opinio iuris* (esto es, la convicción común de que tal aplicación constituye una regla de Derecho)⁶⁷.

Pero además, tal equiparación plantea otros inconvenientes. Concretamente, para mantener un planteamiento coherente con esta interpretación jurisprudencial, habría que entender, asimismo, que el uso en cuestión sólo cobraría plena eficacia jurídica cuando estuviésemos en presencia de una laguna legal, convencional o contractual o cuando aquél contase con una recepción o remisión expresa efectuada por la ley, el convenio o el contrato (ex artículo 3.4 del ET). Así, la mera manifestación de voluntad expresa o implícita (en el contrato o en el convenio) contraria a su aplicación, sería suficiente para que el uso o práctica empresarial, aun siendo más favorable que la regulación contractual o convencional de referencia, no fuera invocable⁶⁸. Sin embargo, ni la jurisprudencia exige la existencia de “llamada” o remisión convencional o contractual como presupuesto de aplicación del uso o praxis empresarial, ni se considera viable que el convenio colectivo disponga libremente, sin condicionamientos, de las condiciones de trabajo de origen usual (pues se exige, como se verá, que se introduzcan nuevas ventajas, homogéneas con las usuales, y que el empresario ejercite la facultad de absorción y compensación).

B) ¿Uso negocial o fuente de cláusulas de uso?

La jurisprudencia italiana ha venido secundando mayoritariamente en los últimos años esta opción interpretativa, aplicándose la “cláusula de uso”, esto es, el trato de favor usual, cuando no haya sido excluida explícita y preventivamente por las partes (lo que permite

(67) Vid., no obstante, la STSJ de Canarias de 2 de julio de 1993 (AS 1993, 3498); STSJ de Canarias de 18 de febrero de 1994 (AS 1994, 454) y STSJ de Navarra de 18 de diciembre de 2002 (AS 2003, 380), en las que se reconoce cierto valor a la *opinio iuris* de la plantilla.

(68) Sobre la cuestión, SEMPERE NAVARRO, A.V., “Notas sobre la costumbre laboral”, REDT, núm. 10, abril-junio 1982, págs. 195 y ss. (en especial, págs. 205 y ss.) También en el Derecho Italiano se desecha que sean equiparables unos y otras. Cfr., por todos, SCIANCALEPORE, G., op. cit., págs. 176 y ss.

sostener que a través de la consolidación de un uso empresarial se produce automáticamente una “integración objetiva del contrato”⁶⁹). Pero en algunos pronunciamientos, por el contrario, se mantiene la tesis de la no identificabilidad con las cláusulas de uso a que se refiere el artículo 1340 del Código Civil italiano, en atención a las siguientes consideraciones:

1º. El ámbito de aplicación del uso de empresa se circunscribe al de la empresa o centro de trabajo (y, por ende, no puede equipararse a las prácticas extendidas en un determinado sector de relaciones jurídicas). Falta, pues, la nota de la generalidad en el sentido en que esta nota caracteriza, tanto a la costumbre, como a las llamadas cláusulas de uso.

2º. El uso de empresa, una vez consolidado, opera sobre una pluralidad de contratos de trabajo, pero no sobre la base de las relaciones previas entabladas entre el empresario y los trabajadores afectados.

3º. El uso de empresa nace de la ejecución de las relaciones de trabajo en un determinado sentido (“en serie”), pero se refiere al modo de obrar de sólo uno de los dos contratantes (el empresario)⁷⁰.

Amparándonos en tales razonamientos, debemos desechar también en nuestro ordenamiento la equiparabilidad a las cláusulas de uso a que se refieren los artículos 1258⁷¹ y 1287⁷² del Código Civil español⁷³.

C) ¿Comportamiento de hecho meramente interpretativo del contrato o del convenio?

Un sector doctrinal atribuye al uso el mero papel de comportamiento de hecho utilizable como medio de interpretación del contrato de trabajo⁷⁴. Sin embargo, el uso de empresa puede tener valor que exceda de lo meramente interpretativo y, en definitiva, como ha reconocido la jurisprudencia, estar dotado de eficacia constitutiva o creadora *ex novo* de obligaciones a cargo del empresario. Por ello, no parece procedente reconducir unitaria-

(69) Cfr. LIEBMAN, S., *Gli usi...* cit., págs. 216 y ss.; NICOLINI, G., *Manuale di Diritto del Lavoro*, 2ª ed., Giuffrè, 1996, págs. 20 a 22, para quien, una vez se generaliza la práctica, ésta da vida a una cláusula de uso “típica” en el ámbito empresarial y, en definitiva, a un “elemento preconstituido de cualquier contrato que pueda suscribirse en el futuro” (este mismo autor en “La prassi aziendale”, *Corr. Giur.*, 1985, núm. 5, págs. 545 y 546; y en *Fonti...*, cit., págs. 118 y 119).

(70) Cfr. DEL PRATO, E., “Usi nel rapporto di lavoro”, AAVV, *Enciclopedia Giuridica*, Istituto della Enciclopedia Italiana, vol. XXXII, Roma, 1994, pág. 4. La cuestión, no obstante, dista de ser pacífica. Cfr. LIEBMAN, S., *Gli usi...*, cit., pág. 224; SPAGNUOLO VIGORITA, G., *op. cit.*, pág. 334.

(71) El artículo 1258 del Código Civil obliga a integrar el clausulado de los contratos con “todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

(72) El artículo 1287 del Código Civil obliga a interpretar las ambigüedades de los contratos según “el uso o la costumbre del país”, “supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse”.

(73) En contra, GARCÍA FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho del Trabajo*, Ariel, Barcelona, 1990, pág. 54.

(74) GALANTINO, L., *op. cit.*, pág. 228; SEMPERE NAVARRO, A.V., *Notas...*, cit., pág. 213; KROTOSCHIN, “Significado de los usos de empresa”, *DT*, 1974, págs. 710 y 711. En este sentido, vid. STS de 20 de septiembre de 1994 (RJ 1994, 7165).

mente la figura del uso de empresa a la categoría de usos meramente interpretativos, sino que puede establecerse la siguiente distinción⁷⁵:

a) usos de empresa **autónomos** (en virtud de los cuales se efectúan concesiones o mejoras respecto de los mínimos legales o garantizados por convenio o contrato individual) que, por sí mismos, cumplen una función reguladora de la relación contractual.

b) usos de empresa **interpretativos** del convenio, de un acuerdo de empresa, del contrato individual o de las condiciones generales de la contratación (cuando se interpreta el clausulado convencional o contractual “de estilo” en un sentido uniforme y favorable a los intereses de los trabajadores). Estos últimos sólo vincularían al empresario en la medida en que siguieran vigentes las cláusulas que les dieron vida (por lo que sólo pueden catalogarse como usos de empresa en sentido impropio)⁷⁶; y desempeñarían, en consecuencia, una función meramente interpretativa de las fuentes aplicables a la relación contractual; pero carecerían de eficacia constitutiva de obligaciones jurídico-laborales.

D) ¿Promesa al público o propuesta irrevocable?

Asimismo, se ha querido ver en el uso de empresa una de las posibles manifestaciones de las llamadas promesas al público. Pero esta tesis debe rechazarse igualmente.

1º. Porque en el caso de la promesa el acto de prometer (esto es, la manifestación de una voluntad firme de asunción de un cierto compromiso) instaura automáticamente el vínculo jurídico, sin necesidad de aceptación de su contenido por parte de ningún sujeto, ni de repetición de la conducta prometida, deviniendo obligatorio el cumplimiento de lo prometido una vez concurran los presupuestos, circunstancias o condiciones (objetivas, subjetivas o temporales) previstas por el promitente⁷⁷. En definitiva, para que la promesa al público adquiera plena eficacia jurídica como tal no es precisa la ejecución de lo prometido y su reiteración, ni está presente la nota de la espontaneidad consustancial al uso de empresa.

2º. Por el contrario, en el caso del uso de empresa, es la sistemática observancia de una cierta conducta lo que da vida a obligaciones a cargo de quien, con ese modo de proceder, genera en los afectados (actuales y potenciales) expectativas merecedoras de protección jurídica.

3º. No pueden confundirse, a efectos de delimitación de estas dos figuras, la voluntariedad en el origen de la decisión de introducir una ventaja (que concurre en ambas) con la

(75) Vid. STS de 8 de marzo de 1984 (RJ 1984, 1535), en la que se establece implícitamente esta diferenciación. Vid. también STSJ de Cataluña de 2 de noviembre de 2001 (JUR 2002, 26786), con cita de la STS de 31 de mayo de 1985.

(76) Vid. STSJ de Galicia de 16 de marzo de 1995 (AS 1995, 972); STSJ de Cataluña de 2 de febrero de 1995 (AS 1995, 667); STSJ de Madrid de 21 de marzo de 2001 (AS 2001, 1738) y STSJ de Galicia de 23 de abril de 2004 (JUR 2004, 233635).

(77) SPAGNUOLO VIGORITA, L., *Gli usi...*, cit., pág. 144; SCIANCALEPORE, G., *op. cit.*, pág. 185.

espontaneidad en la consolidación de la misma (que sólo está presente en los usos).

Y los usos de empresa tampoco pueden ser reconducidos a la categoría de la propuesta irrevocable, dada la espontaneidad y generalidad con que se extiende (desde una perspectiva temporal y personal) la concesión “de favor” en el caso de aplicación de aquéllos⁷⁸. Además, para que la propuesta adquiera plena eficacia se exige la aceptación (aun manifestada tácitamente), mientras que los usos operan automáticamente, en cuanto que el empresario ejercita su poder de autorregulación (y la eventual oposición de algún trabajador o de sus representantes a su aplicación no obstruye la adquisición y mantenimiento por el uso de plena eficacia jurídica)⁷⁹.

E) ¿Pluralidad de acuerdos individuales tácitos modificativos del contrato?

Puesto que el uso de empresa es el fruto del ejercicio regular de poderes organizativos y de gestión del empresario, con proyección frente a un colectivo genéricamente considerado, no cabe exigir un acto de aceptación individualizada, ni siquiera tácito, para reconocer eficacia jurídica al uso de empresa (en cuanto conducta estandarizada generadora de obligaciones, como se acaba de indicar).

Por ello, el llamado uso de empresa no puede considerarse como categoría jurídica que esconda una simple pluralidad de acuerdos individuales tácitos (negando al uso la sustantividad y autonomía que merece como fuente de obligaciones⁸⁰) aunque la jurisprudencia no lo haya entendido así en la inmensa mayoría de sus pronunciamientos⁸¹.

(78) Vid. SPAGNUOLO VIGORITA, G., *op. cit.*, pág. 334, para quien, de admitirse que se trata de una propuesta irrevocable, no estaría justificada la posición jurisprudencial que obliga a extender el trato de favor a trabajadores que no se hallaban en activo en el momento de la formulación (tácita) de la propuesta.

(79) Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F., *op. cit.*, pág. 26. Con todo, es presumible que se acepte el comportamiento usual, dado que el uso sólo es eficaz en cuanto se traduzca en un trato de favor. Sólo parece imaginable la oposición: a) en el ámbito individual: si ya se goza en virtud del contrato de trabajo de una regulación más favorable o más personalizada (en cuyo caso, el rechazo o renuncia serían válidos, pero no afectaría a la vigencia y eficacia jurídica del uso) y b) en el ámbito colectivo: en los supuestos en los que se estime que el empresario puede estar “puenteando” a la representación laboral o favoreciendo arbitrariamente a ciertos colectivos.

(80) Como ha advertido MASINI, en *op. cit.*, pág. 167. En contra, SPAGNUOLO VIGORITA, L., *Gli usi...*, cit., págs. 183 a 185, para quien el uso es sólo la abstracción sintética de una contratación extendida; también, GALANTINO, L., *op. cit.*, págs. 229 y 230, para quien constituye un acuerdo plurisubjetivo “unilateralmente sindical”, esto es, suscrito entre el empresario y la “asociación sindical de los trabajadores”.

(81) Sostiene de forma casi unánime que “el uso de empresa, si bien colectivo por su nacimiento, deviene pura y simplemente individual por sus efectos, mediante una multiplicación de acuerdos individuales entre el empresario y los trabajadores” y que se produce la incorporación de las ventajas usuales a los contratos individuales por acuerdo tácito entre las partes. Así, por todas, en las STSJ de Andalucía, Málaga, de 22 de mayo de 1995 (AS 1995, 2107); STSJ de Navarra de 29 de diciembre de 1995 (AS 1995, 4680); STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 2 de julio de 1993 (AS 1993, 3498); STSJ

**EL USO DE EMPRESA NO
PUEDE CONSIDERARSE
COMO UNA CATEGORÍA
JURÍDICA QUE ESCONDA
UNA SIMPLE PLURALIDAD
DE ACUERDOS
INDIVIDUALES TÁCITOS
AUNQUE
LA JURISPRUDENCIA NO
LO HAYA ENTENDIDO
ASÍ EN LA MAYORÍA DE
SUS PRONUNCIAMIENTOS**

F) ¿Fuente ordinaria de condiciones generales de la contratación o negocios de adhesión laborales?

Los usos, en cuanto conductas estandarizadas, que se repiten de forma generalizada en el ámbito empresarial, se asemejan en gran medida a las fuentes ordinarias de condiciones generales de la contratación⁸² (los modelos generales de contratación que emplee ordinariamente la empresa, que no son sino formularios con vocación de regulación total de las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores que suscriben el contrato-tipo, o las circulares, instrucciones o notas internas que la empresa dirige a sus trabajadores para comunicar formalmente su voluntad de introducir una mejora)⁸³. Pero los usos empresariales presentan ciertas connotaciones peculiares.

En aquéllas la voluntad empresarial de obligarse frente a todo su personal o a un grupo genérico de trabajadores aparece normalmente con nitidez y debidamente documentada, por lo que no concurre ni la nota de la espontaneidad que caracteriza al uso empresarial en la etapa de su génesis, ni la incertidumbre en cuanto a su ámbito temporal y personal de aplicación durante todo el período de vigencia.

La circular de empresa contiene una declaración explícita de voluntad (y normalmente unos destinatarios identificables *ab initio*⁸⁴). Por el contrario, en el caso del uso, sólo a través del análisis retrospectivo de cada práctica empresarial reiteradamente seguida podrá desentrañarse cuál es, presumiblemente al menos, la voluntad de la empresa (colectivo de destinatarios, presupuestos de la efectividad de la concesión, etc.) y, en definitiva, cuál es el alcance de la “decisión empresarial” y, por ende, si está dotada de efectos frente a una colectividad considerada *in genere* (o sólo frente a una pluralidad de trabajadores, en atención a sus singulares condiciones o circunstancias)⁸⁵.

En definitiva, el proceso de formación y manifestación de la voluntad empresarial es distinto, pues en el caso del uso sólo existirá evidencia de la adopción de la decisión de proyección colectiva tras un período de incertidumbre más o menos prolongado. Por ello, para determinar su verdadero alcance, el comportamiento empresarial usual ha de

de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 20 de octubre de 1992 (AS 1992, 4804); STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 18 de febrero de 1994 (AS 1994, 454); STSJ de Navarra de 28 de octubre de 2002 (AS 2002, 359). Vid., no obstante, la STSJ de Cataluña de 3 de diciembre de 2003 (AS 2004, 169), en la que el uso de empresa se asimila a un “acuerdo de grupo” de carácter vinculante y que se erige en fuente de condiciones más beneficiosas.

(82) Cfr. KROTOSCHIN, *op. cit.*, *loc. cit.*

(83) Vid. NICOLINI, G., *Fonti...*, cit., pág. 98.

(84) Por ello, la jurisprudencia ha considerado que las circulares son equiparables a una pluralidad de pactos individuales tácitos, intangibles por convenio (incorporándose las condiciones al núcleo de la relación contractual mantenida con los trabajadores destinatarios del trato de favor). Así, en la STS de 25 de marzo de 1993 (RJ 1993, 2206); STS de 24 de junio de 1992 (RJ 1992, 4667); STS de 1 de junio de 1992 (RJ 1992, 4504); STS de 25 de mayo de 1992 (RJ 1992, 3601); STS de 14 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 9948); STS de 9 de marzo de 1994 (RJ 1994, 2219), y STS de 25 de octubre de 1999 (RJ 1999, 8402), en la que se entiende que de la circular nacen condiciones más beneficiosas plurales. Pero si la empresa dirige una circular de modo general a la totalidad de los trabajadores o a un grupo genérico, para la acotación del colectivo de destinatarios habrá que estar a la redacción concreta de la circular, a efectos de precisar cuál es su proyección temporal y si los trabajadores que ingresen con posterioridad pueden verse afectados por ella (con lo que se plantearían los mismos problemas que en relación a los usos).

(85) Pese a ello, en algún pronunciamiento aislado se equiparan, en cuanto a eficacia jurídica usos y circulares, así, en la STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 2 de noviembre de 1998 (AS 1998, 4878).

valorarse en su globalidad durante todo el período de pacífica aplicación del trato de favor y no a través del análisis de los pactos o manifestaciones de voluntad que se vayan repitiendo en la esfera individual y su proyección sobre cada relación individual.

La diferencia entre el uso de empresa y el negocio de adhesión (esto es, aquel que se cumplimenta mediante el lanzamiento de una oferta empresarial de modo genérico a los trabajadores y que sólo adquiere eficacia jurídica con la adhesión posterior por parte de éstos, expresa o tácita) es igualmente de lo más sutil. Tropezamos, no obstante, con el mismo obstáculo, que impide la asimilación total del uso al negocio de adhesión, cual es el de que el uso aparece revestido de las notas de informalidad y de espontaneidad genética, en cuanto que su conformación no es instantánea, sino progresiva.

Sin embargo, no faltan en la doctrina defensores de la naturaleza no estrictamente contractual de los pactos de adhesión laborales, por lo que, de compartirse su tesis, los usos de empresa y los pactos de adhesión únicamente se diferenciarían en el nivel de dificultad probatoria. Por ello, parece que pueden considerarse equiparables en cuanto a naturaleza jurídica⁸⁶. De hecho, como en el caso de los usos, a efectos de modificación sustancial de las condiciones generales de la contratación introducidas por cauces formales habrá que seguir el procedimiento previsto en el artículo 41 del ET y los sujetos colectivos estarían legitimados para interponer demanda de conflicto colectivo.

G) ¿Convenio colectivo extraestatutario tácito?

Aunque existe cierto paralelismo entre los denominados pactos colectivos extraestatutarios y los usos de empresa, pueden detectarse diferencias sustanciales, por lo que la tendencia doctrinal⁸⁷ y jurisprudencial⁸⁸ que considera que el uso es asimilable a un convenio colectivo tácito debe revisarse críticamente.

1ª. El uso de empresa tiene su origen en el ejercicio de la autonomía individual⁸⁹, en tanto que el empresario, recurriendo a la libertad de empresa, interviene para ordenar las relaciones de trabajo en su empresa, al margen de estructuras de representación y síntesis de intereses de los trabajadores. Por ello, aun siendo reconocible en el uso una “vocación normativa”⁹⁰ (dada su proyección sobre una colectividad considerada de forma abstracta

(86) Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª. F., *op. cit.*, pág. 26; SPAGNUOLO VIGORITA, L., *Gli usi...*, *cit.*, pág. 49; VALLEBONA, A., *op. cit.*, pág. 36. Vid. la STS de 30 de diciembre de 1998 (RJ 1999, 454), en la que se atribuye eficacia indefinida y personal general.

(87) MARTÍNEZ JIMÉNEZ, J.M., *op. cit.*, págs. 35 y 36. Algunos autores reconducen a esta categoría toda mejora colectiva destinada a ofrecer adecuada satisfacción al interés colectivo, no prevista por pacto o acuerdo expreso. Así, SALA FRANCO, T. y BLASCO PELLICER, A., *op. cit.*, págs. 416 a 418.

(88) Por todas, STS de 8 de marzo de 1984 (RJ 1984, 1535); STSJ de Andalucía, Málaga, de 22 de mayo de 1995 (AS 1995, 2107); STSJ de Navarra de 29 de diciembre de 1995 (AS 1995, 4680); STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 2 de julio de 1993 (AS 1993, 3498); STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 20 de octubre de 1992 (AS 1992, 4804); STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 18 de febrero de 1994 (AS 1994, 454); STSJ de Canarias, Las Palmas, de 24 de marzo de 1998 (AS 1998, 1666); STSJ de Navarra de 30 de junio de 2001 (AS 2001, 1825); STSJ de Navarra de 28 de octubre de 2002 (AS 2002, 3591).

(89) MARTÍNEZ JIMÉNEZ, J.M., *op. cit.*, pág. 30.

(90) SCOGNAMIGLIO, R., *Diritto del Lavoro*, 4ª ed., Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1997, pág. 65.

y general) que le acerca a los actos emanados del ejercicio de la autonomía colectiva, no cabe entender que el empresario esté actuando como sujeto colectivo⁹¹ cuando abre paso al nacimiento de un uso.

Pero, precisamente porque las prácticas de empresa operan como instrumentos reguladores con proyección colectiva y en un ámbito tan especial como lo es el laboral, no parece acertado considerarlo como una simple manifestación de la autonomía individual de la voluntad, con todas las consecuencias inherentes a esa calificación jurídica. Resulta obligado, por tanto, romper con esquemas conceptuales civilistas puros, y abordar el estudio de su naturaleza y eficacia jurídica sin ceñirse a una perspectiva negocial individual.

2ª. Al irse consolidando un uso de empresa va conformándose simultáneamente un interés colectivo (inicialmente en estado difuso) digno de ser tutelado. Pero el uso, a diferencia del convenio colectivo, es una fuente de condiciones de trabajo dotada de gran estabilidad, con vocación de permanencia en el tiempo (pues es precisa y únicamente la sistemática reiteración de una cierta actitud, conducta o comportamiento empresarial lo que determina su espontáneo nacimiento y la adquisición de eficacia jurídica). Su vigencia es indefinida, mientras que el convenio colectivo, aun el extraestatutario, tiene una vigencia limitada en el tiempo⁹² y no está dotado intrínsecamente de ultraactividad.

3ª. Originariamente el uso no es más que una repetición de actos de ejercicio de la autonomía individual del empresario, en los que la voluntad empresarial concesiva de condiciones más favorables se va afianzando progresivamente y se presenta cada vez con mayor nitidez, aunque no llegue a manifestarse formalmente en ningún momento. No existe acuerdo, ni expreso, ni tácito, con los representantes de los trabajadores, sino que el empresario, al construir el uso de empresa, actúa al margen de la representación laboral en la empresa, ejercitando los poderes organizativos y reguladores que el ordenamiento le confiere y sin desplegar actividad negocial alguna con ningún sujeto. Y sin negociación colectiva y, lo que es más, sin actividad sindical alguna, no puede nacer el fruto de aquélla, el convenio colectivo; por ello, para que una fuente reguladora de la relación laboral pueda reputarse convenio colectivo laboral, debe existir una actividad negociadora colectiva mínima, aun desarrollada por cauces informales⁹³.

4ª. La mera actitud de aquiescencia o silencio que puedan adoptar los representantes de los trabajadores ante la toma de una decisión empresarial unilateral de efectos colectivos (aun en el caso de fuerte presencia sindical en la empresa⁹⁴):

(91) En realidad, como ha señalado FERNÁNDEZ LÓPEZ para los pactos de adhesión laborales (*op. cit.*, pág. 26) actúa como el sujeto colectivo que puede llegar a ser o que podía haber sido de haber suscrito un acuerdo con los representantes.

(92) Por ello, mientras que al uso se le ha reconocido mayoritariamente por la jurisprudencia el carácter de fuente de condiciones más beneficiosas, al convenio extraestatutario se le niega últimamente tal condición, precisamente en atención a su vigencia sólo temporal. Vid. TOLOSA TRIBIÑO, C., *op. cit.*, págs. 198 y 199. Vid. STSJ de Extremadura de 3 de abril de 2000 (AS 2000, 2316) y SSTs de 25 de enero de 1999 (RJ 1999, 896) y de 20 de septiembre de 1993 (RJ 1993, 6887).

(93) En este sentido, vid. también AGUILERA IZQUIERDO, R., "La costumbre laboral y los usos de empresa", AS, núm. 7, 2000, pág. 76.

(94) Vid., no obstante, MASINI, L., *op. cit.*, pág. 170.

– ni puede convertir una serie de actos unilaterales, fruto del ejercicio de la autonomía de la voluntad empresarial, en actos de cumplimiento de un pacto colectivo tácito⁹⁵;

– ni transforma la inicial concesión en uso vinculante o, lo que es lo mismo, en comportamiento obligado, pues lo que convierte a la conducta que se repite sistemáticamente en uso jurídico vinculante es la reiteración misma, y no la pasividad de la representación de los trabajadores.

5ª. La oposición de los representantes sería ineficaz a efectos de impedir la consolidación del uso, salvo que el empresario se hubiera extralimitado en el ejercicio de su poder de autorregulación (anulando la autonomía colectiva); y una vez consolidado, permanecería intacto, incluso si cambiara la composición de los órganos de representación y los nuevos miembros se opusieran a la continuidad en la aplicación. Por ello, no parece apropiado considerar que el uso es asimilable a un convenio colectivo tácito.

6ª. La tesis del convenio colectivo tácito no ofrece respuesta satisfactoria a los problemas de calificación jurídica que se suscitan cuando la empresa que ha dado vida al uso carece de estructuras representativas de los intereses de los trabajadores (en las que, al faltar la contraparte colectiva, no cabe desarrollar una verdadera negociación colectiva, según se desprende del artículo 37 de la CE).

**AL INSTAURAR EL USO,
EL EMPRESARIO ADOPTA
UNA MEDIDA DE POLÍTICA
EMPRESARIAL GENERAL
REFERIDA A UN ASPECTO
AISLADO DE LA RELACIÓN
DE TRABAJO**

H) ¿Reglamento de régimen interior de carácter informal?

Al instaurar el uso, el empresario ejerce su poder organizativo o de gestión, y se dicta a sí mismo (presumiblemente, aunque no siempre, de forma consciente) reglas uniformes de comportamiento frente a la plantilla o un colectivo de trabajadores objetivamente definido; esto es, adopta una medida de política empresarial general referida a un aspecto aislado de la relación de trabajo. Por ello, el uso puede ser reconducido sin dificultad a la categoría de *decisiones unilaterales de efectos colectivos* a que se refiere el artículo 41 del ET y, al mismo tiempo, puede ser considerado como fuente de obligaciones extralegal o atípica

(95) Vid., no obstante, SPAGNUOLO VIGORITA, G., op. cit., pág. 342, para quien el empresario se vincula tácitamente frente a los sujetos colectivos presentes en la empresa. En este mismo sentido, CASTELVETRI, L., *Una nuova...*, cit., págs. 168 y ss. (apoyándose en que el grupo de trabajadores afectados constituiría un sujeto "sindicalmente colectivo"; en que la representación laboral sería el único sujeto facultado para oponerse a la aplicación de un régimen de condiciones colectivas; y, por último, en que a partir de la reiteración de una cierta conducta empresarial, cabe deducir que el empleador efectúa implícitamente una propuesta negocial en el plano colectivo de las relaciones de trabajo). También, TOGNAZZI, G., op. cit., pág. 54.

de eficacia colectiva⁹⁶, asimilable a las previsiones reglamentarias de régimen interior, a pesar de su origen informal y de la incertidumbre inicial sobre el alcance temporal y personal de la concesión usual.

Al derivar del poder contractual del empresario, debe entenderse que su naturaleza es contractual, no normativa; pero ello no impide reconocerle relevancia jurídica en el plano de las relaciones colectivas. En efecto, pues si bien el marco legal obliga a negarle la condición de fuente de Derecho objetivo, permite, en cambio, entender que está dotado intrínsecamente de una *valencia colectiva*⁹⁷ (como ya se indicó, al analizar el carácter del interés jurídico subyacente) y, con ello, que su naturaleza no es contractual pura⁹⁸. Por ello, no quedan sometidos sólo a la aplicación y dinámica de las reglas del Derecho contractual común.

IV. EFICACIA JURÍDICA DEL USO DE EMPRESA

Parte de la doctrina⁹⁹ considera que la solución al problema de la eficacia jurídica del uso depende en gran medida de que se parta de una visión prioritariamente contractualista o, por el contrario, institucionalista de la empresa y de las relaciones desarrolladas en el seno de la misma¹⁰⁰. Y en ello reside la razón última principal de las profundas divergencias doctrinales que se detectan en torno a la eficacia jurídica reguladora de los usos (individual vs. colectiva) y en cuanto a su eficacia personal y temporal. Por idéntico motivo, la jurisprudencia es oscilante, si bien en general está presidida, por el ánimo de dar cumplimiento, al precio que sea, al principio del *favor prestatoris*¹⁰¹.

(96) Pese a la ambigüedad mantenida al pronunciarse sobre su naturaleza y eficacia jurídica, en alguna sentencia aislada se sostiene que “opera a favor del colectivo y no exclusivamente a favor de sus miembros”. Así, entre otras, en las STSJ de Cataluña de 2 de febrero de 1995 (AS 1995, 667) y STSJ de Cataluña de 5 de junio de 1992 (AS 1992, 3347). Vid., también, la reciente SAN de 6 de mayo de 2004 (JUR 2004, 263196), que asimila el uso a un pacto general tácito, aclarando que no constituye fuente de condiciones más beneficiosas de carácter individual.

(97) Como ha señalado LIEBMAN el uso de empresa, en cuanto manifestación del ejercicio del poder de dirección, sólo estaría dotado de una *intrínseca o estructural valencia colectiva* si del marco jurídico-positivo puede deducirse tal cosa. Advierte que los pronunciamientos más recientes de la C.Cass.italiana permiten situar en el ámbito de las relaciones sindicales los comportamientos que el empresario lleve a cabo en el marco de su labor de gestión que, siendo **formalmente de carácter unilateral**, estén dotados de una **intrínseca capacidad de expansión o difusión**. No obstante, este mismo autor pone de manifiesto que el marco positivo italiano no permite llegar a tal conclusión. Cfr. LIEBMAN, S., “Ancora in tema di usi aziendali e contrattazione collettiva”, *Mass. Giur. Lav.*, 1997, núm. 1, págs. 8 y ss.; el mismo autor en *Gli usi...* cit., págs. 227 y ss. Nuestro marco positivo, parece permitirlo, en cambio (ex artículos 41 y 64.1.9 del ET y 151 de la LPL).

(98) Con apoyo en consideraciones parecidas a las expresadas, BEJARANO HERNÁNDEZ defiende que los usos de empresa son una especie de híbrido, mitad fuente de obligaciones y mitad fuente del Derecho de origen colectivo –aunque sea inorgánico–. BEJARANO HERNÁNDEZ, A., *Usos de empresa y pactos colectivos...*, cit., págs. 18 y 29; el mismo autor, en *Principio de condición más beneficiosa...*, cit., págs. 76 y ss.

(99) Pionero en este enfoque fue SPAGNUOLO VIGORITA, en *Gli usi...*, cit., págs. 70 y ss. y 157 (para quien, además, la catalogación del uso de empresa bajo un instituto jurídico tradicional u otro viene predeterminada por el resultado buscado). Más recientemente, cfr. SCIANCALEPORE, G., op. cit., pág. 174 y SPAGNUOLO VIGORITA, G., op. cit., pág. 333.

(100) Vid. SPAGNUOLO VIGORITA, L., *Gli usi...*, cit., en especial págs. 70 y ss. y 129 y ss.; LIEBMAN, S., *Gli usi...*, cit., págs. 225 y ss.; CASTELVETRI, L., *Una nuova...*, cit., págs. 169 y ss.; MASINI, L., op. cit., pág. 168.

(101) PICONE, D., op. cit., pág. 342; LIEBMAN, S., “Reiterazione di un comportamento datoriale favorevole e contratto di lavoro: ‘uso aziendale’ o modificazione del contratto”, *Mass. Giur. Lav.*, 1991, pág. 644; SPAGNUOLO VIGORITA, L., *Usi...*, cit., pág. 684; NICOLAI, op. cit., pág. 438; MASINI, L., op. cit., pág. 170.

A) Eficacia reguladora (colectiva vs. individual)

Habiéndonos decantado por considerar al uso como fuente atípica e informal de condiciones generales de la contratación laboral, con proyección frente a un colectivo y plenamente asimilable a los reglamentos de régimen interior, a pesar de la informalidad que le caracteriza, analizaremos a continuación su grado de eficacia jurídica en el sistema español. A tal efecto, parece oportuno diferenciar los efectos que la consolidación del uso empresarial surte en la esfera colectiva de los que produce en la esfera individual.

a) Efectos en la esfera colectiva

Difícilmente puede admitirse que el uso de empresa tenga verdadera eficacia normativa, pues esta condición y la consiguiente ubicación privilegiada en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo se confiere en exclusiva a las normas estatales, legales o reglamentarias, a la costumbre local y profesional y al convenio colectivo negociado con sujeción a lo dispuesto en el Título III del ET (sin que pueda reconocerse tal condición, al margen del Derecho positivo, a otras fuentes reguladoras).

Además, teniendo en cuenta que el uso de empresa es un producto del ejercicio de la facultad ordenadora que ostenta el empresario y, en definitiva, del ejercicio de la autonomía individual, al margen de cualquier intervención de los órganos de representación colectiva de los intereses de los trabajadores, en principio no podrá estar dotado de la eficacia especial y reforzada con que cuenta el convenio colectivo.

Ahora bien, puesto que el uso puede encuadrarse en la categoría más amplia de las decisiones empresariales de efectos colectivos, cabe reconocer al uso una eficacia análoga a la inherente a los pactos colectivos de empresa, esto es, la aplicabilidad automática a todos los trabajadores en los que concurran los presupuestos del acto concesivo¹⁰², cualquiera que sea su antigüedad, pero con la peculiaridad de que si su contrato de trabajo contuviera previsiones que objetivamente resultasen más favorables o más “personalizadas”, sería necesario contar con el consentimiento expreso de éstos.

En este sentido, la C.Cass. italiana ha venido reconociendo que el uso y el convenio colectivo son equiparables en cuanto al modo de operar y efectos sobre las demás fuentes de las obligaciones¹⁰³. Pero, con ello, y aunque al uso se le atribuya relevancia en el plano jurídico-sindical, no se llega al extremo de equiparar la repetición de un comportamiento empresarial uniforme (en virtud del cual se arbitre un determinado “tratamiento colectivo”) a una propuesta negocial idónea, una vez aceptada por la contraparte sindical, para dar vida a un convenio colectivo tácito¹⁰⁴.

(102) En este sentido, vid. la STCT de 18 de mayo de 1988 (AL, 1988, ref. 839), en la que las condiciones procedentes de un uso de empresa se califican como condiciones colectivas, y la STSJ de Navarra de 26 de marzo de 1996 (AS 1996, 1178), en la que se llega al extremo de considerar al uso como “instrumento colectivo con existencia jurídica propia”.

(103) Vid. INNOCENCI, L., “Equiparabilità degli effetti degli usi aziendali al contratto collettivo aziendale”, *Dir. Lav.*, 1998, núm. 1-2, págs. 31 y ss.

(104) LIEBMAN, S., *Ancora...*, cit., pág. 12. No obstante, parece inclinarse por esta opción interpretativa. (Gli usi..., cit., pág. 236). La doctrina se halla dividida en cuanto a la posibilidad de equiparar el uso a un convenio colectivo de Derecho Común. Por todos, en favor de la equiparabilidad, SPAGNUOLO VIGORITA, G., *op. cit.*, págs. 334 y ss.; si bien estima que el

En efecto, la asimilación no puede ser completa; por ello, y en la medida en que se admita que el uso constituye una categoría que se sitúa a caballo entre la autonomía individual y la colectiva (por tener un origen contractual, pero contar con proyección colectiva y actuar sobre intereses colectivos, funcionando de hecho como si fuera un convenio colectivo de empresa durante el período de pacífica aplicación del mismo; y por contar con relevancia en el plano sindical) habría que entender que se produce automáticamente la integración objetiva del contrato con las condiciones usuales, salvo manifestación expresa de trabajador y empresario contraria a su aplicación.

Así, puesto que no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (el empresario) el cumplimiento del contrato de trabajo, el uso no podría superponerse automáticamente a los pactos individuales. Como el ordenamiento no dota al uso de empresa de una función homogeneizadora ni de eficacia normativa, por muy consolidado y extendido que esté, las condiciones usuales no podrían imponerse a ningún trabajador, marginando su voluntad y destruyendo unilateralmente el acuerdo de voluntades originario. Sería preciso, por tanto, alcanzar un acuerdo novatorio de los pactos individuales originarios si el contrato es más favorable o contempla una regulación distinta que resulte más beneficiosa, no ya objetivamente, sino desde el punto de vista subjetivo del trabajador, en cuanto contempla una regulación más personalizada.

Sin embargo, la jurisprudencia mayoritaria no acoge la tesis de la naturaleza y eficacia colectiva del uso, pues fundamenta la fuerza de obligar de los usos empresariales recurriendo a la lógica contractual pura y sin prestar especial consideración a las peculiaridades del poder laboral de ordenación general de las relaciones de trabajo y al propio marco normativo¹⁰⁵ (lo que impide a la jurisprudencia entender que el uso de empresa traspasa el plano interindividual trabajador-empresario, para desplegar efectos en una esfera distinta; y ello, a pesar de que el uso de empresa se aplica a una colectividad considerada *in genere*).

b) Efectos en la esfera individual: revisión de la teoría de la “interiorización” de las condiciones más beneficiosas colectivas

Al analizar la eficacia jurídica que el uso despliega en la esfera individual se plantean dos interrogantes de difícil respuesta:

uso mantiene cierta especificidad, por lo que puede reconocerse relevancia jurídica a la fecha de ingreso de cada trabajador a efectos de acotar el ámbito personal en el que su aplicación es obligada. También MASINI, L., (en *op. cit.*, pág. 170) si bien cree que debe valorarse: a) la presencia sindical; b) el carácter objetivo vs. subjetivo de la concesión usual, y c) el modo de consolidación de la práctica. En contra de la asimilación, SCIANCALEPORE, G., *op. cit.*, pág. 197.

(105) Pese a que con relativa frecuencia se alude a la “colectividad” que caracteriza a las condiciones más beneficiosas de origen usual, suele incluirse la siguiente matización: (dicha “colectividad”) “(...) es más el resultado de una observación práctica que una afirmación en uno u otro sentido sobre la naturaleza de la fuente que la crea: es colectiva (sólo) porque por las circunstancias en que nace, despliega sus efectos sobre una serie o grupo de trabajadores (...)”. En este sentido, por todas, *vid.* SSTSJ de Navarra de 28 de octubre de 2002 (AS 2002, 3591) y STSJ de Navarra de 30 de junio de 2001 (AS 2001, 2532).

1º. Si, abstracción hecha de la eficacia o proyección colectiva del uso de empresa, las condiciones usuales, una vez disfrutadas, se contractualizan y, por este motivo, han de ser respetadas en todo caso a título personal (con independencia de la mayor o menor “antigüedad en el disfrute”).

2º. Si cabe o no distinguir dos colectivos dentro del grupo de afectados por el uso, atendiendo al momento en el que el trabajador acceda a las condiciones usuales, atribuyendo distinta eficacia jurídica al comportamiento empresarial: a) beneficiarios directos y originarios (durante la etapa de gestación del uso) y b) afectados por el uso ya consolidado.

1.º La supuesta contractualización automática de las condiciones usuales

Para resolver el primero de los interrogantes planteados habrá que estar a las reglas de Derecho Común¹⁰⁶, que son aplicables supletoriamente, pero no podrá perderse de vista que la función reguladora que el uso de empresa desempeña se proyecta sobre una colectividad.

La doctrina se halla dividida en este punto. Así, para un sector doctrinal¹⁰⁷, partiendo de su origen colectivo (o plural), no se produce la contractualización plena de las ventajas usuales, pues los usos operan en todo momento sobre las relaciones laborales del grupo de afectados “con el mismo alcance plural con el que han nacido”¹⁰⁸ (esto es, actúan desde fuera, y no como una simple pluralidad de pactos individuales que se van incorporando de forma autónoma y progresiva a los contratos de trabajo). Entienden, por el contrario, que las condiciones usuales son condiciones más beneficiosas colectivas o, lo que es lo mismo, elementos integrantes del estatuto laboral colectivo¹⁰⁹ (junto a las condiciones previstas en los convenios o pactos colectivos de aplicación) y no condiciones disfrutadas *ad personam* e incorporadas al contrato individual, por lo que

**PARA UN SECTOR
DOCTRINAL,
LAS CONDICIONES
USUALES SON ELEMENTOS
INTEGRANTES
DEL ESTATUTO
LABORAL COLECTIVO
Y NO CONDICIONES
DISFRUTADAS *AD
PERSONAM*
E INCORPORADAS
AL CONTRATO INDIVIDUAL**

(106) Artículos 1261 y ss. del Código Civil. Cfr. SALA FRANCO, T. y GOERLICH PESET, J.M.^a, op. cit., pág. 189.

(107) FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F., op. cit., págs. 26 y 27; DE LA VILLA, GARCÍA BECEDAS y GARCÍA PERROTE, op. cit., pág. 46; SALA FRANCO, T. y BLASCO PELLICER, A., op. cit., págs. 413 y ss.; BEJARANO HERNÁNDEZ, A., Usos de empresa y pactos..., cit., pág. 15.

(108) STSJ de Cataluña de 2 de febrero de 1995 (AS 1995, 667).

(109) MARTÍNEZ JIMÉNEZ, J. M., op. cit., págs. 25 y ss.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F., op. cit., págs. 8 y ss. y 23 y ss.

aquellas son “atacables” con mayor facilidad que éstas¹¹⁰. Esta tesis ha tenido escasa acogida en la jurisprudencia¹¹¹.

Otros autores¹¹², por el contrario, y a estos efectos, hacen abstracción de ese carácter, origen y proyección colectivos y defienden que la aplicación del uso conduce a la contractualización de la ventaja disfrutada¹¹³, lo que supone, en definitiva, reconocer a los trabajadores la condición de titulares de verdaderos derechos subjetivos plenos e intangibles, y no meras expectativas (aunque aquellos derechos sean compensables y absorbibles) frente al empresario que dio vida al uso o práctica de empresa. Es ésta la tesis que se ha consolidado a nivel jurisprudencial¹¹⁴, pues se sostiene que una vez aceptadas por los trabajadores, constituyen derechos adquiridos o condiciones pactadas (y sería el pacto el título de exigibilidad). Concretamente, de forma absolutamente mayoritaria, se reconoce que aunque la fuente de las condiciones usuales sea colectiva (y, desde esta perspectiva, algunos autores consideran que el uso puede reconducirse a la categoría de convenio colectivo tácito) el principio de condiciones más beneficiosas obliga a respetarlas a título individual. Por ello, se entiende mayoritariamente que sólo podrían modificarse o eliminarse si se alcanzara un acuerdo con el trabajador o se compensaran y absorbieran las ventajas usuales con nuevas condiciones homogéneas introducidas por convenio colectivo¹¹⁵.

(110) Son minoritarios los pronunciamientos en los que se rechaza el nacimiento de condiciones más beneficiosas de carácter general o colectivo. Así, por ejemplo, se ha negado el carácter de condiciones más beneficiosas consolidadas a las subvenciones concedidas con carácter anual para el desarrollo de actividades de carácter deportivo y recreativo administradas por el comité de empresa (STSJ de Madrid de 12 de abril de 1993, AS 1993, 1956) y a las dotaciones a un fondo para la concesión de préstamos al personal (STS de 13 de octubre de 1995, RJ 1995, 7749). Pero no son éstas las condiciones más beneficiosas colectivas verdaderamente problemáticas, pues aquí es claro que el comportamiento empresarial de favor tiene como destinatario directo a la plantilla en general. Lo que se repite no es la concesión de un beneficio individualizable, sino un beneficio colectivo (aunque finalmente las concesiones tengan como destinatarios últimos a una pluralidad de trabajadores)

(111) Vid. STS de 31 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4012), en la que se descarta la contractualización de las condiciones usuales. En la misma línea, STSJ de Murcia de 16 de diciembre de 1996 (AL 1997, ref. 4126); STSJ de Navarra de 29 de septiembre de 1997 (AS 1997, 3275); STSJ de Cataluña de 5 de junio de 1992 (AS 1992, 3347); STSJ de Galicia de 19 de enero de 1995 (AS 1995, 144); STSJ de Cataluña de 2 de febrero de 1995 (AS 1995, 667); STSJ de Navarra de 24 de marzo de 1997 (AS 1997, 976); STSJ de Cataluña de 3 de febrero de 1997 (AS 1997, 713).

(112) ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *op. cit.*, pág. 696.

(113) MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G., “Doble escala salarial y condición más beneficiosa de efectos colectivos (Comentario a la STSJ de Cataluña 16 abril 1998)”, AS, 1998-II, pág. 2629.

(114) ELTS ha defendido que “el origen de la condición más beneficiosa, que frecuentemente se asienta en usos generales, prácticas empresariales, pactos, etc., cuyo destinatario es un grupo de trabajadores, y aunque su fuerza obligatoria sea la propia del contrato de trabajo en el que se integran las reglas surgidas de aquellos diversos actos...” (por todas, SSTs de 15 de junio de 1992, RJ 1992, 4582, y de 30 de diciembre de 1998, RJ 1999, 454). En el mismo sentido, y entre otras muchas, STSJ de Cataluña de 28 de enero de 1995 (AS 1995, 322); STSJ de Extremadura de 6 de junio de 1995 (AS 1995, 2450); STSJ de Galicia de 8 de febrero de 1995 (AS 1995, 586); STSJ de Navarra de 26 de marzo de 1996 (AS 1996, 1178); STSJ de Navarra de 29 de diciembre de 1995 (AS 1995, 4680); STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 18 de marzo de 1993 (AS 1993, 1181); STSJ de Galicia de 14 de noviembre de 2000 (AS 2000, 4704); STSJ de Navarra de 30 de junio de 2001 (AS 2001, 1825); STSJ de Navarra de 28 de octubre de 2002 (AS 2002, 3591).

(115) En algunos pronunciamientos se admite el nacimiento y consolidación, como condiciones más beneficiosas, de servicios o beneficios disfrutados por la colectividad de trabajadores y mantenidos informalmente. Así, suscripción de una póliza de seguro colectivo: STSJ de Cataluña de 14 de diciembre de 1993 (AS 1993, 5296) y STSJ de Castilla y León, Burgos, de 26 de julio de 1993 (AS 1993, 3370); descanso especial para desayuno: STSJ de Galicia de 10 de enero de 1990 (AL 1990, ref. 443); colonias veraniegas para hijos de empleados: STS de 15 de junio de 1992 (RJ 1992, 4582); compensaciones por desplazamientos: STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 18 de febrero de 1994 (AS 1994, 454) y STCT de 26 de abril de 1989 (AL 1989, ref. 857); plus de distancia: STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 2 de julio de 1993 (AS 1993, 3498); servicio de cocina

Como ha advertido FERNÁNDEZ LÓPEZ¹¹⁶, en la doctrina judicial sobre condiciones más beneficiosas colectivas “se han mezclado sin razón instituciones individuales y colectivas unificando su régimen de forma absolutamente artificial”. Y, con ello, en último término se niega autonomía al uso como fuente reguladora especial, pues se le trata como categoría que engloba a una pluralidad de pactos individuales tácitos (sin conferir relevancia alguna al interés colectivo generado por la puesta en práctica de una decisión empresarial de efectos colectivos; y sin extraer consecuencia jurídica alguna de las escuetas, pero expresas, previsiones de Derecho positivo relativas a esta clase de decisiones y al uso de empresa).

En realidad, las condiciones más beneficiosas disfrutadas a título personal, como ventaja singular, no generalizada (permaneciendo inmutables ante los cambios que sucesivamente se introduzcan en el régimen general de condiciones aplicables en la empresa o a la categoría profesional) son las únicas que pueden considerarse objeto de un pacto tácito de carácter individual y, por ende, inatacables por convenio colectivo¹¹⁷. Por el contrario, el uso de empresa, en cuanto instrumento informal regulador que proyecta sus efectos en la esfera colectiva, no puede ser considerado fuente ni de Derecho objetivo, ni de verdaderos derechos subjetivos intangibles, sino que debe quedar sometido a la dinámica colectiva (como se verá con más detalle, al estudiar la eficacia temporal del uso). Pero no lo han entendido así, por regla general, nuestros Tribunales¹¹⁸.

2º ¿Incorporación exclusivamente a los contratos de los beneficiarios iniciales?

Desechado que se produzca la contractualización automática por el solo hecho de su disfrute, cabe avanzar algo más y cuestionarse: a) si, al menos, los beneficiarios originarios disfrutarían de la ventaja como elemento de su “patrimonio contractual” en todo momento, mientras que los segundos sólo como parte de su “patrimonio colectivo”; b) si, por el contrario, aunque los beneficiarios originarios disfrutaran la mejora como parte de su estatuto individual durante el proceso de consolidación del uso, una vez nace éste, pasa a integrarse en su estatuto colectivo, a pesar de no haberse producido intervención o actuación sindical alguna. Es preciso, pues, determinar si se produce en algún momento o no una transformación del título jurídico determinante de la concesión y disfrute de las ventajas (esto es, de la fuente de la obligación). Y la cuestión reviste enorme trascendencia, por los siguientes motivos:

y limpieza: STSJ de Andalucía, Granada, de 29 de mayo de 1996 (AS 1996, 1548); prolongación de vacaciones: STSJ de Andalucía, Málaga, de 22 de mayo de 1995 (AS 1995, 2107); ofertas de artículos a empleados: STSJ de Navarra de 26 de marzo de 1996 (AS 1996, 1178); concesión de ayudas de estudios a hijos de empleados (STS de 30 de diciembre de 1998, RJ 1999, 454); complementos de prestaciones por IT: STSJ de Cantabria de 11 de diciembre de 2000 (AS 2001, 647); medio de transporte colectivo: STSJ de Cataluña de 3 de octubre de 2002 (AS 2002, 3867).

(116) Vid. en extenso FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F., op. cit., págs. 10 y ss.

(117) Vid., por todas, la STSJ de Navarra de 29 de septiembre de 1997 (AS 3275). Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, M., *Principio...*, cit., págs. 41 y ss.

(118) Por todas, vid. STS de 30 de diciembre de 1998 (RJ 1999, 454) y STSJ de Cantabria de 11 de diciembre de 2000 (AS 2001, 647).

– De estimarse que la condición usual se integra definitivamente en el patrimonio contractual del primer grupo de afectados, aquélla sería intangible en sede colectiva, salvo que se establecieran condiciones nuevas y homogéneas que compensaran y absorbieran a las de origen usual¹¹⁹.

– De entenderse que para todos tiene eficacia colectiva, esto es, que las condiciones usuales se integran en el estatuto de origen colectivo, aplicable a todos los trabajadores, cualquiera que sea su antigüedad en el disfrute y su antigüedad en la empresa, tales condiciones permanecerían al margen del contrato individual colectivo y podrían ser sometidas a la dinámica colectiva de la empresa. En tal caso, se equipararían, desde esta perspectiva, a las que tuvieran como fuente un convenio extraestatutario (negociado formal o informalmente con la representación unitaria).

Por razonable que pueda parecer el establecimiento de la apuntada diferenciación de colectivos de beneficiarios¹²⁰, carecemos de apoyo jurídico sólido para desdoblar la conducta empresarial que, en esencia, es idéntica de principio a fin¹²¹, reconociéndole distinto grado de eficacia recurriendo a un criterio temporal¹²². A ello debe añadirse una dificultad de orden práctico, cual es la que se plantea para delimitar los dos colectivos de beneficiarios, pues no es posible determinar la fecha precisa a partir de la cual el comportamiento del empresario pierde su carácter contractual puro, pasando a estar dotado de eficacia cuasi-normativa y ultraactividad temporal.

Pero atribuir un valor unitario (y colectivo) a la conducta empresarial, aunque en los estadios iniciales de la gestación del uso estuviéramos en presencia de auténticos pactos individuales tácitos, tampoco es fácil. En efecto, pues mientras se ha admitido, con discutible criterio, la contractualización de ventajas originariamente disfrutadas en virtud de un título jurídico-laboral colectivo (v.gr., en aplicación de las cláusulas convencionales de garantía *ad personam* de mantenimiento de condiciones disfrutadas con anterioridad previstas en convenios colectivos revisados *in peius*¹²³) en general, no se considera viable el proceso inverso (esto es, el de la “colectivización” de ventajas insertas inicialmente en

(119) Vid. AGUILERA IZQUIERDO, R., *op. cit.*, págs. 70 y ss., para quien los usos de empresa se convierten en condiciones generales de la contratación que disciplinan el contrato de trabajo de todos los trabajadores o de un grupo determinado de ellos, desde el momento de su incorporación a la empresa, aunque desconozcan su existencia. No obstante, entiende que para los trabajadores que disfrutaron del trato de favor, la condición usual se contractualiza, por lo que para ellos, sólo podrá ser suprimido por pacto individual o por pacto colectivo que, o bien incorpore a su clausulado la misma condición o bien establezca condiciones más favorables; y en definitiva, entiende que sólo podrá ser desplazado con respecto a los trabajadores de nuevo ingreso.

(120) Vid. LIEBMAN, S., *Gli usi...*, cit., págs. 220 y ss., para quien la jurisprudencia debería abordar el problema de los actos concluyentes del empresario desde dos perspectivas diversas: para el primero de los colectivos señalados, como cuestión de interpretación del contrato, mientras que para el segundo como posible instauración de una fuente autónoma integradora de los contratos de trabajo.

(121) SPAGNUOLO VIGORITA, L., *Gli usi...*, cit., págs. 141 y ss. y 163 y ss.

(122) SPAGNUOLO VIGORITA, G., *op. cit.*, págs. 338 y 339.

(123) Esto es, cláusulas que instituyen condiciones más beneficiosas impropias con el fin de salvaguardar falsas expectativas en el proceso de sucesión de convenios, lo que a la postre conlleva: desconocimiento de la mecánica de integración de las fuentes concurrentes y del principio de igualdad, así como tergiversación, no sólo de los artículos 82.4 y 86.4 del ET, que regulan el proceso de sucesión de convenios colectivos, sino también del alcance real y fundamento último del principio de condiciones más beneficiosas. Vid., en este sentido, la SAN de 17 de junio de 2004 (AS 2004, 2698).

el contrato individual; y por ello tampoco se admite la disposición por el convenio colectivo de condiciones disfrutadas en virtud de un título individual¹²⁴).

Posiblemente ello sea el fruto de la conjunción de dos factores: de una parte, la generalizada actitud de hiperprotección del contratante más débil¹²⁵; y, de otra, la tendencia a aferrarse a esquemas del Derecho Común de los contratos, sin prestar la debida atención a la especificidad de las relaciones que el Derecho del Trabajo está llamado a ordenar y a las necesidades de ejercicio flexible de los poderes de gestión empresarial¹²⁶.

Parece, pues, más razonable, teniendo en cuenta que detrás de la aplicación de un uso de empresa existe una decisión, real o presunta, de efectos colectivos, considerar a aquél como una de las fuentes de obligaciones que, sin llegar a gozar de naturaleza normativa, integra el estatuto colectivo de los beneficiarios de las concesiones usuales en todo momento, y para todos los posibles beneficiarios, cualquiera que sea su antigüedad en el disfrute de las mismas¹²⁷.

En cualquier caso, para trabajadores de nuevo ingreso, que no hayan disfrutado previamente del trato de favor, difícilmente se puede defender la contractualización de condiciones, si bien se plantea la duda de si, precisamente por tratarse de una concesión de alcance colectivo, sus contratos de trabajo se integran automáticamente o no con lo que resulte del uso desde el momento de incorporación a la empresa¹²⁸ hasta tanto no sea desplazado por otra regulación convencional o deje de aplicarse por cualquiera de las causas que luego se estudiarán —aunque ya hemos avanzado que nuestra jurisprudencia se muestra, en general, reticente a reconocer eficacia colectiva al uso empresarial—.

**PARECE RAZONABLE
CONSIDERAR AL USO DE
EMPRESA COMO UNA
DE LAS FUENTES DE
OBLIGACIONES
QUE INTEGRA
EL ESTATUTO COLECTIVO
DE LOS BENEFICIARIOS
DE LAS CONCESIONES
USUALES**

(124) Vid., por ejemplo, la STSJ de Madrid de 28 de julio de 1999 (AS 1999, 2929) y STSJ de Cantabria de 11 de diciembre de 2000 (AS 2001, 647).

(125) Cfr. SPAGNUOLO VIGORITA, G., *op. cit.*, págs. 340 y ss.

(126) Un sector de la doctrina italiana rechaza que, partiendo de la existencia de una dimensión colectiva empresarial, pueda identificarse un “Derecho de la empresa”, que gozaría de cierta especificidad y autonomía respecto del Derecho “común” de la contratación laboral, pues se entiende que con ello se complica innecesariamente la resolución de los problemas jurídicos que en torno a los usos se plantean (Cfr. LIEBMAN, en *Reiterazione...*, cit., pág. 644, y el mismo autor en *Gli usi...*, cit., págs. 225 y ss.)

(127) En este sentido, vid. BEJARANO HERNÁNDEZ, A., *Principio de condición más beneficiosa...*, cit., págs. 77 y 78.

(128) Vid. AGUILERA IZQUIERDO, R., *op. cit.*, págs. 70 y ss. Pero entiende que sólo se contractualiza la condición usual para quienes hayan disfrutado efectivamente del trato de favor.

B) Eficacia personal: general vs. limitada

Como ya se indicó, los usos de empresa adquieren fuerza de obligar debido a la necesidad de proteger las atendibles expectativas de un grupo de trabajadores considerado genéricamente.

De adoptarse una visión contractualista, sólo podrían ser considerados titulares de expectativas legítimas quienes hubieran disfrutado *de facto*¹²⁹ las mejoras usuales, de manera que el uso tendría la eficacia personal que el empresario en cada momento quisiera atribuirle. Y desde esta perspectiva, la extensión forzosa de las ventajas “usuales” a la totalidad de los trabajadores del grupo genérico al que pertenecen quienes de hecho hubieran estado disfrutando pacíficamente del uso, esto es, el reconocimiento de eficacia personal general, sería el corolario de una aplicación excesivamente rígida del principio de igualdad y no discriminación, que no parece contar con respaldo en la jurisprudencia ordinaria y constitucional imperante¹³⁰.

En relación con los usos, al optar la jurisprudencia por una visión puramente contractualista, asumiendo que las condiciones de disfrute colectivo al margen del convenio se contractualizan, la lesividad de la eventual negativa empresarial a extender el trato de favor a trabajadores de nuevo ingreso se mide contemplando exclusivamente el estado del patrimonio contractual individual de cada trabajador antes y después de la fecha en la que el empresario decida poner fin al trato usual de favor¹³¹. Pero, con ello, nuestra jurisprudencia no se limita a descartar que el uso esté dotado de ultraactividad personal (abriendo paso a la posibilidad de establecer dobles escalas de condiciones laborales)¹³² sino que a la postre, estaría negando relevancia jurídica al interés colectivo subyacente y a las expectativas que en la esfera colectiva el empresario haya podido generar; y, en último término, niega también sustantividad propia al uso como fuente especial de obligaciones.

Aunque el Derecho positivo no ofrece apoyo directo para defender que el uso cuente con eficacia personal general e ilimitada, cualquiera que sea la voluntad del empresario

(129) Cfr. MENGONI, L., “In tema di usi aziendali”, *Mass. Giur. Lav.*, 1978, págs. 471 y 472; NICOLINI, G., *Fonti...*, cit., págs. 114 y 115; MARTINUCCI, G., “Brevi note in tema di volontarietà e usi aziendali”, *RIDL*, 1997-II, pág. 683.

(130) Por todas, vid. STC 34/1984, de 9 de marzo.

(131) Por todas, además de las citadas *supra*, vid. la STS de 28 de marzo de 1994 (RJ 1994, 2646); STSJ de Cataluña de 3 de septiembre de 1998 (AS 1998, 3633). En contra, STSJ de Castilla y León de 10 de mayo de 1993 (AS 1993, 2245). Comparte este planteamiento MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G. en *Doble escala...*, cit., pág. 2629.

(132) Y debe llamarse la atención sobre la paradoja siguiente: mientras para las “dobles escalas” instauradas por la negociación colectiva, la jurisprudencia se muestra restrictiva, exigiendo con carácter general que la diferencia que eventualmente se introduzca se haga desaparecer progresivamente mediante el recurso a la técnica de la compensación y absorción, de manera que no se cierre la puerta definitivamente a la homogeneización de condiciones laborales, en el ámbito de las condiciones introducidas por el empresario al amparo de la libertad de empresa, de carácter y proyección colectiva, se adopta una postura más permisiva (y ello, pese a que en el marco de la negociación colectiva se cuenta con mayores garantías de defensa de los intereses colectivos de los trabajadores). Vid. STS de 10 de febrero de 1995 (RJ 1995, 1148); STS de 28 de febrero de 1994 (RJ 1994, 2539). En contra, con carácter absolutamente minoritario: STSJ de Castilla y León, Burgos, de 10 de mayo de 1993 (AS 1993, 2245) y STSJ de Cataluña de 16 de abril de 1998 (AS 1998, 2065), para condiciones colectivas fruto de un pacto informal.

que le dio vida (como si de un convenio colectivo se tratara) la cuestión requiere mayor profundización.

Al haber descartado que el uso cuente con eficacia normativa (por imposibilidad de asimilación a los usos normativos y a los convenios colectivos en sentido propio) parece que debe llegarse a la conclusión de que su eficacia personal es limitada¹³³. Además, parece en principio que debiera admitirse que el empresario pudiera restringir en cualquier momento el ámbito de aplicación personal de su concesión, introduciendo limitaciones subjetivas anteriormente inexistentes mediante una simple comunicación del cambio de su voluntad. Parece, en suma, que este tipo de conductas no debieran ser tachadas automáticamente de contrarias al principio de igualdad y no discriminación, sino sólo en aquellos supuestos en los que, al introducir la diferenciación de trato, se apoyara en causa torpe, así como, en su caso, en aquellos en los que la diferencia, por afectar a uno o unos pocos, resultase “sancionadora”¹³⁴.

Pero la cuestión dista de estar clara, pues todo depende de que el centro de atención se sitúe en el “momento individual” o en el “momento colectivo” de la praxis empresarial¹³⁵. Y si el uso se califica como reglamento informal de régimen interior, o se asimila a esta figura, al contar con valor de fuente colectiva y no haberse concretado o restringido *ex ante* el alcance subjetivo de la concesión colectiva, parece que debe llegarse precisamente a la conclusión contraria. En suma parece que, aunque el ET nada establezca al respecto, los usos deben aplicarse mientras continúen en vigor a todos los trabajadores (presentes y futuros)¹³⁶. Por lo demás, lo contrario, aunque no suponga una vulneración del deber de no discriminación, legitimaría la contravención de los actos propios concluyentes observados, no ya frente a una pluralidad de trabajadores, sino frente a la colectividad¹³⁷ (y conduciría a desconocer la singularidad que debe reconocerse a las condiciones más beneficiosas colectivas).

Por eso, y porque a la postre ese giro en su comportamiento entraña una modificación del ámbito subjetivo de aplicación de una decisión de efectos colectivos (pasando aquél

(133) Cfr. SPAGNUOLO VIGORITA, L., *Gli usi...*, cit., págs. 71 y 139 y ss.; CASTELVETRI, L., *Una nuova...*, cit., págs. 168 y ss.

(134) En contra, BEJARANO HERNÁNDEZ, para quien, tal diferenciación de trato no vendría fundada en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con los criterios o juicios de valor generalmente aceptados. Considera que, dada su dimensión colectiva, se estaría violando el principio de igualdad. Este autor, en *Usos de empresa y pactos...*, cit., págs. 15 y 16. El mismo autor, en *Principio de condición más beneficiosa...*, cit., págs. 77 y ss. y 98 y ss.

(135) Cfr. DEL PRATO, E., *op. cit.*, pág. 5. El mismo autor en “L’individuazione dell’uso aziendale”, *Giur. It.*, 1987-I, págs. 1374 y 1375.

(136) En este sentido, apoyándose en que el cumplimiento de la conducta de favor es espontáneo, general y permanente y no cumple las exigencias mínimas de la contractualidad: SALA FRANCO *et al.*, *Derecho del Trabajo*, 6ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1991, pág. 270; SALA FRANCO, T. y BLASCO PELLICER, A., *op. cit.*, pág. 414. En este sentido, STS de 8 de marzo de 1984 (RA 1535).

(137) Vid. STS de 18 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 7645); STSJ de Cataluña de 7 de abril de 2003 (AS 2003, 1894) y STSJ de Cataluña de 21 de septiembre de 1998 (AS 1998, 3650), que delimitan dos problemas que no debieran confundirse: el problema de la extensión forzosa del trato favorable (por poderse presumir la intención empresarial de conceder el beneficio con carácter indefinido y a todos los trabajadores de la empresa; aunque los Tribunales parecen mostrar cierta reticencia a considerar implícita la voluntad de reconocer ese carácter indefinido y esa eficacia personal general a partir de la demostración de la simple reiteración sistemática de un determinado comportamiento), y un segundo problema, distinto e independiente del anterior, cual es el de la extensión forzosa de la conducta favorable, consecuencia de la apreciación de la existencia de discriminación prohibida.

a tener una eficacia meramente plural) en el caso de cambio de voluntad empresarial, el empresario deberá seguir el procedimiento especial de modificación de condiciones previsto en el artículo 41 del ET (según resulta del apartado 2 de dicho precepto) —siempre que se trate de condiciones básicas¹³⁸— o someter la cuestión a la dinámica de la negociación colectiva¹³⁹. Y es claro que en último término ese cambio de voluntad sólo gozará de eficacia si no resulta arbitrario, irracional o caprichoso; esto es, cuando esté fundado en razones objetivas.

En definitiva, el uso contaría con esa eficacia personal general e ilimitada, hasta tanto no se estableciera otra cosa mediante: a) acuerdo suscrito o decisión unilateral adoptada en el marco del procedimiento de modificación sustancial previsto en el artículo 41 del ET o b) mediante convenio colectivo —estatutario o extraestatutario—.

C) Eficacia temporal

El uso tiene vigencia indefinida, dada la inconcreción del alcance que, desde la perspectiva temporal, tiene la conducta empresarial reiterada que le da vida. Pero no se puede llegar al extremo de considerar que tiene una vigencia perpetua, pues el principio jurisprudencial de intangibilidad de las condiciones más beneficiosas, al que se recurre mayoritariamente para reconocer eficacia jurídica al uso, opera con sujeción a ciertos límites. La intangibilidad no es, en definitiva, de carácter absoluto, como se desprende del marco legal y de la jurisprudencia sobre condiciones más beneficiosas, a fin de salvaguardar la libertad de empresa, y asegurar la viabilidad de la homogeneización de las condiciones de trabajo a través de la negociación colectiva.

En concreto, el uso puede perder su vigencia por las causas y procedimientos que a continuación se detallan:

(138) Para DÍAZ AZNARTE (y en lo que respecta a condiciones más beneficiosas en general, cualquiera que sea la fuente de la que emanen) sólo debe respetarse el artículo 41 del ET si la condición que se pretende suprimir tiene carácter esencial, aunque no lo haya entendido así la jurisprudencia. Para los casos de condiciones más beneficiosas *no esenciales*, defiende que la supresión o modificación unilateral sólo puede llevarse a cabo a través de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Vid. DÍAZ AZNARTE, M.^aT., *op. cit.*, págs. 265 y ss. A nuestro modo de ver, habida cuenta de la excepcionalidad de la aplicabilidad de la referida cláusula, no puede aceptarse esta tesis restrictiva, puesto que ello supondría tanto como defender que las condiciones esenciales son más fácilmente modificables que las condiciones no esenciales, lo que no parece razonable. Habida cuenta que lo que está en juego es el interés colectivo, posiblemente por ese motivo los tribunales aplican el artículo 41 del ET, con el fin de otorgar protagonismo a los representantes de los trabajadores. En cualquier caso, teniendo presente la rigidez jurisprudencial a efectos de considerar procedente la aplicación de la técnica de la compensación y absorción, parece lógico que nuestros Tribunales exijan que el empresario acredite la concurrencia de causas sólidas y objetivas que evidencien la necesidad —y no simple conveniencia— de inaplicar a los nuevos empleados las condiciones usuales, aun no siendo éstas esenciales. Otra cosa supondría dejar al arbitrio del empresario el cumplimiento mismo de los compromisos contraídos frente a la colectividad y vaciar de contenido al principio de condición más beneficiosa —que se aplica indistintamente a condiciones esenciales y a las no esenciales—. Pero incluso, parece que al menos debe intentar llegar a un acuerdo con los representantes (puesto que si bien el supuesto no cae de lleno en el artículo 41, tampoco podemos entender que este tipo de conductas queden cubiertas por el poder ordinario de dirección y organización empresarial). Vid. en parecidos términos, BEJARANO HERNÁNDEZ, A., *Principio de condición más beneficiosa...*, cit., págs. 165 y ss.

(139) Vid., no obstante, AGUILERA IZQUIERDO, R., *op. cit.*, págs. 70 y ss., para quien la exclusión de los trabajadores de nuevo ingreso será procedente si existe una motivación razonable en la que se apoye la empresa, y siempre que dicha exclusión no suponga una discriminación prohibida por los artículos 14 de la CE y 17 del ET.

a) Por excesiva onerosidad sobrevenida

El empresario puede decidir unilateralmente poner fin a la vigencia del uso; pero, al menos cuando se vean afectadas condiciones esenciales, debe seguir el procedimiento previsto en el artículo 41 del ET para la modificación de condiciones disfrutadas en virtud de decisiones empresariales de efectos colectivos (con el fin de intentar llegar a un acuerdo con los representantes de los trabajadores) y acreditar que concurren las causas empresariales justificativas que señala ese precepto (económicas, organizativas, técnicas o de producción) ¹⁴⁰.

En cambio, y puesto que se trata de condiciones colectivas y habida cuenta del interés colectivo subyacente, aun concurriendo causas extraordinarias que objetivamente justifiquen el cambio de voluntad empresarial, no podría reputarse lícita la eventual invitación empresarial a la renuncia “en masa” a las ventajas usuales por cada uno de los afectados por la práctica empresarial.

Y debe tenerse presente que si en el trámite de consulta a los representantes, preceptivo ex artículo 41 del ET, llegara a un acuerdo con éstos, sólo vendría obligado a establecer compensaciones sustitutivas de las condiciones usuales si así lo hubiera convenido expresamente. Con todo, no puede perderse de vista que nuestro ordenamiento autoriza al empresario a adoptar la decisión modificativa o extintiva sin contar con la aceptación de los representantes, dotando a la misma de ejecutividad, sin perjuicio de la posibilidad de su revisión por los órganos jurisdiccionales. Y, además, sólo obliga a restaurar las condiciones colectivas si su supresión o modificación *in peius* resulta desproporcionada para la cobertura de las necesidades empresariales alegadas.

b) Por incompatibilidad sobrevenida con la regulación que introduzca posteriormente el convenio supraempresarial de aplicación a la empresa

Si el convenio colectivo supraempresarial introdujera una regulación incompatible con las condiciones usuales, en prin-

**EL EMPRESARIO
PUEDE DECIDIR
UNILATERALMENTE PONER
FIN A LA VIGENCIA
DEL USO PERO CUANDO
SE VEAN AFECTADAS
CONDICIONES ESENCIALES
DEBE SEGUIR
EL PROCEDIMIENTO
PREVISTO EN
EL ARTÍCULO 41 ET**

(140) No se viene autorizando sin más la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, puesto que por regla general la excesiva onerosidad sobrevenida no resulta de la concurrencia de circunstancias de todo punto imprevistas e imprevisibles, sino de circunstancias previsibles y pertenecientes a la esfera de influencia y riesgo empresarial. Vid. SSTs de 11 de marzo de 1998 (RJ 1998, 2562), de 8 de julio de 1996 (RJ 1996, 5758) y de 4 de julio de 1994 (RJ 1994, 6335) —acompañada de voto particular en el que se recuerda que operan como presupuestos de aplicabilidad de la referida cláusula: a) alteración extraordinaria de la situación precedente; b) desproporción exorbitante de las prestaciones, y c) vinculación a circunstancias radicalmente imprevisibles—. Con independencia de ello, en algún caso parece admitirse la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* para justificar la supresión de un plus de comida de carácter extrasalarial vinculado a la aplicación de un determinado régimen de jornada, cuando este último se modifica sustancialmente (STSJ de Cataluña de 15 de julio de 2004 —AS 2004, 2653—, con cita de las SSTs de 6 de noviembre de 1992 —RJ 1992, 9226— y 15 de marzo de 1994 —RJ 1994, 1784—).

cipio quedaría derogado automáticamente el uso, dado el valor normativo del convenio y su primacía en el cuadro de fuentes de las obligaciones laborales. Ahora bien, el convenio puede incluir cláusulas de respeto de las condiciones de origen usual acompañadas de la declaración de su carácter inabsorbible (ya sea con carácter general, ya en favor de quienes las hubieran disfrutado de hecho con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del convenio). En este último caso, el empresario no estaría legitimado para dejar de aplicar inmediatamente las condiciones usuales. Aunque este tipo de cláusulas pueden dar lugar al mantenimiento de dobles escalas, desde nuestra jurisprudencia se reputan compatibles con el principio de igualdad y no discriminación, como ya se ha indicado.

Pero si el convenio supraempresarial regula *ex novo* la cuestión en términos homogéneos y menos favorables, se mantendría la condición, sin perjuicio de la facultad de compensarla y absorberla parcialmente (salvo que el propio convenio excluyera esta posibilidad).

c) Por la voluntad del empresario (sin que concurran causas objetivas extraordinarias que lo justifiquen)

A falta de causas objetivas empresariales que lo justifiquen, el empresario sólo podría abolir el uso a través de la negociación colectiva de empresa; pero deben tenerse presentes las limitaciones que la jurisprudencia ha establecido al respecto.

Concretamente, sólo se viene admitiendo la eliminación de las condiciones usuales en sede colectiva, a través de la aplicación del mecanismo de compensación y absorción. Y a estos efectos es irrelevante que se haya incluido o no expresamente una cláusula de compensación y absorción cuando se trate de condiciones salariales, al existir una disposición legal habilitante al efecto (artículo 26.5 del ET)¹⁴¹; pero no puede defenderse lo mismo cuando la condición usual sea de distinto carácter (en cuyo caso, parece necesario que se pacte expresamente su compensación y absorción). Y debe llamarse la atención sobre el hecho de que el mecanismo puede actuar, en uno y otro caso, si tal es la voluntad empresarial, aunque no se cuente con la anuencia de los trabajadores que resulten afectados.

Ahora bien, para la supresión de condiciones disfrutadas colectivamente al margen de convenio normalmente se exige que el convenio introduzca una nueva mejora homogénea¹⁴², lo que supone que se admite la eliminación de condiciones usuales solamente

(141) En efecto, la compensación y absorción es posible, aun cuando el convenio no incluya cláusula sobre el particular. En otras palabras, el mecanismo actúa sin necesidad de habilitación expresa del convenio colectivo. Por todas, vid. las SSTs de 28 de febrero de 2000 (RJ 2000, 2249) y de 10 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 9548). Pero al mismo tiempo, el TS ha señalado que la condición más beneficiosa subsiste “de modo implícito”, sin necesidad de cláusula convencional garante de su mantenimiento, cuando el convenio colectivo introduce una regulación distinta de la disfrutada de forma generalizada por la vía de hecho (STS de 30 de diciembre de 1998 –RJ 1999, 454– y STSJ de Cantabria de 11 de diciembre de 2000 –AS 2001, 647–).

(142) Se exige expresamente la introducción de ventajas homogéneas, entre otras, en las SSTs de 1 de junio de 1992 (RJ 1992, 4503), de 15 de junio de 1992 (RJ 1992, 4582), de 11 de marzo de 1998 (RJ 1998, 2562), de 30 de diciembre de 1998 (RJ 1999, 545), de 25 de enero de 1999 (RJ 1999, 896) y 29 de marzo de 2000 (RJ 2000, 3134); STSJ de Murcia de 16 de diciembre de 1996 (AL 1997, ref. 4126); STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 18 de febrero de 1994 (AS 454); STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 2 de julio de 1993 (AS 3498); STSJ de Canarias, Las Palmas, de 24 de marzo de 1998 (AS 1998, 1666), respecto del disfrute colectivo de una jornada inferior a la convencional; STSJ de Navarra de 23 de septiembre de 1998 (AS 1998, 3142), sobre prestaciones farmacéuticas; STSJ de Navarra de 30 de junio de 2001

“por sustitución” (de manera que las condiciones salariales de origen usual sólo podrán ser sustituidas por otras equivalentes de la misma naturaleza y clase; las condiciones extrasalariales sólo podrán ser compensadas y absorbidas con otras, igualmente extrasalariales, encuadrables en el mismo subtipo, las mejoras en materia de tiempo de trabajo y descansos por otras análogas, etc.) Por ello, en la práctica se plantean complejísimos problemas, máxime cuando se trata de conceptos no cuantificables; y además habrá condiciones usuales que, por su naturaleza singular, difícilmente podrán ser neutralizadas.

Pero en alguna ocasión se ha admitido la aplicación de la técnica del *conglobamento*¹⁴³, entendiéndose que, en tanto se mejore el *status* de la plantilla o de la categoría profesional en términos globales (a juicio de los sujetos colectivos que intervengan en la negociación colectiva) el uso podría llegar a desaparecer, sin que, quienes vinieran disfrutando de las ventajas colectivas aparejadas al mismo, tengan derecho a exigir compensación sustitutiva específica de clase alguna¹⁴⁴. Y algún autor considera viable la compensación y absorción de condiciones más beneficiosas, aun faltando la homogeneidad, si media compromiso o pacto sobre el particular¹⁴⁵.

Por lo demás, resulta llamativo que en el marco de la negociación colectiva, en general, sólo se admita la sustitución de las condiciones usuales y no su supresión directa y total, pues el ordenamiento permite, en cambio, la revisión *in peius* de los convenios colectivos¹⁴⁶. Parece que ello obedece a que se confiere especial protagonismo al origen contractual del uso de empresa, sin prestar la debida consideración a que el mismo cuenta, una vez consolidado, con una proyección colectiva, como tampoco al hecho de que el interés jurídico subyacente no es individual, sino colectivo o difuso (aunque a veces se insista en que no debe ignorarse el “origen colectivo” de la condición usual generadora de condiciones más beneficiosas de disfrute, asimismo, colectivo).

La tesis jurisprudencial dominante, además de suscitar los inconvenientes de índole técnico-jurídica apuntados, resulta criticable desde un punto de vista práctico, puesto que no parece oportuno que se introduzcan por la vía jurisprudencial rigideces en un mercado

(AS 2001, 1825); STSJ de La Rioja de 2 de enero de 2002 (AS 2002, 266), sobre mejoras voluntarias; y STSJ de Cataluña de 25 de marzo de 2002 (AS 2002, 1695), sobre disfrute de medio de transporte colectivo. Y la homogeneidad se exige también para suprimir condiciones de disfrute colectivo previstas en circulares de empresa –por todas, vid. STS de 29 de marzo de 2000 (RJ 2000, 3134)–. Por tanto, desde este punto de vista, la jurisprudencia no establece normalmente un régimen diverso del aplicable a las condiciones más beneficiosas individuales o *ad personam*, atribuidas *uti singuli*. Mantiene una posición ambigua bajo este punto de vista la STSJ de Andalucía, Málaga, de 15 de noviembre de 2001 (JUR 2002, 108361).

(143) Vid. STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 20 de octubre de 1992 (AS 4804), en la que se defiende que la condición subsiste dado que “los sucesivos convenios no la compensaron por situación más favorable globalmente considerada”. Vid. también la STS de 22 de septiembre de 1995 (RJ 1995, 6789) y STS de 13 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1265), que en el marco de un proceso de sucesión de empresas, diferencia, a los efectos de la compensación y absorción en estos términos, entre condiciones de disfrute a título particular, y condiciones de disfrute colectivo.

(144) Parecen secundar esta tesis AGUILERA IZQUIERDO, R. en *op.cit.* págs. 74 y 75 y BEJARANO HERNÁNDEZ, A., *Usos de empresa y pactos...*, cit., pág. 16.

(145) IGLESIAS CABERO, M., “Autonomía individual y principio de igualdad en la fijación de salarios en la empresa”, *AL*, núm. 4, enero 1996, pág. 94; también, DÍAZ AZNARTE, M.^aT., *op. cit.*, pág. 301. Exige autorización expresa al efecto, por ejemplo, la STSJ de Madrid de 16 de febrero de 2004 (AS 2004, 2355).

(146) Para los convenios estatutarios: artículo 86.4 del ET y, por todas, la STS de 26 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1507). Para los convenios extraestatutarios la jurisprudencia aplica idéntico criterio: STS de 20 de septiembre de 1993 (RJ 1993, 6887); STS de 17 de marzo de 1992 (RJ 1992, 1656).

de trabajo necesitado de mayores dosis de flexibilidad. Por ello, debería permitirse la aplicación de la técnica de la compensación global; e incluso, reconocer libertad absoluta a los sujetos colectivos para decidir en el marco de la negociación colectiva sobre la vigencia del uso y, en definitiva, sobre la supervivencia de las condiciones colectivas usuales (sin necesidad de fijar contrapartidas específicas en el caso de optar por su supresión, como si se estuviera ante un supuesto de sucesión de convenios)¹⁴⁷.

Respecto de la aplicación de la técnica de compensación global que defendemos, podría objetarse que admitir una comparación global de ventajas (las procedentes del uso y las establecidas en convenio colectivo que imponga su eliminación) acarrea problemas de orden práctico insolubles, llegado el momento de emitir el juicio sobre el carácter “globalmente más favorable” del nuevo régimen; que ello conduce a dejar en manos de terceros (el órgano jurisdiccional y de los sujetos colectivos) la facultad de decidir sobre el destino del uso y, por último, que genera cierta inseguridad jurídica y desatención de expectativas e intereses colectivos legítimos.

Sin embargo, parece aconsejable que se adopte una posición más flexible que la dominante en la actualidad¹⁴⁸, modulando el alcance del principio de respeto de condiciones más beneficiosas, cuando se trata de condiciones colectivas y admitiendo, incluso su supresión directa. De lo contrario: de una parte, se petrifican ventajas, en un ámbito, como el de las relaciones de trabajo, en el que una cierta dosis de flexibilidad es absolutamente necesaria, desconociéndose las más elementales exigencias de gestión empresarial¹⁴⁹; y de otra, si se entiende que los iniciales destinatarios del trato de favor, y sólo ellos, tienen derecho a continuar disfrutando las ventajas que el convenio suprime, o bien a recibir una “compensación” sustitutiva, se llega a un resultado más grave, cual es el de forzar el mantenimiento de “dobles escalas” de condiciones o de “dobles estatutos colectivos”. Pese a que, según la jurisprudencia dominante, el mantenimiento de tales dobles escalas es posible, dado que el principio de igualdad no opera en la esfera extraconvencional, se podría llegar a bloquear la negociación colectiva; y se estaría privando parcialmente al convenio colectivo de la función de homogeneización y modernización de condiciones que está llamado a cumplir¹⁵⁰.

En la medida en que, de conformidad con la tesis que postulamos, el empresario no podría disponer unilateralmente de las ventajas consolidadas, sino que su eliminación sólo sería viable si se alcanzara un acuerdo con los representantes de ese tenor en el contexto

(147) De hecho, la doctrina más autorizada no ha encontrado obstáculos especiales para la eventual incorporación de las condiciones de origen usual al convenio colectivo; sosteniendo, además, que desde ese momento dichas condiciones quedarían sometidas plenamente a la dinámica ordinaria de la sucesión de convenios. Cfr. ALONSO OLEA y CASAS BARAMONDE, *op. cit.*, pág. 696.

(148) Así, partiendo de la contractualización de las ventajas de disfrute y carácter colectivo, se entiende que la representación de los trabajadores no puede disponer de derechos personalísimos, en cuanto de otro modo, mediante pactos de tal clase, se atentaría a la libertad individual. Así, en STSJ de Navarra de 23 de septiembre de 1998 (AS 1998, 3142) y STSJ de Navarra de 30 de junio de 2001 (AS 2001, 1825).

(149) Cfr. SPAGNUOLO VIGORITA, L., *Usi aziendali...*, cit., pág. 685.

(150) Cfr. CASTELVETRI, L., *Una nuova...*, cit., pág. 177.

de la negociación colectiva, el interés (colectivo o difuso) de los trabajadores quedaría debidamente salvaguardado. No parece tener mucho sentido defender que las condiciones colectivas sólo serán tangibles *in peius* por convenio si se han originado en un convenio. Por ello, y porque el uso es un instrumento de regulación general y de *valencia* colectiva, parece conveniente que se aplique también aquí el principio de sucesión temporal¹⁵¹, como si de un convenio se tratara (quedando desplazado el uso por el convenio posterior que dispone del mismo).

d) Por el propio desuso de la práctica empresarial sin oposición individual ni colectiva¹⁵²

En definitiva, si ante un cambio de comportamiento empresarial, los representantes y los trabajadores mantienen una actitud de pasividad, estarán consintiendo tácitamente dicho cambio y contribuyendo a la desaparición de la conducta usual.

Sólo resta afirmar que a la inseguridad jurídica consustancial al nacimiento de los usos de empresa, se une la inseguridad generada por la oscilación jurisprudencial y por el silencio que el artículo 3 del ET mantiene respecto de la eficacia de los usos y su interrelación con otras fuentes de las obligaciones. Por ello, no parece aconsejable que las iniciativas de mejora de las condiciones generales se hagan efectivas por vías tan informales como la usual. No obstante, es obvio que tampoco la negociación colectiva garantiza la reversibilidad de las concesiones empresariales tan pronto como cambie la voluntad empresarial, pues la modificación *in peius* o la supresión de ventajas estará condicionada por la actitud más o menos flexible que la parte social adopte ante las sucesivas revisiones de los convenios. Así, de oponerse a la iniciativa empresarial de modificación *in peius* o de supresión: o bien el empresario se ve forzado a transigir y mantiene la ventaja en sus términos originarios, o bien se bloquea la negociación.

(151) Cfr. NICOLINI, *Manuale...*, cit., págs. 21 y 22.

(152) En el Derecho italiano se viene admitiendo. Cfr. SCOGNAMIGLIO, R., *op. cit.*, pág. 65; MASINI, L., *op. cit.*, pág. 171; ROSIELLO, A., "Ancora sull'alternativa tra uso aziendale e contratto", RIDL, 1996-II, págs. 749 y ss.

Análisis técnico-jurídico de los convenios colectivos*

ALFREDO MATEOS BEATO

Inspector de Trabajo y Seguridad Social

Resumen

Análisis técnico-jurídico de los convenios colectivos

El convenio colectivo es la manifestación de la autonomía colectiva, vertebrada a través del reconocimiento constitucional de un modelo plural de relaciones económico-sociales que arranca del artículo 7 de la Constitución Española (en adelante, CE), situado en el título preliminar, y en el que se reconoce a los sindicatos de trabajadores y asociaciones de empresarios la promoción y defensa de los intereses

económicos y sociales que les son propios, es decir, se les confiere una autonomía colectiva que será la base de su capacidad de organización, regulación y defensa de sus propios intereses. Este reconocimiento se instrumenta en el reconocimiento constitucional del derecho de asociación en el artículo 22 y del artículo 28 CE del derecho de libertad sindical como exponente del derecho de la autonomía colectiva.

Abstract

Technician-juridical analysis of the collective agreements

The collective agreement is the manifestation of the collective autonomy, hold up through the constitutional recognition of a plural model of socio-economic relationships originated in the article 7 of the Spanish Constitution (from now on, CE) located in the preliminary title, and in which it is recognized to workers trade unions and managers associations the promotion and defence of its economic

and social interests, that is to say, they are conferred of a collective autonomy that will be the base of its organization capacity, regulation and defence of its own interests. This recognition is instrumented by the constitutional recognition of the association right in the article 22 CE and of syndical freedom right in article 28 CE as an exponent of collective autonomy right.

(*) Este artículo forma parte de la documentación incorporada en el trabajo "Análisis de los convenios colectivos".

Sumario:

I. Introducción. II. Sobre el contenido mínimo de los convenios colectivos (artículo

85.2 ET). A) Determinación de las partes que los conciertan. B) Ámbitos personal,

funcional y territorial. a) El ámbito personal. b) El ámbito funcional. c) El ámbito

territorial. d) El ámbito temporal. C) Condiciones y procedimientos para la no

aplicación del régimen salarial que se establezca. D) Forma y condiciones de denuncia

del convenio, así como el plazo de preaviso para dicha denuncia. E) Designación de una

comisión paritaria. **III. Materias a regular en el convenio colectivo, fijadas por normas**

estatales y acuerdos interconfederales. A) Planteamiento. B) Normas estatales.

a) Materias remitidas por el Estatuto de los Trabajadores a los convenios colectivos.

b) Materias remitidas en otras normas estatales a los convenios colectivos. C) Materias

a negociar según los acuerdos interconfederales. a) El Acuerdo Interconfederal sobre

Cobertura de Vacíos. b) El primer Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva

de 1997. c) Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva de 2003, prorrogado a

2004. d) Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva de 2005. **IV. Análisis general**

por materias de los convenios colectivos. A) Sobre la estructura de los convenios.

B) En materia de empleo. C) Organización del trabajo. D) Clasificación profesional:

grupos y categorías. Movilidad funcional y geográfica. a) Clasificación profesional:

grupos y categorías. b) Movilidad funcional y geográfica. E) Tiempo de trabajo.

a) Jornada. a') Cómputo y distribución. b') Distribución irregular. c') Trabajo a turnos.

b) El exceso de jornada: el cómputo de las horas extras y su abono. c) Los descansos y

festivos. d) Vacaciones. e) Permisos, licencias y excedencias. F) Estructura retributiva.

a) Retribución o salario a tiempo. b) Retribución o salario con incentivo a la actividad

laboral. c) Abono de las horas extraordinarias. d) Conceptos extrasalariales. G) Régimen

asistencial. H) Régimen disciplinario. I) Seguridad y salud laboral. J) Derechos

sindicales. K) Formación. L) Otras materias. a) Normas supletorias de los convenios

colectivos. b) Jubilación obligatoria como política de empleo.

I. INTRODUCCIÓN

El **convenio colectivo** es la manifestación de la autonomía colectiva, vertebrada a través del reconocimiento constitucional de un modelo plural de relaciones económico-sociales que arranca del artículo 7 de la Constitución Española (en adelante, CE), situado en el título preliminar, y en el que se reconoce a los sindicatos de trabajadores y asociaciones de empresarios la promoción y defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios, es decir, se les confiere una autonomía colectiva que será la base de su capacidad de organización, regulación y defensa de sus propios intereses. Este reconocimiento se instrumenta en el reconocimiento constitucional del derecho de asociación en el artículo 22 y del artículo 28 CE del derecho de libertad sindical como exponente del derecho de la autonomía colectiva. La autonomía de regulación para fijar las condiciones de sus relaciones, como manifestación a su vez de la autonomía colectiva, se va a establecer en el artículo 37 CE, cuando se fija el derecho constitucional a la negociación colectiva de los representantes de los trabajadores y empresarios, lo que equivale al reconocimiento de la autonomía negocial para establecer las condiciones de trabajo. El artículo 37 CE significa un compromiso del Estado para que los denominados interlocutores sociales se autorregulen en sus condiciones de trabajo.

Por su parte el Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) dedica el título III a la negociación colectiva:

Artículo 82 ET.— “1. Los Convenios colectivos, como resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, constituyen la expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de la autonomía colectiva.

2. Mediante los convenios colectivos, y en su ámbito correspondiente, los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y de productividad; igualmente podrán regular la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten.”

Hay que destacar que los convenios colectivos negociados a través de las condiciones establecidas en el ET (artículo 82.3) (“convenios estatutarios”), “obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia”, es decir, se les dota de una eficacia jurídica normativa *erga omnes*, a diferencia de los

**MEDIANTE EL CONVENIO
COLECTIVO SE REGULAN
LAS CONDICIONES
LABORALES, MEJORANDO
Y AJUSTANDO
LAS DISPOSICIONES
GENERALES DICTADAS POR
LA NORMATIVA ESTATAL**

convenios colectivos acordados fuera de las reglas del Estatuto de los Trabajadores (denominados “extraestatutarios”), y que únicamente obligan a las asociaciones patronales y sindicales firmantes.

Puede decirse que el convenio colectivo estatutario ordena sus elementos en función de una estructura no rígida, pero al mismo tiempo compleja, que gira en torno a las denominadas “unidades de negociación”, que expresan, tal y como lo determina el artículo 83.1 ET, *el ámbito de aplicación que las partes acuerden*.

En la unidad de negociación, con el fin de fijar el ámbito del convenio colectivo, se combinan los elementos que afectan a los sujetos en relación con dos factores: la actividad o ámbito funcional y el espacio o ámbito territorial. La combinación de estos elementos nos da el convenio colectivo “ordinario” en cuyo contenido se determinarán o fijarán las condiciones de trabajo.

El convenio colectivo constituye, pues, el marco normativo de adaptación a un determinado ámbito funcional y territorial. Mediante el convenio colectivo se regulan las condiciones laborales, mejorando y ajustando las disposiciones generales dictadas por la normativa estatal.

Sin embargo, a pesar de la importancia normativa de los convenios colectivos como fórmula a resolver sobre la problemática específica de cada sector, se observa que en una gran mayoría de convenios colectivos, sobre todo en el ámbito provincial, **se detecta una cierta “inercia” en la firma y suscripción del contenido de los convenios colectivos, sin atender a problemas puntuales del sector**. Todo ello se manifiesta en la **falta de atención a problemas puntuales** en los momentos actuales que no son tenidos en cuenta en el contenido de los convenios colectivos, así como en el hecho de mantener determinadas cláusulas que son copias rigurosas de un pasado en el que el convenio colectivo era un mero complemento de las Ordenanzas o Reglamentaciones de Trabajo pero no había conciencia de la importancia de dicha norma negociada en la realidad de las relaciones laborales.

En este sentido, el análisis de los convenios colectivos existentes, así como su comparación o contraste, puede dar una visión general, pero al mismo tiempo particularizada, de las líneas de tendencia de los convenios colectivos, de las características laborales de los sectores, así como también las deficiencias técnicas y, en su caso, de las lagunas en la regulación.

II. SOBRE EL CONTENIDO MÍNIMO DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS (ARTÍCULO 85.2 ET)

El propio ET en su artículo 85 relativo al “contenido” de los convenios enuncia las diversas materias a considerar por las partes negociadoras, marcando aquellas materias que

han de ser reguladas y que constituyen el **contenido mínimo de los convenios**, y que se exponen a continuación:

Ha de hacerse constar que la posible omisión de algunas cláusulas que comprenden el contenido mínimo puede ser denunciada a través de la impugnación, bien por la autoridad laboral mediante la demanda de oficio contemplada en el artículo 90.5 ET o por demanda instada por los representantes de los trabajadores o empresarios, de acuerdo con los artículos 161 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral (en adelante, LPL) a través del Procedimiento de Conflictos Colectivos (artículos 151 y ss. LPL).

A) Determinación de las partes que los conciertan

Es importante tener en cuenta en algunos convenios colectivos de subsector, la determinación de las respectivas representaciones sindicales y patronales, a fin de que puedan quedar delimitadas con claridad las del ámbito funcional del convenio, ya que, en ocasiones, la delimitación exacta de la aplicación del convenio en relación con la actividad y la legitimación de la representación es imprecisa.

B) Ámbitos personal, funcional y territorial

a) El ámbito personal

En este ámbito se fija la aplicación subjetiva del convenio, estableciéndose, en su caso, las exclusiones que suelen afectar a las personas que desempeñan cargos de consejeros o de alta dirección y gestión.

b) El ámbito funcional

Este ámbito expresará el sector o rama de producción en el que se negocia y, consecuentemente, a los trabajadores y empresarios a los que afecta. Hay que tener en cuenta que el convenio estatutario tiene eficacia *erga omnes* por lo que deben especificarse correctamente los límites funcionales de la actividad productiva.

Se está produciendo un incremento en la diversificación de convenios atendiendo al ámbito funcional, de tal modo que surgen convenios de subsectores, cuyo ámbito funcional concurre con convenios de ámbito territorial superior, que regulan el sector, sobre todo en el ámbito nacional: por ejemplo, en determinados sectores de comercio, oficinas y despachos, etc. En esta materia, se impone que los convenios de ámbito autonómico o provincial extremen al detalle las actividades incluidas en el ámbito funcional, a fin de evitar la inseguridad que puede existir en determinadas empresas que participan por su actividad de varios convenios.

En este sentido, hay algunos convenios que marcan y delimitan su ámbito funcional con minuciosidad, por ejemplo, en algunos de los subsectores de convenios; pero otros convenios formalizan este ámbito de modo indeterminado, lo que producirá, sin duda, en

algunos casos, su no aplicación, considerando, por otra parte, la dificultad de control en la pequeña empresa.

La delimitación del ámbito funcional en relación con las empresas y trabajadores afectados está determinada en los convenios colectivos de modo abstracto. Es decir, no existe ningún documento convencional como anexo del convenio que exprese el censo empresarial y laboral de las empresas y trabajadores afectados; ni se suele fijar ni elaborar en el seno de la comisión paritaria tales datos. El conocimiento de este censo laboral tiene una trascendental relevancia desde el punto de vista sociológico y económico, puesto que ayuda a situar el convenio en su importancia relativa frente a otros convenios y sectores, y a dimensionar sus efectos⁽¹⁾.

Por otra parte, ha de destacarse que, en algunos sectores, como el del Comercio, existe un excesivo fraccionamiento en función de la actividad, con dificultades para encajar dicha actividad en uno u otro subsector.

c) El ámbito territorial

Suele ser variado, flexible y, en ocasiones, complejo: En estos convenios colectivos acostumbra a ser frecuente la correlación del ámbito territorial con el ámbito funcional de la industria o sector.

d) El ámbito temporal

Determina el período de vigencia del convenio, y es un tema que está relacionado con el requisito mínimo establecido en el apartado d) del artículo 85.2 ET, es decir, *forma y condiciones de la denuncia del convenio, así como plazo de preaviso de dicha denuncia*.

En el análisis de este ámbito se han observado dos deficiencias:

- En algunos convenios no se distingue técnicamente entre la “vigencia” y los efectos económicos. Un convenio firmado a mitad del año natural no puede declarar la vigencia desde el inicio del año, pues la vigencia comienza siempre a partir de la publicación en el boletín oficial, es decir, a partir de que se conoce por los afectados. En estos supuestos el convenio debe establecer que los “efectos económicos” se aplican desde la fecha que se determine en el propio convenio.
- En algunos convenios se ignora esta cláusula sobre la denuncia, y entonces es aplicable la norma general establecida en el artículo 86, con el inconveniente de que en algunos convenios que no son denunciados desde hace más de diez años, se plantea la duda de

(1) Los datos de las empresas y trabajadores afectados por actividades pueden ser facilitados por el Instituto Nacional de Estadística, o, en su caso, por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. En el ámbito provincial, la Tesorería General de la Seguridad Social dispone de los datos relativos a las empresas inscritas y trabajadores afiliados por actividades, lo que puede determinar, en muchos casos, la valoración con mayor exactitud. No se olvide que las organizaciones empresariales y sindicales forman parte de las Comisiones Provinciales de dicha Entidad de la Seguridad Social.

su propia vigencia o aplicación, ya que la mayor parte de su articulado ha sido sobrepasado. Ello produce inseguridad jurídica.

C) Condiciones y procedimientos para la no aplicación del régimen salarial que se establezca

La justificación de esta cláusula se expuso en la exposición de motivos de la Ley 11/1994 que reformó el ET y se basó en la necesidad de mejora de la competitividad de las empresas, la adaptabilidad y flexibilidad de las relaciones laborales, y la potenciación de la negociación colectiva. El artículo 82.3 justifica la cláusula en función de las empresas cuya estabilidad económica pudiera verse dañada como consecuencia de tal aplicación.

La cláusula de descuelgue constituye una ayuda indirecta a las empresas para negociar en el contenido del convenio la relación salario – productividad (artículo 82.2 ET), rompiendo la tradición de únicamente fijar condiciones laborales de los trabajadores. El Acuerdo mediante el que no se aplique en la empresa el régimen salarial establecido en el convenio supraempresarial hay que considerarlo como de naturaleza y eficacia de convenio colectivo.

Al mismo tiempo el artículo 82.3 ET prevé a su vez un procedimiento para el supuesto en que la cláusula de descuelgue no haya sido fijada.

Se ha observado que en algunos convenios no se fija cláusula de descuelgue (editoriales, enseñanza, peluquería, pizarras, pompas fúnebres,...)

D) Forma y condiciones de denuncia del convenio, así como el plazo de preaviso para dicha denuncia

Ésta es una cláusula que, aunque figura en el “contenido mínimo” del convenio, en la práctica no suele ser cumplimentada en estos términos por la mayoría de los convenios. Y ello porque el propio ET en su artículo 86.2 reconoce que, salvo pacto en contrario, los convenios se prorrogarán de año en año si no mediara denuncia expresa de las partes. Lo que viene a reconocer que puede no existir tal denuncia. Por otra parte, también relativiza esta cláusula el reconocimiento en este artículo de la vigencia expresa de las cláusulas normativas del convenio, mientras no sea pactado el siguiente (artículo

**EL CONVENIO ESTATUTARIO
TIENE EFICACIA *ERGA*
OMNES POR LO QUE
DEBEN ESPECIFICARSE
CORRECTAMENTE
LOS LÍMITES FUNCIONALES
DE LA PROPIA ACTIVIDAD
PRODUCTIVA**

85.3 ET). Todo ello ha conducido a que la mayor parte de los convenios reconozcan en el período de vigencia la prórroga tácita.

E) Designación de una comisión paritaria

Esta comisión paritaria tendrá encomendado entender de las cuestiones que le sean atribuidas, y determinar los procedimientos para solventar las discrepancias en su propio seno.

La normativa estatal no se conforma con la obligatoriedad de esta cláusula en los convenios para la intervención de la comisión paritaria. Su importancia queda de manifiesto en las funciones que atribuye en otros dos artículos del ET a las comisiones paritarias como órganos que complementan la negociación colectiva, y se completa en la Ley de Procedimiento Laboral:

– El artículo 91 ET, sobre aplicación e interpretación, reconoce la posibilidad de que las partes negociadoras atribuyan a las comisiones paritarias el conocimiento y resolución de los conflictos derivados de la *aplicación e interpretación con carácter general de los convenios colectivos*.

– En el artículo 82.3 ET se concreta como función específica de la Comisión Paritaria la obligada resolución de las discrepancias que surjan en las empresas que pretendan abstenerse de aplicar el régimen salarial establecido en el convenio colectivo de ámbito superior al de empresa, al que están sometidas. A ello hay que añadir, también, la posible intervención de la Comisión Paritaria, cuando no haya acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores en la determinación de las nuevas condiciones salariales, derivadas de la no aplicación de dicho régimen salarial.

– En la LPL, artículo 154.1, se establece la conciliación previa en las comisiones paritarias en la solución de los conflictos de aplicación e interpretación. En el artículo 95.2 se contempla la posibilidad de que el órgano judicial pueda recabar en el proceso el informe a la comisión paritaria cuando se discuta sobre la interpretación de un convenio.

Las comisiones paritarias deberían ser los órganos básicos en el período de vigencia del convenio colectivo; y no sólo en lo que se refiere a la interpretación de aquellas cláusulas que puedan ser discutidas, sino, sobre todo, como órganos activos en los que se fundamente el cumplimiento de las condiciones pactadas. En este punto, sin embargo, se estima que falta en los convenios colectivos una competencia expresa de las comisiones paritarias para poder instar el cumplimiento del convenio colectivo en supuestos que derivan hacia graves perjuicios para los trabajadores o, incluso, para las propias empresas por la competencia desleal que se produce por dichos incumplimientos. Ello podría instrumentarse a través de una comisión delegada de control, la cual tenga capacidad para constatar los hechos de incumplimiento poniéndoles en conocimiento de la comisión paritaria, que podría instar la corrección.

En el análisis que se efectúa de la negociación colectiva, aunque prácticamente todos los convenios colectivos crean comisión paritaria, puede considerarse que con carácter general no se buscan fórmulas operativas que respondan a una puesta en práctica de las funciones encomendadas. La comisión paritaria aparece como una regulación meramente formal, la que se marca el número de representantes, y se limitan a reconocer una competencia genérica. En algunos supuestos se cita la adhesión al Servicio de Solución extrajudicial de conflictos colectivos como servicio para la solución de conflictos, pero se prescinde de regular el trámite de actuación previa de la comisión paritaria.

Y así, se omite concretar el número de reuniones, el procedimiento de actuación o las funciones específicas que deberían referirse:

- Al conocimiento de la propia Comisión sobre el alcance de la *aplicación del convenio*, que debería abarcar materias tales como: análisis de los datos del sector (número de empresas y trabajadores afectados), problemática en el mercado de trabajo en relación con la temporalidad y el acceso a las ayudas en relación con la contratación; los niveles de productividad, el grado de aplicación del convenio y dificultades encontradas en determinadas materias como la jornada o la seguridad y salud en el trabajo, etc.

- Al sistema de resolver los conflictos colectivos que se planteen en relación con la aplicación, como trámite obligado y previo a la intervención del Servicio de Solución extrajudicial de conflictos, o, en su caso, sobre el sistema de solución en el procedimiento de inaplicación del régimen salarial del convenio colectivo.

III. MATERIAS A REGULAR EN EL CONVENIO COLECTIVO, FIJADAS POR NORMAS ESTATALES Y ACUERDOS INTERCONFEDERALES

A) Planteamiento

En el apartado relativo a la presentación, se han enumerado las materias que suelen ser tratadas en los convenios colectivos, además de las de obligada inclusión, tal como se ha expuesto.

El contenido de los convenios depende en muchas ocasiones de las características del sector y de las necesidades de efectuar una regulación que adapte la normativa estatal o los convenios de ámbito territorial o funcional superior a las circunstancias laborales y económicas de dicho sector. Pero hay que tener en cuenta que los interlocutores sociales también negocian el contenido de los convenios, en función de los criterios impuestos por las organizaciones representativas de ámbito estatal, por lo que es necesario tener en cuenta, al analizar un determinado sector y su enfoque, las condiciones reguladas en otros ámbitos territoriales o funcionales afines.

Esto significa que los interlocutores sociales, cuando negocian en la Comunidad Autónoma para algún sector determinado, deben considerar diversos factores, tales como:

- las líneas de negociación o estrategias marcadas por sus organizaciones de ámbito superior;
- el número de empresas y de trabajadores afectados;
- si el sector está o no fraccionado en la negociación, y la comparación con otros convenios;
- en materia de contratación, la precariedad del empleo en el sector;
- en materia salarial, no sólo el nivel retributivo sino su estructura o su composición, a fin de impulsar un sistema de productividad que está siendo exigido;
- en materia de seguridad y salud, la problemática de la siniestralidad y temporalidad.

Con ello se quiere resaltar que un convenio colectivo ha de negociarse, no sólo con una estrategia para determinar y discutir un *quantum* salarial, sino que previamente ha de establecerse un diagnóstico que permita fijar no sólo la importancia sociológica y económica respecto de empresas y trabajadores afectados, sino conocer la problemática del sector y sus puntos débiles, principalmente desde un punto de vista laboral o económico, que permita afrontar la negociación con conocimiento de causa. A ello ha de añadirse que han de tenerse en cuenta aquellos temas no regulados adecuadamente en la normativa estatal.

El análisis de las distintas materias que se tratan en la negociación de los convenios colectivos ha de tener en cuenta no sólo la remisión que la normativa estatal hace en los diversos temas a la regulación por el convenio colectivo, sino, sobre todo, la propia decisión de los interlocutores sociales representados en los sindicatos y en las asociaciones empresariales más representativas, los cuales han determinado aquellas cuestiones que merecen ser reguladas por los convenios colectivos. Por todo ello, la exposición que se formula sobre las materias que tratan los convenios colectivos, está planteada, considerando tanto la normativa estatal que se remite a la negociación, como los Acuerdos Interconfederales que marcan las pautas para el tratamiento por los convenios colectivos.

B) Normas estatales

a) Materias remitidas por el Estatuto de los Trabajadores a los convenios colectivos

En el artículo 82.2 ET se determina que en los convenios colectivos “como resultado de la negociación”, se han de regular *las condiciones de trabajo y productividad*.

Si bien la regulación de las *condiciones de trabajo* constituye la razón de ser del convenio colectivo, el ET lo determina expresamente, tal vez por la circunstancia histórica precedente a la Constitución, en la que la regulación de las distintas materias que configuran

las condiciones laborales habían estado en gran parte reguladas por normas estatales con intervención escasa de la negociación colectiva. Puede afirmarse que en esta referencia genérica a “condiciones de trabajo”, se está apelando a la necesaria concienciación de los interlocutores para regular aquellos temas que necesitan, por sus propias circunstancias, un tratamiento específico en la norma convencional.

A destacar el hecho de que en el ET se cite como materia a regular específicamente la **productividad**. Con ella se está abriendo el campo de la regulación negociada a la contraprestación de los trabajadores frente a la exigencia de los empresarios, con una pretendida equiparación entre los interlocutores sobre las materias negociables. El deseo del legislador en el inicio de la negociación colectiva en la etapa democrática, desgraciadamente no ha tenido un seguimiento práctico, pues la experiencia en los últimos tiempos ha de constatar que es negativa sobre la inclusión de este tema en la negociación colectiva, tanto en el ámbito de los convenios de ámbito estatal, como en los de las Comunidades Autónomas y provinciales.

El artículo 85.1 ET, al referirse al contenido de los convenios colectivos, marca como referencias de inclusión las siguientes materias:

- económica;
- laboral;
- sindical;
- empleo;
- discrepancias en los períodos de consultas de los artículos 40, 41, 47 y 51.

Pero donde la precisión del ET destaca es en la remisión expresa en determinadas materias a la regulación por el convenio colectivo. Concretamente, son las siguientes:

- contratos en prácticas y para la formación (artículo 11.2 y 3);
- contrato a tiempo parcial (artículos 12.4.5 y 6);
- período de prueba (artículo 14);

**EN LOS CONVENIOS
COLECTIVOS, COMO
RESULTADO DE
LA NEGOCIACIÓN,
SE HAN DE REGULAR
LAS CONDICIONES
DE TRABAJO Y
PRODUCTIVIDAD**

- duración del contrato [artículo 15.1.a) y b)];
- promoción económica (artículo 25);
- salarios:
- artículo 26.3: determinación de la estructura salarial;
- artículo 29.1: modelo de recibo de salarios;
- artículo 31: gratificaciones extraordinarias;
- artículo 36.2: retribución del trabajo nocturno;
- jornada:
- artículo 34: cómputo total, distribución irregular, horas ordinarias diarias;
- artículo 35: horas extraordinarias;
- vacaciones: artículo 38: fijación del período de disfrute;
- sistema de clasificación profesional:
- artículo 22: estructura del sistema y definiciones de categorías y grupos;
- artículo 23: promoción y formación en el trabajo;
- artículo 24: sistema de ascensos (relacionado con el 39.4, movilidad funcional).

b) Materias remitidas en otras normas estatales a los convenios colectivos

La Ley 62/2003, de 30 de diciembre (BOE del 31), de medidas fiscales, administrativas y de orden social, hace mención en su artículo 42 a la posibilidad de incluir en los convenios colectivos *medidas dirigidas a combatir todo tipo de discriminación en el trabajo, a favorecer la igualdad de oportunidades y a prevenir el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*.

C) Materias a negociar según los acuerdos interconfederales

a) El Acuerdo Interconfederal sobre Cobertura de Vacíos

Por su parte, el mencionado *Acuerdo Interconfederal sobre Cobertura de Vacíos*, que se suscribió al amparo del artículo 83.3 ET, marcó su aplicación a todos los sectores y subsectores

productivos relacionados en el Anexo I del Acuerdo, con la finalidad de cubrir los vacíos de contenidos producidos por la desaparición de las Ordenanzas. El Acuerdo, que entró en vigor el 1 de enero de 1998, creó la Comisión de Aplicación e Interpretación y finalizó su vigencia en 31 de diciembre de 2002, aunque todavía quedan sectores fuera de toda regulación.

Considerando la importancia de las distintas materias a negociar, el Acuerdo se centra en los siguientes temas, que puede decirse que constituyen materias que vertebran tradicionalmente los convenios colectivos:

- **Estructura profesional**, en la que define la clasificación profesional por grupos profesionales y los factores de encuadramiento.
- **Promoción de los trabajadores**, en el que se establecen los principios generales para la provisión de plazas, haciendo mención expresa del complemento de antigüedad.
- **Estructura salarial**, que establece en el salario por unidad de tiempo o de obra un salario base de grupo o de contratación y complementos salariales personales, de cantidad o de calidad.
- **Régimen disciplinario**, que fija una calificación de las faltas en leves, graves o muy graves y tipifica cada uno de los grupos, determinando el tipo de sanción aplicable.

b) El primer Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva de 1997

Una vez desaparecida la regulación estatal a través de las Reglamentaciones de Trabajo y Ordenanzas Laborales han sido las asociaciones patronales y sindicatos más representativos los que han marcado las pautas para el contenido de los convenios colectivos. En este sentido, tiene importancia la exposición de los Acuerdos Interconfederales para la negociación colectiva, sobre todo el del año 1997, que fija las directrices a seguir en los convenios de sector.

En este Acuerdo se plantea una cierta crítica con la estructura y materias de la negociación colectiva y busca un mayor compromiso de las partes negociadoras para afrontar la realidad de las materias que han de ser objeto de negociación; y en estos términos, determina las materias que un convenio colectivo nacional debe abordar. Los criterios fijados en este Acuerdo pueden ser trasladados a los convenios de sector de las Comunidades Autónomas, cuando no exista convenio en el ámbito estatal.

Como criterios más significativos se señalan:

- **Ámbito funcional**

Deben delimitarse de forma precisa los afectados y debe adaptarse el ámbito funcional a las necesidades reales.

– Estructura profesional

Se trata de sustituir las categorías profesionales por grupos profesionales, definiendo éstos en función de la autonomía, formación, iniciativa, dirección, responsabilidad, complejidad, etc. Dentro de los grupos profesionales pueden establecerse divisiones por áreas funcionales en las que se adscribirán los trabajadores previa adaptación formativa. La movilidad funcional se producirá dentro del grupo.

– Estructura salarial

El convenio de ámbito nacional debe limitarse a establecer los conceptos o criterios que definen la estructura salarial, remitiendo a los de ámbito inferior las cuestiones de cuantía.

– Jornada

El convenio colectivo nacional de rama de actividad debe fijar la jornada máxima efectiva y los criterios de su distribución, reenviando a los inferiores el establecimiento de compromisos o estipulaciones sobre distribución irregular, los períodos de descanso, de vacaciones fraccionadas o no, jornadas especiales, etc. La posible reducción de horas extraordinarias debe realizarse por convenios colectivos nacionales, así como la compensación por tiempo de descanso; en los ámbitos inferiores se establecerán los criterios de su compensación, cuantía y distribución.

– Movilidad, cambio de condiciones de trabajo y otros

Se reconoce que es materia de derecho necesario, pero los convenios pueden establecer sistemas de información y consulta, así como procedimientos de resolución de discrepancias.

– Derechos sindicales y régimen de información y consulta de las relaciones laborales

Se trata de que en la negociación colectiva, con independencia del poder de decisión que la norma legal confiere a la dirección de las empresas, se efectúe la adaptación y reordenación de derechos de los representantes de los trabajadores, especialmente en materia de organización del trabajo y cambio de condiciones y contratación laboral. Y, en este sentido, la negociación colectiva sectorial podrá abordar las siguientes materias:

– Información periódica a los representantes de los trabajadores acerca de la situación económica en el sector o ámbito del convenio correspondiente, así como la evolución y previsiones del empleo, en relación con la introducción de las nuevas tecnologías.

– Información previa a cualquier proceso de reconversión, a las reestructuraciones de empleo o apertura de negociaciones con las Administraciones Públicas para la regulación específica de un marco singular en situaciones de crisis.

- Información de los representantes sindicales sobre los contenidos del convenio a los trabajadores sin obstaculizar el proceso productivo.
- Reconocimiento a las Comisiones paritarias o mixtas de los convenios de facultades para la aplicación e interpretación de las materias del convenio.
- Realización de balances sobre el grado de aplicación del convenio a través de encuestas a trabajadores y empresarios.
- Información y, en su caso, consulta y negociación acerca de las modalidades de contratación, reestructuración de plantillas, supuestos de subcontratación, o supuestos de fusión o absorción de empresas cuando afecte al volumen de empleo, o implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, tiempos, sistemas de primas o incentivos y valoración de puestos de trabajo.
- Articulación de procedimientos de información y seguimiento de los despidos objetivos en el ámbito del convenio.
- **Régimen disciplinario**

Los convenios colectivos deben establecer a través de un capítulo de faltas y sanciones el régimen disciplinario del personal integrante de la plantilla de las empresas, así como la regulación de los procedimientos a seguir.

– Seguridad, salud y prevención de riesgos laborales

El convenio colectivo puede desarrollar las disposiciones de seguridad e higiene, adaptando éstas a lo previsto en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y, de otro, fijar medidas concretas.

c) Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva de 2003, prorrogado a 2004

Habiendo quedado incompleta la regulación del Acuerdo Interconfederal sobre Cobertura de Vacíos, toma la iniciativa el Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva de 2003, inscrito por Res. de 31 de enero de 2003 (BOE de 24 de febrero), el cual es prorrogado para el año 2004 por decisión de los interlocutores sociales inscrita por Res. de 23 de diciembre de 2003 (BOE del 31). Esto, no obstante, los negociadores de

EL CONVENIO COLECTIVO NACIONAL DE RAMA DE ACTIVIDAD DEBE FIJAR LA JORNADA MÁXIMA EFECTIVA Y LOS CRITERIOS DE SU DISTRIBUCIÓN

los convenios colectivos deben considerar el hecho de que se han producido cambios en materia de formación continua, de seguridad y salud en el trabajo y de previsión social complementaria.

En este Acuerdo se pone de manifiesto la preocupación de los interlocutores sociales sobre las siguientes materias:

– Se crea una **comisión de seguimiento** que atiende a materias nuevas respecto de acuerdos anteriores: el empleo de personas discapacitadas, el teletrabajo, nuevas tecnologías de la información y la comunicación, y elaborar un relación de buenas prácticas de igualdad de oportunidades para la orientación de la negociación colectiva.

– En materia **salarial**, dedica el capítulo IV y reitera expresamente los mismos criterios del Acuerdo de 2002, optando por una política de moderado crecimiento de los salarios, tomando como primera referencia la inflación prevista fijada por el Gobierno para el año 2003. Ratifica como parte del contenido mínimo de los convenios colectivos de ámbito superior al de empresa, la llamada cláusula de inaplicación del régimen salarial (cláusula de descuelgue).

– En materia de **empleo**, después de dedicar el capítulo III al análisis de la economía internacional y española, haciendo una mención especial a los temas de la inflación, competitividad, inversión y estabilidad en el empleo, establece como criterios generales, entre otros, el mantenimiento del empleo, el fomento de su estabilidad, el desarrollo de la cualificación profesional de los trabajadores, la no discriminación y el adecuado equilibrio entre flexibilidad y seguridad. Estos principios deben ser desarrollados en los distintos contratos a través de los convenios colectivos, que deben incidir en la formación permanente y en el desarrollo de las cualificaciones profesionales.

– En materia de **igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres**, llama la atención en el capítulo VI sobre las formas de discriminación de carácter indirecto, sobre todo, en materia de clasificación y encuadramiento profesional y salarios.

– En materia de **teletrabajo**, marcado por el desarrollo de las tecnologías de información y de la comunicación, que llegan a emplear un 3% de la población activa, hace una referencia específica al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo⁽²⁾, (que se incluye como Anexo del Acuerdo Interconfederal), destacando como puntos más relevantes: su voluntariedad, la garantía de que los trabajadores tendrán los mismos derechos que el resto de los trabajadores, el reconocimiento de determinadas situaciones específicas (privacidad, confidencialidad, prevención de riesgos, instalaciones, formación e información del trabajador).

(2) Suscrito el 16 de julio por UNICE/UEAPME, CEEP y CES.

Análisis técnico-jurídico de los convenios colectivos

- En materia de **seguridad y salud en el trabajo**, se destacan la necesidad de programar en las empresas las actividades preventivas a través de un plan preestablecido, el cumplimiento de la vigilancia de la salud, y dentro de estas obligaciones hace referencia a:
- que se regulen y potencien los reconocimientos médicos específicos,
- que se intensifique la formación sobre los riesgos laborales en los puestos de trabajo específicos,
- que los convenios colectivos analicen las deficiencias de los sectores y se constituyan a tal efecto comisiones paritarias de estudio y propuesta de soluciones.

d) Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva de 2005

Por Resolución de 7 de marzo de 2005 (BOE del 16), se dispone la inscripción del Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva 2005 (ANC-2005).

La negativa aportación del sector exterior al crecimiento nacional, el elevado grado de endeudamiento de las familias y la repercusión en el aparato productivo de los precios de las materias primas, son algunos de los elementos de incertidumbre que pudieran dificultar el crecimiento económico.

Todo ello justifica la suscripción de un nuevo Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva con la necesidad de persistir en los objetivos de Acuerdos anteriores, sin perjuicio de incorporar otros nuevos, dando continuidad a los compromisos que incluyan seguridad para los trabajadores y flexibilidad para las empresas, en el ánimo de impulsar la competitividad de la economía española.

En este Acuerdo se aprecia la clara preocupación de los agentes sociales por las materias siguientes:

- **Competitividad y empleo.** Se han establecido criterios en materia salarial que contribuyan al control de la inflación, al crecimiento del empleo, al aumento de las inversiones y a la mejora de la capacidad adquisitiva de los salarios y de la situación de las empresas.
- **Crecimiento de los salarios.** Se declara la intención de llevar a cabo una política de moderado crecimiento de los salarios que permita adaptarse al contrato económico, apoyar el descenso de la inflación y mejorar la competitividad, potenciar las inversiones productivas y favorecer el empleo estable y seguro.
- **Mercado de trabajo, políticas de empleo y servicios públicos de empleo, así como la formación permanente a lo largo de la vida laboral.** Se articulan criterios sobre el mantenimiento y creación de empleo, así como sobre su estabilidad; el desarrollo de mecanismos de flexibilidad interna; la formación permanente y la mejora de las competencias y cualificaciones; el uso adecuado de la contratación, así como la información, consulta y negociación con los representantes de los trabajadores.

- **Igualdad de trato y oportunidades.** Se recoge el compromiso de contribuir a la corrección de posibles fenómenos de desigualdad, promoviendo actuaciones concretas dirigidas a eliminar cualquier tipo de discriminación.
- **Seguridad y salud en el trabajo.** Se califica de imprescindible el esfuerzo conjunto para fomentar la cultura preventiva y favorecer la aplicación concreta de la normativa, principalmente la que prescribe la integración de la prevención en la empresa y la vigilancia de la salud.
- **Responsabilidad social de las empresas.** Es ésta una materia que se incorpora como novedad al Acuerdo. Se considera necesario identificar y promover ámbitos de interlocución de organizaciones empresariales y sindicales, compartir experiencias y difundir buenas prácticas, así como impulsar compromisos sobre responsabilidad social, en el ánimo de integrar las dimensiones económica, social y medioambiental en las actividades y estrategias empresariales.
- **Estructura de la negociación colectiva y procedimientos negociados.** Todos los compromisos y objetivos señalados no sería posible alcanzarlos sin un procedimiento ágil de negociación y de resolución de las posibles discrepancias, ni con una adecuada vertebración y articulación en los distintos ámbitos negociales.

IV. ANÁLISIS GENERAL POR MATERIAS DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

A) Sobre la estructura de los convenios

La estructura de los convenios, ordenada por materias agrupadas en capítulos o secciones, tiene cierta importancia formal para situar cada tema en su lugar, sobre todo, si el convenio tiene cierta extensión. No afecta al fondo, sino a la lectura habitual del convenio.

Otros convenios tienen separación por materias agrupadas en capítulos; pero dentro de cada capítulo su orden es desigual y mezcla conceptos diferentes; así sucede en materia retributiva, en la que no separan los conceptos salariales de otras retribuciones de distinta naturaleza, como las dietas o pluses extrasalariales. También en la materia de jornada o tiempo de trabajo no suelen presentar ordenación sistemática en su exposición o las condiciones de asistencia social o garantías y derechos sindicales están mezclados.

En la estructura de convenios que concurren con el Convenio General de sector o con el Acuerdo Marco, no se suele tener en cuenta en bastantes casos las condiciones de negociación en el ámbito provincial, y por ello se repiten materias ya pactadas y asumidas en el Acuerdo General.

B) En materia de empleo

No existe un planteamiento general de adaptar las características de los diferentes contratos al sector en el que se formaliza el Convenio. Se repite con frecuencia la regulación general, en la determinación de los distintos tipos de contratos. Como aspectos más necesarios a tener en cuenta en esta materia, podemos señalar:

- En esta materia de contratación los convenios entran a limitar el período de duración de los contratos por circunstancias de la producción, siguiendo la pauta del ET.
- Son escasos los convenios que limitan con un porcentaje el número de contratos temporales en relación con la plantilla de los trabajadores fijos.
- Tampoco se tiene en cuenta la limitación de los contratos temporales sucesivos, que en ocasiones pueden caer en fraude de ley.
- La regulación de los contratos formativos es también ignorada con carácter general.
- Es también muy escasa la regulación sobre el contrato a tiempo parcial, que debería evitar los abusos en su aplicación, sobre todo en lo que se refiere a la prolongación del tiempo de trabajo o sobre el cálculo de la retribución que se basa en el salario/hora.
- El período de prueba es escasamente regulado a pesar de la remisión del ET a esta materia.
- Tampoco se articula la información o la intervención de los representantes de los trabajadores en esta materia.
- La contratación efectuada hoy a través de las ETT está poco tratada en los convenios analizados. Hay que considerar que esta contratación tiene su causa en la temporalidad. Esto no obstante, merece un estudio la generalización de contratos que encubren el trabajo permanente a través de esta modalidad. En esta materia, hay convenios nacionales o en otras comunidades que establecen porcentajes sobre la plantilla para limitar esta contratación y evitar el fraude de ley.

**SON ESCASOS
LOS CONVENIOS QUE
LIMITAN
CON UN PORCENTAJE
EL NÚMERO DE CONTRATOS
TEMPORALES EN RELACIÓN
CON LA PLANTILLA DE
LOS TRABAJADORES FIJOS**

— En materia de subcontratas, hay sectores de servicios que tienen una adecuada regulación, aunque debería insistirse en algunos convenios colectivos la necesaria información a los representantes de los trabajadores. Y en esta materia, los convenios deberían poner atención a la coordinación de actividades empresariales entre las empresas en materia de seguridad y salud, circunstancia esta poco tenida en cuenta.

C) Organización del trabajo

El tema de la organización del trabajo, está, con carácter general, escasamente tratado en los convenios de sector, siendo esta materia objeto de atención, sobre todo, en los convenios de empresa. El contenido del tema de la organización del trabajo suele abarcar tres materias:

- El reconocimiento a la empresa de la facultad de dirección y organización del trabajo.
- El alcance de la participación de los trabajadores en relación con la facultad de organización. En este punto, algunos convenios más avanzados empiezan a fijar las reglas de participación en las materias en las que el ET fija una negociación para la resolución de problemas que plantean las necesidades de organización de la empresa, tales como los artículos 40, 41 y 51 ET.
- Particularmente adquiere relevancia la implantación o modificación de los sistemas de rendimiento que también están contemplados en el artículo 41 ET, y que vienen conexiónados con la productividad y la participación de los trabajadores. En este punto, los convenios suelen considerar o regular principalmente las cuestiones de procedimiento para completar la normativa estatal.

En esta materia de organización del trabajo, habría que situar la regulación del Teletrabajo, como nueva materia que ha sido objeto de atención, tal como se ha expuesto en el Acuerdo Interconfederal de 2003.

D) Clasificación profesional: grupos y categorías. Movilidad funcional y geográfica

a) Clasificación profesional: grupos y categorías

La materia de clasificación profesional en la que se estructura el personal en grupos profesionales y categorías profesionales es una de las más decisivas a la hora de efectuar una negociación, pues afecta en la actividad laboral, tanto a la facultad de dirección de la empresa, en los que se refiere a la organización del trabajo, como a los derechos subjetivos de los trabajadores, que comprenden el propio contenido de la prestación de servicios y la llamada movilidad funcional, como los derechos económicos fijados en función precisamente de la categoría profesional.

Las antiguas reglamentaciones de trabajo al regular los distintos sectores pusieron especial dedicación a la estructura profesional y a las definiciones de las categorías. En la actuali-

dad, el sistema de clasificación profesional se ha flexibilizado, en cuanto que en el artículo 39 ET se ha potenciado el concepto de “Grupo profesional” que permite la prestación de servicios del trabajador con movilidad en el seno del grupo profesional sin las trabas anteriores; pero, precisamente, esta mayor disponibilidad del trabajador debería haber sido regulada en el convenio colectivo para garantizar los derechos de ambas partes, puesto que hay zonas fronterizas no definidas y que plantean problemas; tales son la fijación de los límites del grupo profesional en relación con las funciones a realizar, puesto que cuando el grupo profesional no está delimitado, se impone que el convenio colectivo agrupe a las llamadas “categorías equivalentes” a las que se refiere el artículo 39 ET, y se delimite la llamada “polivalencia funcional”.

Se impone, pues, que en los convenios de sector, y según las características de cada sector, se efectúe una división orgánica de los grupos profesionales, que suele venir dada con carácter general por estos grupos profesionales-tipo que se enuncian, que pueden ser más o menos amplios y agrupar a su vez varias funciones; como ejemplo se señalan estos grupos:

- el de producción con el de mantenimiento;
- el de servicios;
- el de los técnicos directivos;
- el de administración con el de informática;
- el comercial;

Dentro de cada grupo encajarían las categorías profesionales de técnicos, profesionales, especialistas y peones.

b) Movilidad funcional y geográfica

La movilidad funcional y geográfica son dos temas que varían en su ubicación en los distintos convenios. En este análisis los situamos en el ámbito de la clasificación profesional, en cuanto que están conexionados con los cambios de puestos de trabajo y llevan muchas veces aparejadas las modificaciones en las funciones habituales del trabajador, con efectos económicos y de estabilidad en el puesto o en el lugar de trabajo.

Los convenios colectivos deberían definir o delimitar la movilidad funcional en el seno de los grupos o, incluso, entre ellos.

En este campo, se deberían fijar reglas básicas para los ascensos del personal, cuando existan vacantes en la actividad dentro del grupo, definiendo y readaptando el derecho al ascenso con el de la polivalencia funcional. En este punto, convendría distinguir aquellos puestos de trabajo que pueden ser de libre designación por la empresa, dada la necesaria confianza o mando de estos puestos y aquellas otras vacantes que han de ser cubiertas por

concurso, en el que se debe buscar la participación de la representación de los trabajadores: y así los vienen reconociendo los convenios más avanzados.

La movilidad funcional debería constituir una de las materias más sensibles a la regulación por convenio colectivo: en esta materia, se observa que, con carácter general, hay una mayor dedicación de los convenios interprovinciales o comunitarios de sector, que en los convenios colectivos de ámbito provincial.

En materia de movilidad geográfica ha de considerarse que existe una cierta ausencia de regulación en convenios colectivos en los que los cambios de puestos de trabajo entre distintos centros de trabajo son habituales, tales como limpieza o construcción. Ello es importante, porque la movilidad geográfica de carácter temporal tiene efectos no sólo sobre la polivalencia funcional, sino sobre el tiempo de trabajo en relación con el desplazamiento y los gastos de desplazamiento, los cuales pueden dar lugar a la retribución de dietas o medias dietas; la movilidad geográfica también está influyendo en la propia esencia o causa del contrato que se formaliza como de obra o servicio determinado, y que con motivo de dicha movilidad, se está desnaturalizando y modificando cuando los cambios de centro no están previstos adecuadamente en el contrato.

E) Tiempo de trabajo

El tiempo de trabajo constituye uno de los temas claves en la regulación de los convenios colectivos, y con frecuencia es una de las materias tratadas con menor rigor, y que produce muchos problemas en la aplicación y en el cumplimiento de las normas básicas.

A los efectos de esta exposición, se va a estructurar en cinco grandes cuestiones.

- La jornada de trabajo: cómputo y distribución.
- El exceso de jornada: el cómputo de las horas extras y su abono.
- Los descansos y festivos.
- Las vacaciones.
- Permisos y licencias.

a) Jornada

a') Cómputo y distribución

El ET establece en su artículo 34 que la duración de la jornada será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo. Pero al mismo tiempo fija un límite de 40 horas semanales de promedio en cómputo anual.

Esto significa que el “quantum de la jornada” es el resultante de establecer las 40 horas semanales de promedio y multiplicarlas por las semanas resultantes en el año⁽³⁾.

Establecido el cómputo anual de horas en el convenio, el problema reside en fijar la *jornada ordinaria*, pues a partir del establecimiento de dicha jornada ordinaria, se iniciará el cómputo de las horas extraordinarias que tienen otro valor económico y que forman parte de un tiempo de trabajo que se añade al marcado.

Los convenios colectivos en general no plantean con rigor el cómputo de la jornada “ordinaria”, pues no basta fijar las horas anuales, sin referencia al módulo semanal concreto; ya que como la distribución semanal no es regular, puede ocurrir que hasta el fin de año no se sepa el número real de horas efectuadas. Por otra parte el módulo semanal, como promedio que no tiene en cuenta los festivos ni las vacaciones, tampoco delimita con exactitud el número de horas ordinarias a realizar al año.

En este sentido, los convenios deberían establecer ambos módulos: el anual con el semanal, a fin de mostrar una distribución regular de la jornada en la semana. Y en este punto, dicha distribución regular, determinaría el concepto de “jornada ordinaria”, la cual mediría o sería el punto de referencia para el tope y por ello conocer cuándo se inician las horas extras.

Como alternativa o complemento a este cómputo, si la jornada es regular, la medida de la jornada ordinaria sería más exacta el referirla a las horas de trabajo efectivo de cada día laborable: es decir, con ello se expresaría la jornada efectiva en horas cada día, pues no todas las semanas tienen los mismos días de trabajo. Este cómputo facilitaría, por otra parte, la concreción del valor salarial referido al “tiempo de trabajo”, cuya exactitud ha de venir referido al valor hora, más que al valor del sueldo diario, semanal o mensual que contienen variables en su caso de horas, días o semanas.

La solución práctica para fijar estos criterios se debería determinar a través de la elaboración del calendario laboral que debe fijar los días y horas de trabajo a lo largo del año y, a través de él, establecer el módulo de la *jornada ordinaria*.

**LOS CONVENIOS
COLECTIVOS EN GENERAL
NO PLANTEAN CON RIGOR
EL CÓMPUTO
DE LA JORNADA
“ORDINARIA”, PUES NO
BASTA FIJAR LAS HORAS
ANUALES, SIN REFERENCIA
AL MÓDULO SEMANAL
CONCRETO**

(3) En cómputo estricto, el número anual de horas en un año de 365 días, con 52 semanas al año, 14 festivos y 30 días de vacaciones, arroja un cómputo total de 273 días laborales y 1.820 horas anuales.

b') Distribución irregular

El problema, sin embargo, se complica a la hora de establecer la denominada “distribución irregular” de la jornada, pues es cada vez más frecuente en los distintos sectores el promover una jornada distribuida con irregularidad. En esta distribución irregular, de acuerdo con el artículo 34 ET, debe existir acuerdo con los representantes de los trabajadores, que debería tener su reflejo en la elaboración del calendario laboral, sobre el que los convenios mantienen una cierta abstención.

En la distribución irregular, se está planteando últimamente una cuestión añadida, y es la de fijar la *flexibilidad* en la jornada como fórmula de distribución irregular; tema este que no afronta el ET. En este punto, tampoco los convenios colectivos suelen ser muy precisos en orden a fijar reglas que establezcan criterios de garantía para esta flexibilidad, que cuando algún convenio lo afronta, suele limitar o topar el número de horas a realizar en día de trabajo (no más de 9 o 10 en jornada ordinaria diaria), así como establecer un tope de número de horas al año a entrar en la flexibilidad, y que suele oscilar entre 80 a 120 horas en el año (denominada “bolsa de horas flexibles”).

c') Trabajo a turnos

Son escasos los convenios colectivos que establecen las reglas para el trabajo a turnos, cuando éste es un sistema que plantea problemas, tanto respecto de los trabajadores que deben integrar los turnos, como en relación con los tiempos de descanso intermedio, el trabajo que coincide en los días festivos, y, sobre todo, el trabajo nocturno y su retribución específica.

b) El exceso de jornada: el cómputo de las horas extras y su abono

Ya se han señalado las dificultades sobre el cómputo de horas y su distribución para fijar el módulo de la “jornada ordinaria”: el ET determina en su artículo 35.1 que *tendrán la consideración de horas extraordinarias aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo anterior.*

El problema, tal y como se ha señalado, es que los convenios colectivos no determinan el módulo para fijar la jornada ordinaria. Dicho módulo no puede ser el anual, en los términos expuestos, y ni siquiera semanal, que en la realidad es variable ya que no todas las semanas tienen las mismas horas, incluso en una distribución regular de la jornada. El módulo ha de ser el de la jornada/día de trabajo, por los siguientes motivos:

– El día de trabajo con el número de horas que resulte cada día está fijado previamente en el calendario laboral, el cual fija el número de horas ordinarias a realizar día a día, que dan como resultado el cómputo anual fijado de número de horas ordinarias de trabajo efectivo.

– El ET determina en su artículo 35.5 que “a efectos del cómputo de horas extraordinarias la jornada de trabajo de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en período fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente”. Es decir, el ET no deja duda respecto a que las horas que excedan del módulo diario de la jornada ordinaria tienen el carácter de hora extraordinaria.

Éste es un artículo que suele ser incumplido con frecuencia, y sobre el que la Jurisprudencia tampoco se ha mostrado rigurosa.

Fijado el inicio de la horas extraordinaria como el exceso de la jornada diaria ordinaria, el problema se plantea en orden al “cómputo” o número de horas extras realizadas y a su abono.

En relación con el cómputo, el tema se complica, puesto que el propio artículo 35 ET, apartado 2, desarrollado por el RD 1561/1995, de 21 de septiembre, autoriza a la compensación de las horas realizadas de más sobre la jornada ordinaria en un período de referencia de cuatro meses, y además, no se computan como horas extras a efectos del límite; y si dichas horas, además, no tienen un precio superior a las ordinarias, resulta que a través de la aplicación rigurosa de esta normativa se está efectuando una “distribución irregular” de la jornada sin acuerdo de los representantes de los trabajadores, y sin control, pues su uso frecuente lleva consigo el desajuste permanente en la realización de la jornada.

Esta problemática expuesta, y que afecta a sectores de gran movilidad funcional y de flexibilidad en el tiempo de trabajo (hostelería, limpieza, servicios de hospitalización, ...), no es afrontada en los convenios.

A ello se añade el tema ya expuesto de la falta de cálculo del valor/hora en los convenios, que debe constituir el punto de referencia al valor de la actividad laboral del trabajador. No cabe fijar, tal y como se efectúa, el salario/día o el sueldo/mes, cuando el sistema de trabajo lleva a un número de horas o jornadas muy variables en esos módulos. Se impone, pues, la garantía de fijar el salario hora a efectos de la precisión en la *relación tiempo de trabajo-retribución*, que garantizaría la seguridad en la aplicación correcta sobre tal salario/hora, del incremento en la hora extraordinaria cuando se determinan porcentajes sobre el salario/hora, y garantizaría el valor/hora en los contratos a tiempo parcial, cuyo tiempo de trabajo no tiene otro módulo obligado que la hora de trabajo.

c) Los descansos y festivos

El tema de los descansos y festivos suele ser un tema contemplado con facilidad por los convenios colectivos de sector en los que el trabajo en tales días está asumido como necesario. A tal efecto, los convenios suelen determinar la compensación de los festivos por otros días de descanso a elección del trabajador, incluso incrementando dicho descanso; y si se trabaja y no se descansa, se incrementa el salario de ese día como extraordinario. Otra fórmula es la de acumular los festivos trabajados al período de vacaciones. En este sentido no se plantean mayores problemas en la regulación.

d) Vacaciones

El ET en su artículo 38 establece las reglas básicas de las vacaciones, con el acuerdo entre la empresa y el trabajador, y en su caso, la decisión del juez ante el posible desacuerdo.

En el análisis efectuado de los convenios colectivos, ha de considerarse positiva la regulación de esta materia que, con más o menos detalle, está tratada por la mayor parte de los convenios colectivos. Es una materia muy sensible y que tradicionalmente está presente en la negociación colectiva, no sólo para determinar el tiempo de vacaciones, sino, sobre todo, la distribución, con una tendencia, en los últimos tiempos, a establecer períodos fraccionados.

Algunos convenios contemplan, para evitar problemas de interpretación, el hecho de que las bajas de IT anterior a las vacaciones no reducen dicho período.

Es importante insistir en los convenios colectivos la fijación del calendario de vacaciones prevista en el artículo 38 ET, debiéndose establecer en dicho calendario las incidencias particularizadas en el sector. Y otro tema a resaltar en los convenios colectivos sobre las vacaciones es el de precisar el importe de los conceptos retributivos que deben comprender los días de vacaciones, pues se suelen plantear problemas de reclamación. A este respecto es muy válido el criterio fijado en el Convenio núm. 132 de la OIT, que determina como fórmula un promedio de las retribuciones, y que, en estos supuestos, deberían ser los convenios colectivos los que fijasen el período a que se refiere el promedio.

e) Permisos, licencias y excedencias

Estos temas están regulados con cierto detalle en el ET, pero al mismo tiempo con poca sistemática, debido a las modificaciones incorporadas, por un lado, tras la reforma de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral y, por otro, tras la publicación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral de género.

Los convenios colectivos, por lo general, entran en una regulación minuciosa de los permisos y licencias y excedencias, mejorando el contenido en algunos supuestos del Estatuto, pero no clarificando dichas mejoras, de tal modo que hay que leer los dos textos y compararlos para conocer el alcance de la mejora realizada en el convenio.

En este sentido, falta una cierta técnica para estructurar este tema en los convenios, y conseguir fijar con claridad aquellas mejoras sobre el ET. Una solución sería establecer con claridad las condiciones laborales en las que se favorece la regulación del Estatuto.

En algunos convenios, conscientes de la regulación “enmarañada” de estos temas, han elaborado un “cuadro sinóptico” que fija cada uno de los motivos de los permisos, licencias y excedencias y el tiempo concedido para cada concepto.

F) Estructura retributiva

a) Retribución o salario a tiempo

Puede considerarse que el tema retributivo constituye en la práctica la razón de ser del convenio colectivo y, al mismo tiempo, compone su núcleo central. Sin embargo, es un tema que dista mucho de ser adecuadamente tratado en los convenios, los cuales tienen una tendencia a fijar simplemente el montante económico, referido principalmente al mes o al año, como cantidad global, simplificando al máximo los distintos conceptos retributivos, y soslayando la relación de esta retribución salarial con el tiempo efectivo de trabajo, es decir, con la hora de trabajo como medida básica de la actividad laboral.

El artículo 26 ET fija jurídicamente el concepto de salario, y en su apartado 3, remite a la negociación colectiva para precisar la retribución por el trabajo realizado, aludiendo de modo indeterminado a los complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador (antigüedad principalmente), al trabajo realizado (sistema de incentivos) o a la situación o/y resultados de la empresa.

La falta de una regulación estatal orientativa sobre un sistema retributivo basado en el incentivo a la productividad ha mediatizado a los convenios de sector que no suelen incluir cláusulas sobre la retribución con incentivo, limitándose la mayor parte de ellos, salvo los convenios de empresa, a fijar en el Anexo las *Tablas salariales mensuales o anuales*, por conceptos básicos y referidas a las categorías profesionales enumeradas y, en muchos casos, no definidas. Esta regulación convencional tan simple termina siendo inadecuada, porque en la práctica plantea múltiples problemas en la aplicación para el pago de las vacaciones, horas extraordinarias, y prescinde de cualquier incentivo para la actividad laboral.

Existen otros convenios que establecen una estructura productiva del “salario a tiempo”, en la que el salario está desvinculado del rendimiento en la actividad laboral, aunque en ocasiones, prima una cierta dedicación del trabajador al establecer pluses ligados a los días de asistencia o en función de una mayor dificultad en el puesto de trabajo. En estos convenios la estructura salarial viene determinada por estos conceptos:

– Sueldo o salario base, ligado al día de trabajo o al mes si la categoría profesional es de administrativo.

**LA FALTA DE UNA
REGULACIÓN ESTATAL
ORIENTATIVA SOBRE UN
SISTEMA RETRIBUTIVO
BASADO EN EL INCENTIVO
A LA PRODUCTIVIDAD HA
MEDIATIZADO
A LOS CONVENIOS
DEL SECTOR**

– Complemento personal de antigüedad. Este complemento ha sido congelado en los últimos tiempos, y suprimido para los trabajadores de nuevo ingreso. Son frecuentes los convenios de sector que han procedido a esta regulación.

– Plus de “asistencia” o de “convenio” o de “puesto de trabajo”. Son pluses que se abonan en función de la presencia o asistencia de los trabajadores los días laborables. En algunos convenios, no sólo no se perciben los días de falta injustificada, sino que penalizan con su reducción o pérdida total en el mes, a partir de un número determinado de faltas; con ellos se pretende combatir el absentismo.

– Plus de “penosidad”, “peligrosidad” o “toxicidad”. Son pluses consistentes en un porcentaje sobre el sueldo día, y en los que se reconoce la existencia de un riesgo a la salud o seguridad por estos conceptos. Son pluses que, en todo caso, deberían ser suprimidos a partir de la eliminación del riesgo que es uno de los principios rectores de la seguridad en el trabajo. En todo caso, debería regularse en el convenio colectivo la excepcionalidad del pago de los pluses y la temporalidad de los trabajadores expuestos a tales riesgos.

– Plus “nocturno”, consistente en un incremento por porcentaje del sueldo o salario, para los trabajadores que prestan servicios en el turno de noche, atendiendo a las condiciones establecidas sobre este tipo de trabajo en el artículo 36 ET.

– Plus de “trabajo a turnos”. En algunos convenios, también se incrementa en un porcentaje a los trabajadores sometidos al trabajo a turnos.

A estos conceptos retributivos, ligados al mayor esfuerzo o dedicación, los convenios colectivos reconocen o añaden como retribución anual, al menos *dos pagas extraordinarias*, de acuerdo con el artículo 31 ET consistente en 30 días del salario, una de ellas fija en la Navidad, y la otra establecida por acuerdo en el convenio o con los representantes de los trabajadores. Es frecuente, asimismo, que en los convenios se añada otra paga extraordinaria, que se suele denominar de beneficios y se abona en el primer trimestre del año.

Un hecho que conviene hacer notar es el de que las tablas salariales que se acompañan como anexo a los convenios, fijan el salario/día o el sueldo/mes, pero prescinden del número de horas que contienen dichos módulos, lo que determina que no existe correlación entre la retribución en el día y en el mes y el tiempo trabajado en esos períodos. Se ignora que el módulo real para medir el trabajo y su valor es la hora de trabajo. Esto tiene cierta importancia porque no concreta el valor real del tiempo de trabajo, que, por otra parte, en el uso práctico es la medida para fijar la retribución en la mayor parte de los contratos, sobre todo en el sector de construcción o en determinados servicios, en el que la hora de trabajo y su valor son la “moneda de cambio” o la referencia: así ocurre, por ejemplo, en la limpieza por horas, en las reparaciones por horas, en la hostelería o en la actividad a tiempo parcial.

En algunos convenios se establece el valor hora extraordinaria, pero no se hace mención en ninguno al valor de la hora ordinaria, resultante de dividir el sueldo anual, en el que se deben incluir la totalidad de los conceptos retributivos, por las horas efectivas.

Otra cuestión que se observa en los convenios colectivos, es la omisión habitual de establecer reglas sobre las posibles condiciones de absorción y compensación de complementos salariales en relación con las cláusulas de revisión salarial anual.

b) Retribución o salario con incentivo a la actividad laboral

La retribución a tiempo suele ser la norma general, tal como se ha expuesto.

Sin embargo, hay actividades que en la práctica se suele pactar atendiendo a la producción obtenida o realizada por el trabajador. Es el sistema denominado tradicionalmente a “destajo” o por obra realizada, que suele ser el sistema empleado en actividades como la construcción, en determinados oficios, o en pizarras, en determinados puestos de trabajo. Si bien en muchos oficios de construcción se trabaja con este método, los convenios de sector provinciales en la mayor parte de las comunidades prescinden de su regulación.

En otras actividades, se establece un sistema de retribución basado en la medición del trabajo y la determinación de un incentivo, ya que el trabajo medido lleva aparejado un control de actividad que incrementa el rendimiento; lo que permite el abono de una retribución superior que está ligada al cumplimiento de la actividad medida, y expresada en tarifas que reflejan los rendimientos exigidos y la retribución correspondiente.

Ejemplos de previsiones para que en los convenios de sector se puedan regular sistemas de incentivos salariales ligados a la productividad, son los convenios estatales, tales como el general de la Construcción inscrito por Resolución de 26 de julio de 2002, en los artículos 41 y siguientes (BOE de 10 de agosto), o el estatal de Industria de Perfumería, inscrito por Resolución de 16 de julio de 2004 en los artículos 9 y siguientes (BOE de 21 de septiembre).

c) Abono de las horas extraordinarias

La mayor parte de los convenios reconocen un porcentaje para los supuestos de abono de las horas extraordinarias, concretando en algunas actividades también dicho abono para los festivos y domingos trabajados.

El problema en las horas extraordinarias puede surgir, tal y como se ha expuesto al analizar el tema de la jornada, en la dificultad de precisar “cuándo” se realizan las horas extraordinarias; también se suelen plantear problemas que no afrontan los convenios colectivos en los supuestos en los que las horas son compensadas con descansos equivalentes sin mayor recargo, en cuyo caso, la hora extraordinaria carece del abono suplementario.

d) Conceptos extrasalariales

En la mayor parte de los convenios se establecen percepciones que carecen de la naturaleza salarial porque obedecen a compensaciones por gastos u otros conceptos no vinculados al salario: es el caso de las dietas, gastos de locomoción, pluses de distancia, asignaciones asistenciales o por comida que no constituyen salario en especie, o ayudas de estudios o, incluso, “premios por matrimonio”.

La regulación de estas percepciones suele tener el defecto técnico en muchos convenios colectivos que se ubican sin separación ni distinción entre los conceptos retributivos. El problema puede plantearse cuando algunos de estos conceptos no están definidos con claridad como extrasalariales, ya que la consecuencia es el control fiscal o de la Seguridad Social a efectos de su cotización. Se impone, por lo tanto, una clarificación que debe ir dirigida a su consideración asistencial y por ello carente de la naturaleza retributiva, sobre todo en lo que se refiere a las percepciones de comida como salario en especie. Tanto más que el Reglamento del Impuesto de Renta de las Personas Físicas (RD 1775/2004, de 30 de julio, que sustituyó al RD 214/1999, de 5 de febrero), reconoce como gasto las asignaciones por comida (artículo 43), lo que significa su no cotización a la Seguridad Social; y el propio Reglamento de cotización de la Seguridad Social (RD 2064/1995, de 22 de diciembre) es restrictivo en esta materia, al considerar como cotizable únicamente los productos en especie concedidos “voluntariamente” por las empresas [artículo 23.2.D)], y que excedan del 20% del SMI.

En este sentido, el convenio colectivo debe adaptarse a la realidad social y considerar que la retribución dineraria es la contraprestación del trabajo, siendo el resto de conceptos una mejora de condiciones laborales que deben imputarse a los costos de la empresa. Por ello, no deben considerarse parte de la retribución salarial aquellos conceptos que no están ligados directamente al trabajo, sino que forman parte de las adecuadas condiciones laborales de seguridad y salud y bienestar que ofrecen las empresas como contraprestación colectiva de condiciones laborales, y que deben ser imputados a gastos de la actividad empresarial, tales como gastos de transportes, ayudas de estudios, asignaciones por comidas, desplazamientos, gastos de guarderías de hijos, etc.

Y así, por ejemplo, en lo que se refiere a la *ropa de trabajo*, se regula en la mayor parte de los convenios, sin un concepto claro en cuanto a su encuadramiento: en algunos es mejora social, en otros un plus extrasalarial, en otros es equipo de trabajo destinado a la prevención de riesgos, etc.

g) Régimen asistencial

El régimen asistencial fijado en los convenios colectivos, en forma de mejoras a determinadas prestaciones, constituye en el día de hoy uno de los problemas más confusos jurídicamente, en cuanto que los conceptos que se regulan habitualmente pueden considerarse en la “frontera” del sistema de mejoras de las prestaciones de la Seguridad Social,

o integrados en el sistema de prestaciones de seguridad social complementaria cuya regulación normativa es compleja.

Con la publicación del Texto Refundido de la Ley Reguladora de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por RD Leg. 1/2002, de 29 de noviembre (BOE de 13 de diciembre), se deroga la antigua Ley 8/1987, de 8 de junio, pero no modifica sustancialmente el sistema anterior. El nuevo reglamento ha sido aprobado por RD 304/2004, de 20 de febrero (BOE del 25).

Salvo el convenio colectivo del sector Pompas Fúnebres, en el que expresamente se establece en su artículo 25 un *plan de pensiones*, en el resto de los convenios, las mejoras asistenciales consisten fundamentalmente en:

1ª. Completar el 100% de la prestación de Seguridad Social en incapacidad temporal de enfermedad o de accidente de trabajo. Esta mejora de la cuantía de la incapacidad laboral cuando se refiere a la prestación de Seguridad Social no plantea especiales problemas desde el punto de vista de la normativa de la Seguridad Social ⁽⁴⁾.

La cuestión que puede ser discutida por su oportunidad es la de la mejora complementaria por convenio colectivo de modo indeterminado de la prestación de enfermedad común, sin establecer cautelas sobre las circunstancias de la baja, pues uno de los temas que están siendo revisados por el propio Sistema de Seguridad Social es el de la facilidad de la baja de IT por enfermedad común y el escaso control que se realiza, lo que facilita el absentismo legalizado; a ello puede contribuir el reconocimiento de una mejora de la prestación por parte de las empresas, sin establecer requisitos adicionales que controlen dichas bajas. La solución se aborda en algunos convenios colectivos que fijan el requisito de la hospitalización y acortan el período del complemento de la prestación en los casos de enfermedad común.

2ª. Abonar un premio de constancia al cumplir la edad de jubilación, o un premio variable como indemnización en el caso de rescisión del contrato de trabajo a partir de los 61 años, pero sin que dicha cantidad se vincule a la pensión de jubilación.

**EL RÉGIMEN ASISTENCIAL
FIJADO EN LOS CONVENIOS
COLECTIVOS, EN FORMA DE
MEJORAS A PRESTACIONES,
CONSTITUYE UNO
DE LOS PROBLEMAS MÁS
CONFUSOS JURÍDICAMENTE**

(4) Así se reconoce en los artículos 11 y 12 de mejora directa de prestaciones, de la Orden de 28 de diciembre de 1966 sobre mejoras voluntarias de la Seguridad Social.

Éste es un concepto dudoso a la hora de considerarlo como prestación complementaria de la Seguridad Social y sometido a la regulación normativa de los planes y fondos de pensiones. También es dudosa su asimilación a una indemnización por extinción del contrato de trabajo. Por su parte, los convenios colectivos no determinan su naturaleza salarial o indemnizatoria, y tampoco lo encadenan a la prestación de jubilación como mejora. Por ello, desde el punto de vista laboral, podría más bien considerarse una gratificación empresarial vinculada a la antigüedad, y por ello de naturaleza retributiva, que debería ser cotizada y prorrateada en el año de percepción, de acuerdo con las normas de cotización anual que regulan la cotización en los supuestos de abono de salarios con carácter retroactivo (DA Primera de la Orden de 12 de febrero de 2004).

3ª. Abonar una indemnización, a través del concierto de un seguro privado, por muerte o invalidez por accidente.

De acuerdo con la Disposición Adicional Primera del texto refundido de la Ley 1/2002, de 29 de noviembre, en relación con los artículos 8.6.b) y 8.5.b), pueden considerarse “compromisos por pensiones de las empresas”, integrados en la regulación de esta norma, y para estas contingencias.

H) Régimen disciplinario

Una de las materias presentes en todas las ordenanzas laborales era la enumeración de las faltas laborales y la determinación correlativa de las sanciones, como garantía jurídica al cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones laborales. El propio ET en términos genéricos, en el artículo 54 relativo al despido disciplinario enumera aquellas faltas como incumplimientos contractuales graves que pueden dar lugar a la extinción justificada y disciplinaria del contrato de trabajo.

Tal como se ha expuesto, el sistema de faltas y sanciones es una de las recomendaciones del Acuerdo Interconfederal de Cobertura de Vacíos y del Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva del año 1997, que determinaba que los convenios colectivos debían establecer a través de un capítulo de faltas y sanciones el régimen disciplinario del personal integrante de la plantilla de las empresas, así como la regulación de los procedimientos a seguir.

I) Seguridad y salud laboral

La seguridad y salud laboral no es un tema preferente de los convenios colectivos, a pesar de ser uno de los problemas laborales más actuales por causa de la siniestralidad laboral y la problemática de la aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, la cual se remite en algunos puntos precisamente a la negociación colectiva.

Puede decirse que la mayor parte de los convenios colectivos adolecen de no adaptación de los problemas de seguridad y salud de su actividad a las condiciones impuestas a

las empresas por la Ley de Prevención, sobre todo en lo que se refiere a la evaluación y planificación de la actividad preventiva, así como a la organización de los servicios de prevención. Tampoco se contempla, en términos generales, el papel de los representantes de los trabajadores en esta materia.

Por lo general, los convenios contemplan la obligación de los reconocimientos médicos anuales, casi como única medida de seguridad y salud. Sería importante afrontar la coordinación de actividades empresariales en los sectores donde abundan los casos de contratas y subcontratas, tema sobre el que la normativa estatal necesita una adaptación, precisamente a través de la negociación colectiva, fijando con precisión el papel del titular del centro de trabajo, como punto de coordinación para el cumplimiento por todas las empresas de esta normativa en el centro de trabajo en el que participan.

Como temas, además de los expuestos, que deben ser regulados en los convenios colectivos en esta materia, y a título de ejemplo, se consideran:

- El cumplimiento de la evaluación y de la adopción de las medidas de prevención resultantes y fijadas en la planificación. Todo ello en función de los riesgos del sector.
- Considerar entre los factores a valorar en algunos sectores, las condiciones y aptitudes del personal (por ejemplo, en los sectores donde se está reconociendo en el convenio colectivo el plus de penosidad, peligrosidad o toxicidad, y en los que no se hace mención a la prevención de los riesgos que determinan el abono de dicho plus).
- Considerar en algunos sectores la duración de la jornada como un factor de riesgo (por ejemplo, en transporte).
- La investigación a realizar en los supuestos de siniestros laborales con el consiguiente análisis de los factores y las consecuencias sobre las medidas correctoras.
- La formación y dedicación de los delegados de prevención y su relación con la empresa a efectos de analizar las condiciones de la prevención.
- La fijación de visitas y análisis periódicos de los servicios de prevención cuando éstos sean externos a las empresas.
- El que la obligación del reconocimiento de los servicios médicos no sea meramente formal, sino que en función de los riesgos en el sector y los trabajadores afectados, se formalicen con un contenido adaptado a la realidad.

J) Derechos sindicales

En materia de reconocimiento de los derechos sindicales, los convenios colectivos suelen concretar en el ámbito de las empresas las cuestiones que afectan a la actividad de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de los delegados sindicales.

A tal efecto, regulan el funcionamiento de los órganos de representación sobre cuestiones relativas a:

- la celebración de las reuniones previa notificación al empresario, fijando las horas;
- la recaudación de las cuotas de los afiliados a través de la empresa, previa conformidad individualizada;
- la recepción de información y la distribución de la misma fuera de las horas de trabajo;
- el número de delegados sindicales;
- la acumulación y gestión de las horas sindicales.

Asimismo, se determinan obligaciones de la dirección de las empresas, en orden a la participación de dichos representantes, y de acuerdo con las competencias reconocidas en el artículo 68 ET.

K) Formación

La adhesión expresa de los distintos sectores nacionales al Acuerdo Nacional de Formación Continua ha fomentado la inclusión en los distintos convenios de sector de planes de formación de los trabajadores y posibilitado a las empresas acceder u organizar cursos para la formación y perfeccionamiento profesional de los trabajadores; todo ello en base al RD 1046/2003, de 1 de agosto (BOE de 12 de septiembre), que regula el subsistema de formación profesional continua y la Orden de 10 de septiembre de 2004 (BOE del 14) que fija la distribución territorial para 2004 de los fondos para la financiación de contratos programa para la formación de trabajadores y acciones complementarias a la formación gestionados por las Comunidades Autónomas.

En este sentido, se vienen planteando en los convenios de sector de las distintas Comunidades Autónomas, Comisiones Paritarias sectoriales de Formación.

L) Otras materias

a) Normas supletorias de los convenios colectivos

Antes de entrar en el análisis de cada una de las materias indicadas por el artículo 85.1 ET como parte de contenido básico, es necesario considerar el hecho de la indicación por los convenios colectivos de las normas supletorias.

Consideramos que una de las manifestaciones de una cierta “dejadez” por parte de los interlocutores sociales y económicos es la falta de rigor al fijar la normativa aplicable su-

pletoria al convenio colectivo. El tema se manifiesta especialmente en dos puntos que ponen de manifiesto esta cuestión:

– Algunos convenios de sector, además con predominio de la pequeña empresa, remiten como legislación supletoria de los convenios al “reglamento de régimen interior de la empresa”. Ha de hacerse constar que dicho reglamento fue regulado en el Decreto de 12 de enero de 1961 y en la Orden Ministerial de 6 de febrero de 1961, que era norma complementaria de las reglamentaciones de trabajo y de los antiguos convenios colectivos derivados de la Ley de 1958, y carecen de valor en la actualidad. El reglamento de régimen interior no es válido como norma de regulación de condiciones laborales, ya que la empresa dispone de un poder de dirección puntual (artículo 20 ET), pero carece de facultad para fijar con carácter normativo y unilateral alguna norma interna que fije las condiciones de trabajo; incluso en la época en que estaba reconocido, era obligado el control de la autoridad laboral sobre su adaptación a la legalidad vigente en su momento ⁽⁵⁾.

– Otros convenios plantean la supletoriedad del convenio negociado a la ordenanza laboral, no considerando que dicha normativa está derogada expresamente por la Disposición Transitoria Segunda del ET y completado el proceso de derogación por la Orden de 28 de diciembre de 1994 (BOE del 29), la cual prorrogó hasta 31 de diciembre de 1995 las ordenanzas laborales que enumera, en cumplimiento de la mencionada Disposición Transitoria Segunda ET. Conexionada con la derogación, estuvo en su momento la negociación y el Acuerdo Interconfederal sobre Cobertura de Vacíos, el cual se suscribió al amparo del artículo 83.3 ET, y se configuró como un Acuerdo sobre materias concretas ⁽⁶⁾. Fue de aplicación a todos los sectores y subsectores productivos relacionados en el Anexo I del Acuerdo, con la finalidad de cubrir los vacíos de contenidos producidos por la desaparición de las ordenanzas.

Por ello, en este tema no puede aceptarse que en los convenios se incluya una cláusula en la que se establezca como norma supletoria la ordenanza laboral correspondiente. Puede comprenderse que haya temas regulados con cierto detalle en las mencionadas ordenanzas, como puede ser el sistema de clasificación profesional o la tipificación de faltas laborales; pero lo

**LA EMPRESA CARECE
DE FACULTAD PARA
FIJAR CON CARÁCTER
NORMATIVO Y UNILATERAL
ALGUNA NORMA INTERNA
QUE ESTABLEZCA LAS
CONDICIONES DE TRABAJO**

(5) Sobre este punto sería aplicable la impugnación de oficio por la autoridad laboral de conformidad con el artículo 90.5 ET y artículo 161 LPL.

(6) Resolución de 13 de mayo de 1997 (BOE de 9 de junio), de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del Acuerdo de Cobertura de Vacíos.

lógico sería que se copiasen o traspasasen dichos temas literalmente al convenio colectivo que se negocia, aunque se hiciese constar su antiguo origen; pero una norma derogada, y además no pactada, no debe ser nunca norma “supletoria” de un convenio colectivo ⁽⁷⁾.

b) Jubilación obligatoria como política de empleo

La Ley 12/2001, de 9 de julio (BOE del 10), sobre Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo, que convalidó el RD-Ley 5/2001, de 2 de marzo, derogó la Disposición Adicional Décima ET, que autorizaba a la negociación colectiva a pactar libremente las edades de jubilación.

Concretamente, después de dicha derogación no era factible establecer en los convenios colectivos determinadas edades de jubilación forzosa, lo que conllevaba la nulidad de las cláusulas de los numerosos convenios que imponían la jubilación al cumplir la edad de 65 años.

Este criterio de considerar nulas dichas cláusulas a partir de la fecha de la derogación de la Disposición Adicional Décima del ET fue confirmado por la Sentencia del TS de la Sala 4.ª de 9 de marzo de 2004.

No obstante, con la publicación de la Ley 14/2005, de 1 de julio (BOE del 2), sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, se ha abierto la posibilidad de que los convenios colectivos puedan establecer cláusulas que posibiliten, en determinados supuestos y bajo ciertos requisitos, la extinción del contrato de trabajo al cumplir el trabajador la edad ordinaria de jubilación.

Respecto a las cláusulas de los convenios colectivos, celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley en las que se hubiera pactado la extinción del contrato de trabajo por haber cumplido el trabajador los 65 años, se considerarán válidas, siempre que se garantice que el trabajador afectado tenga cubierto el período mínimo de cotización y que cumpla los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión contributiva de jubilación.

(7) Al igual que la alusión al reglamento de régimen de interior, tal y como se ha señalado en la nota anterior, este tema debería ser objeción de la autoridad laboral en demanda ante la Jurisdicción Social, antes de aprobar su registro y publicación.

I. FUENTES DEL DERECHO**Sumario:**

Consideración preliminar. 1. Normativa comunitaria. Principio de prorrata temporis. 2. Aplicación de la norma laboral. 3. Ley y convenio colectivo.

4. Legislación estatal y comunidades autónomas. Cuotas colegiales.

Responsabilidad del pago de deudas anteriores a las transferencias. 5. Convenio colectivo. A) Aplicación del convenio colectivo. B) Convenios extraestatutarios.

C) Interpretación del convenio colectivo. D) Irretroactividad. E) Concurrencia.

6. Condición más beneficiosa. 7. Absorción y compensación. 8. Principio in dubio pro operario. 9. Principio de irrenunciabilidad de derechos.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las sentencias del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 13 a 16 de la Revista *Información Laboral–Jurisprudencia* (marginales J 1640 a J 2329). Esencialmente, las resoluciones comentadas hacen referencia a la aplicación, interpretación y concurrencia de la norma específica del Derecho Laboral, es decir, el convenio colectivo. Asimismo, se abordan diversas sentencias referentes a los convenios extraestatutarios. De otro lado, se contienen múltiples resoluciones de la reiterada cuestión de las deudas por cuotas colegiales y su atribución al Estado o la Comunidad Autónoma. En fin, los principios de aplicación del Derecho del Trabajo también se tratan en diversas resoluciones objeto de esta crónica.

1. NORMATIVA COMUNITARIA. PRINCIPIO DE PRORRATA TEMPORIS

En recurso de casación para la unificación de la doctrina, la STS de 27 de julio de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 1844, resuelve sobre la aplicación de la normativa comunitaria en materia de pensión de jubilación de un trabajador del Régimen Especial del Mar. Al actor le

fue reconocida pensión de jubilación en vía administrativa a la que se aplicó un coeficiente reductor o de edad de 4,40 años, siendo a cargo de la Seguridad Social española el 91% de su pensión por aplicación del principio *prorrata temporis*. En reclamación previa formulada por el actor, el INSS le reconoció un coeficiente reductor de 6,15 años, procediendo al correspondiente incremento y un porcentaje de *prorrata temporis* de 68,63%. Instada la vía jurisdiccional en reclamación de un porcentaje de *prorrata temporis* del 100%, el Juzgado de lo Social estimó en parte la demanda, reconociendo un porcentaje del 80,20%. Dicha sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia. Frente a esta última resolución interpone el Instituto Social de la Marina recurso de casación para unificación de la doctrina, alegando una infracción de diversos preceptos del Reglamento CEE núm. 1408/71. En dicho recurso se aborda la problemática referente a si deben de incluirse o no en el cálculo del *prorrata temporis* las cotizaciones compensatorias de la reducción de edad de jubilación previstas en el Régimen Especial del Mar. Se trata en definitiva de decidir si esa bonificación de cotizaciones por razón de la actividad desarrollada en atención de la edad debe incluirse también para la aplicación del prorrateo de pensiones entre la Seguridad Social española y en este caso la holandesa, a partir de la aplicación del Reglamento CE 1408/71.

El Supremo ya se había pronunciado al respecto en Sentencia de 14 de abril de 2005 en el sentido de incluir en la *prorrata temporis* a cargo de España aquellas cotizaciones que, de manera ficticia, fueron tenidas en cuenta para rebajar la edad de jubilación. En síntesis, esta doctrina entiende que a la hora de calcular la pensión teórica con totalización de períodos cotizados en distintos países de la Unión Europea, en nada influye aquella bonificación que se requiere o lo que es igual, basado todo el Sistema de Seguridad Social Comunitario en la necesidad de garantizar la libre circulación de trabajadores, de forma que por el hecho de la emigración no se vean perjudicados en sus derechos. La previsión de bonificación de cuotas en razón del trabajo desarrollado por el demandante, no puede aceptarse para la aplicación del prorrateo en cuanto se trata de una institución ajena a los principios de coordinación comunitarios, puesto que no ha hecho de peor condición al demandante por la circunstancia de haber prestado sus servicios en otros países comunitarios.

2. APLICACIÓN DE LA NORMA LABORAL

Sobre la aplicación del Derecho del Trabajo a las relaciones laborales en la Administración Pública se pronuncia la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 20 de mayo de 2005, I.L. J 1640.

El demandante, personal laboral de la Junta de Castilla y León fue demandado en un proceso anterior en el que se dictó sentencia firme anulando la adjudicación de una plaza en su favor en concurso de traslados. Con tal motivo la Gerencia de la citada Junta procedió a adscribir al actor en una plaza vacante, sujetándole a la obligación de concursar. En el pleito que da lugar a la sentencia comentada el actor solicita que se le restituya a la plaza

I. Fuentes del Derecho

que tenía adjudicada antes de concursar, a pesar de que ésta, al haber quedado vacante, había sido atribuida en concurso de traslados a otra trabajadora, codemandada en la litis. La sentencia de instancia estimó la demanda en cuanto a la restitución a su plaza previa, aunque desestima su pretensión de declarar que no tiene obligación de concursar. Contra dicha sentencia recurren en suplicación todas las partes y la Sala desestima el recurso de la Junta de Castilla y León y estima el del actor, declarando el carácter indefinido y condicionado de su puesto de trabajo sin que tenga la obligación de concursar.

Entre otros argumentos, la sentencia entiende que las órdenes de los órganos administrativos no tienen naturaleza normativa sino que se constituyen como meros actos del derecho privado del empresario, el cual no puede unilateralmente regular las vicisitudes de los procedimientos de traslado y los derechos o deberes de los trabajadores más allá de lo que es su estricta facultad directiva ex artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores. Añade la resolución que la regulación del convenio colectivo aplicable a este personal se inspira en la normativa reguladora de la Función Pública, pero tal circunstancia no produce en modo alguno una transmutación de la naturaleza jurídica de las relaciones laborales incluidas en su campo de aplicación para convertirlas en relaciones de Derecho Administrativo. Estamos por lo tanto en presencia de relaciones puramente laborales y, por tanto, las fuentes reguladoras de las mismas son las previstas en el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores. En definitiva, la Administración ve sometidas las relaciones laborales mantenidas con su personal al Derecho Laboral, pues no se está ante una situación jurídico-administrativa sino meramente contractual privada, lo que precisamente explica y justifica la atribución competencial de este tipo de litigios al orden social de la jurisdicción y no al contencioso-administrativo.

3. LEY Y CONVENIO COLECTIVO

Las relaciones entre la ley y el convenio colectivo vienen presididas por la posición jerárquica que ambas ocupan dentro de las fuentes del Derecho. Por ello, el convenio colectivo debe obligado respeto a lo dispuesto en la ley, al menos en aquellos supuestos en que ésta se constituya como derecho necesario.

Sobre esta materia, la **STS de 22 de septiembre de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 1688, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, resuelve sobre si en caso de despido declarado improcedente por extinción de un contrato temporal a la finalización de los servicios contratados no cumpliendo el contrato temporal los requisitos exigidos, la opción entre la readmisión o la indemnización corresponde a la empresa o al trabajador cuando, en este último caso, así lo establece el artículo correspondiente del convenio aplicable. Previa declaración de la existencia de contradicción, la Sala estima el recurso de la actora y, anulando la sentencia recurrida, declara que el derecho de opción del despido declarado en la sentencia recurrida como improcedente corresponde a la trabajadora. Para llegar a tal conclusión, la Sala recuerda su doctrina sobre los pactos acordados en convenio en virtud de los cuales se da opción de readmisión en todo caso al trabajador y se conceden indemnizaciones superiores a las previstas legalmente. Tal doctrina acepta su

validez por cuanto lo dispuesto en la normativa estatal es de Derecho necesario relativo y, en consecuencia, mejorable en pactos individuales o colectivos.

4. LEGISLACIÓN ESTATAL Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS. CUOTAS COLEGIALES. RESPONSABILIDAD DEL PAGO DE DEUDAS ANTERIORES A LAS TRANSFERENCIAS

La conocida y reiterada cuestión de quién ha de responder de las deudas económicas contraídas en períodos anteriores al proceso transferencial de las competencias en materia de asistencia sanitaria ya ha sido resuelta hace tiempo por reiterada doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. La **STS de 12 de julio de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 1667, consolida así la solución al problema litigioso surgido al respecto de quién ha de soportar el pago de las deudas surgidas en materia de personal estatutario del extinto INSALUD referentes a períodos anteriores a las transferencias operadas en materia sanitaria. Dichas deudas se contraían por las cuotas de colegiación que los profesionales (al servicio primero de dicha Entidad Gestora y posteriormente transferidos a las Comunidades Autónomas) se veían obligados a abonar en virtud de las normas de su Colegio profesional, siendo así que prestaban sus servicios exclusivamente para la Administración, por lo que ésta debía reintegrar el pago de las mismas como un gasto suplido por el trabajador.

La solución al problema de cuál ha de ser la entidad obligada al pago de las cuotas, viene dada, en síntesis, por la Disposición Adicional Primera de la Ley del Proceso Autonómico 12/1983, de 14 de octubre, Ley que posee la naturaleza de Ley Marco en el sentido que prevé el artículo 150 de la constitución. Dicho precepto dispone, en términos taxativos, que “la Administración estatal será responsable de los atrasos o cualesquiera indemnizaciones a los que tuviera derecho el personal por razón de su situación con anterioridad al traslado”. Dicha norma establece, como criterio de imputación de la responsabilidad del pago, el momento en que nació la obligación pendiente de satisfacer, por lo que corresponde al INSALUD el abono de las cuantías devengadas con anterioridad a las transferencias.

En este sentido se pronuncian las SSTs de 18 de febrero; 25 de abril; 20 y 27 de septiembre; 3, 21, 24, 27 y 28 de octubre, de 2, 3, 4 y 29 de noviembre de 2005, y de 7, 16, 19, 20 y 23 de diciembre, Sala Cuarta, I.L. J 1836, 1837, 1845, 1846, 1848, 1671, 1692, 1843, 1693, 1926, 1931, 1940, 1941, 1959, 1964, 1965, 2250, 2255, 2175, 2174, 2283, 2221, 2169.

5. CONVENIO COLECTIVO

A) Aplicación del convenio colectivo

Sobre la aplicación del convenio colectivo a un ámbito subjetivo concreto se pronuncia la **STS de 21 de julio de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 1783. La petición que se deduce en la demanda rectora del recurso de casación común u ordinaria tiene por objeto que se

extienda la aplicación del convenio colectivo de Cajas de Ahorros y demás normas de aplicación de la “Caixa de Catalunya” a los trabajadores pertenecientes en la actualidad a la Fundación Viure i Conviure. La demanda fue desestimada en la instancia, reiterando su petición en sede casacional.

Como explican los hechos probados de la sentencia de instancia, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la fundación mencionada fue creada en diciembre del año 2000 por la “Caixa de Catalunya” para la gestión de las obras sociales de dicha entidad. Dentro de su plantilla existen trabajadores procedentes del “sector financiero”, que se encargan de la infraestructura administrativa de la fundación, y trabajadores “contratados específicamente para la realización de las finalidades sociales”. A los primeros se les aplica el convenio colectivo de Cajas de Ahorros, mientras que los segundos se rigen por el convenio colectivo de despachos y oficinas. Es lógicamente a estos últimos a los que se contrae la petición deducida en la demanda y reiterada en el recurso.

El artículo 5.2 del convenio colectivo de Cajas de Ahorros cuya aplicación es objeto de debate en el pleito dice así: “Quedan excluidas del presente convenio las personas (...) siguientes: a) el personal empleado en las obras benéfico-sociales de las Cajas”. Sobre la base de esta formulación literal, la sentencia de la Sala, confirmando la recurrida, considera que el convenio invocado no puede ser aplicable al personal comprendido en el ámbito del conflicto, añadiendo a ello que a dicho personal “jamás se le ha aplicado el mencionado convenio, ni siquiera cuando con anterioridad a la creación de la Fundación la finalidad social se desarrollaba dentro de la propia Caixa”.

La STS de 26 de octubre de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 1990, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina desestima la pretensión actora formulada por una trabajadora que ostentando la categoría profesional de Técnico Superior de Prevención de Riesgos Laborales interesa le sea de aplicación el Convenio Colectivo para las Oficinas de Estudios Técnicos de la Región de Murcia del año 2003. El artículo 1º de dicho Convenio establece, como ámbito de aplicación subjetivo el de todo el personal que, prestando servicios en centros de trabajo establecidos o que se establezcan en la Región de Murcia, esté contratado por las empresas de estudios, entre otros, de carácter técnico, de cálculo o informático, incluyendo las de estudios referidos a prevención de riesgos laborales. El Juzgado de lo Social estimó en parte la demanda aplicando dicho convenio y reconociendo las diferencias salariales correspondientes. Posteriormente la Sala de lo Social acoge el recurso de la empresa demandada y revoca la resolución de instancia. La Sala del Tribunal Supremo desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la parte actora pero en base a la inexistencia de contradicción entre la sentencia recurrida y las citadas como de contraste. Tal como señala la sentencia del Tribunal Supremo, si bien es cierto que se trataba, en las sentencias contradictorias, de convenios colectivos para oficinas de estudios técnicos, en una se refería al convenio de 2001 y en otras al de 2003. Y esta divergencia es relevante, a juicio de la Sala sentenciadora, a los efectos de la contradicción analizada toda vez que el artículo 1 de cada uno de estos dos convenios colectivos es distinto, ya que sólo en el de 2003 se contiene la frase cuya interpretación da lugar al debate de autos, frase que incluye en el ámbito funcional de tal convenio a las empresas “de estudios referidos a prevención de riesgos laborales”.

B) Convenios extraestatutarios

Tradicionalmente se ha venido admitiendo que junto a los convenios colectivos de eficacia general regulados en el Título III del Estatuto de los Trabajadores, existen otros pactos, también colectivos, negociados al margen de las exigencias y formalidades previstas para los estatutarios.

La cuestión litigiosa planteada en la **SAN de 31 de enero de 2005**, I.L. J 1697, pende del valor estatutario o extraestatutario del VI Convenio Colectivo de Repsol. En proceso especial de impugnación de convenio colectivo se resuelve sobre si la remuneración por horas extraordinarias puede ser o no inferior a la dispuesta en el artículo 35.1 del ET y si tal remuneración puede producir una infracción de dicho precepto legal. Señala la sentencia que “sabido es que del artículo 3 del ET se deriva una jerarquía normativa de aplicación de preceptos (algunos de Derecho necesario) bajo el principio favorable a la norma más beneficiosa. Ahora bien, ese principio aplicativo predicable en cómputo anual y globalmente sin que, por sistema, sea electivo el “espiguelo” normativo por vía de selección de cada precepto de cada norma, prescindiendo de su globalidad, propugnando la aplicación de cada precepto individualizado de cada cuerpo normativo. A su vez el ET, como ley que es, establece una regulación general o genérica, y el artículo 37.1 de la CE habilita por vía de negociación colectiva el establecimiento de normas específicas que se supeditan a la ley en la medida en que globalmente y en cómputo anual pudieran disminuir el contenido mínimo legal pero que se alzan con pleno valor normativo si en su conjunto (globalmente) y en cómputo anual fijan condiciones que resulten más beneficiosas de las legalmente establecidas, porque la comparación se ha de hacer entre ambas normas y no con todos y cada uno de los preceptos que las integran de forma separada o individualizada. Así la constitucional garantía de la autonomía negocial de los interlocutores sociales no incurre en infracción de legalidad si lo pactado en su globalidad resulta ser más favorable que lo legislado en algún aspecto concreto del contenido de la relación laboral porque éste, en su conjunto, es más beneficioso, aunque en un puntual aspecto pudiera serlo menos”.

Aplicando lo anterior al supuesto de horas extraordinarias señala la sentencia que es jurisprudencia asentada y firme la que predica lo antes razonado en referencia al abono de horas extraordinarias fijado por valor predeterminado por convenio colectivo válidamente generado conforme a las normas propias de la autonomía negocial del artículo 37.1 de la CE. Basta al efecto citar la STS de 17 de mayo de 1995 que asienta la doctrina de la legalidad de las cláusulas convencionales que fijan el valor de horas extras en cuantía inferior a la que resultaría de una interpretación literal y estricta del artículo 35.1 ET mientras que predica su ilegalidad si son fijadas por pactos extraestatutarios.

En suma, y como ya se señaló inicialmente, la cuestión litigiosa pende del valor estatutario o extraordinario del VI Convenio Colectivo de “Repsol Petróleo, SA” y, habiendo éste cumplimentado las prescripciones legales precisas para dotar de plena eficacia normativa a su contenido, según los preceptos aplicables al efecto, es claro que tiene eficacia estatutaria

I. Fuentes del Derecho

y, por ello, ha de estarse a la asentada doctrina jurisprudencial mencionada en el anterior motivo de análisis jurídico. Por todo lo anterior, la sentencia desestima la demanda.

De nuevo se plantea en la **SAN de 9 de marzo de 2005**, I.L. J 1719, la concurrencia conflictiva entre un convenio colectivo estatutario y otro extraestatutario. En dicha sentencia se menciona la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional sobre la validez y eficacia de los pactos extraestatutarios, al reconocer que el carácter estatutario o no del convenio es simple consecuencia de que se cumplan o no los requisitos de mayoría representativa que el Estatuto de los Trabajadores exige para la regulación del convenio colectivo, al que se otorga en ese caso un plus de eficacia por el carácter *erga omnes* del llamado convenio colectivo estatutario.

La posibilidad legal de los convenios extraestatutarios viene reconocida en el artículo 150.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, cuando se refiere al convenio “cualquiera que sea su eficacia”, siendo unánime la doctrina que señala la eficacia de estos pactos entre las partes que lo concertaron, y quienes están directamente representados por la negociación (afiliados al sindicato o asociación patronal).

En el caso que se enjuicia se pretende por la parte actora la nulidad, total o parcial, de un convenio colectivo extraestatutario por entender que conculca la legalidad vigente al ser utilizado para fijar condiciones de trabajo con proyección de generalidad, cuando esta cualidad sólo es propia de los convenios estatutarios, lesionándose así el derecho de libertad sindical y negociación colectiva, así como también por haber sido suscrito por un representante que carecía de facultad para ello.

La Sala argumenta que la prohibición de concurrencia del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores, sólo se refiere a los convenios colectivos de naturaleza estatutaria, sin que la misma pueda aplicarse a supuestos de convenios extraestatutarios, solución correcta si se acepta la tesis de que estos últimos carecen de eficacia normativa, de esta manera ya no es posible aplicar la regla del artículo 3.3 del Estatuto de los Trabajadores para resolver la relación entre ambos tipos de convenios, la relación no es entre normas sino entre una norma y un pacto colectivo singular que se rige por el artículo 3.1.c) del Estatuto de los Trabajadores. Además concluye que no ha habido lesión de preceptos de derecho necesario.

Por último, en lo que se refiere a la facultad del representante, a quien, la Sección Sindical, posteriormente negó el haberle autorizado para firmar el convenio, considera la Sala que no existe fraude sindical puesto que el artículo 10.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, sienta un principio de tratamiento indiscriminado de la actividad sindical y empresarial, equiparando a los delegados de personal y sindicales en cuanto a garantías, pudiendo ser revocados en su mandato solamente por decisión de los trabajadores que los hayan elegido, sin que su decisión pueda ser mediatizada por decisiones del sindicato.

En la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 12 de diciembre de 2005**, I.L. J 2284, y con ocasión de la reclamación de un trabajador que demandaba su derecho a mantener su jornada de 36 horas de trabajo semanal ante la absorción e integración de su empresa en

una UTE, se plantea el valor y la eficacia del Acuerdo del Comité con la empresa que sustituyó a unos acuerdos de finalización de la huelga. Asimismo, reclama una indemnización por realización de exceso de horas. Señala la sentencia que los acuerdos entre el comité de huelga y la empresa gozan de la eficacia de los convenios colectivos por disponerlos así el artículo 8.2 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, de relaciones de trabajo. Señala la resolución de la Sala de lo Social que parece pacífico que estos pactos deben incluirse dentro de la esfera de la tutela de la negociación colectiva y tienen un significado obligatorio como convenio extraestatutario, por lo que debe ser aplicado en sus propios términos. En consecuencia, la Sala estima el recurso de la actora contra la sentencia del Juzgado de lo Social que había desestimado su demanda, reconociendo su derecho al mantenimiento de su jornada de 36 horas.

C) Interpretación del convenio colectivo

Sobre los criterios de interpretación de los convenios colectivos se pronuncia la **STS de 19 de septiembre de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 1793, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina. La cuestión que se debate en el pleito consiste en determinar si la norma del artículo 49 del Convenio Colectivo de la sociedad estatal demandada “Correos y Telégrafos” que concede al trabajador la opción entre readmisión e indemnización en caso de despido improcedente es aplicable a los ceses producidos como consecuencia de la denuncia de la terminación de la vigencia de los contratos temporales. La sentencia recurrida dio respuesta afirmativa, considerando que, al no haberse aceptado la licitud de la cláusula de temporalidad pactada, la conversión de la entidad demandada en una sociedad anónima estatal, perdiendo su naturaleza de Administración Pública, determina que el trabajador tenga la condición de fijo y que, por tanto, pueda beneficiarse de la opción. Por el contrario, la sentencia de contraste, que es la de la misma Sala de 15 de enero de 2003, llega a la conclusión contraria, argumentando que el tenor literal de la norma excluye del beneficio de la opción a los trabajadores con contrato temporal y que la conversión de la entidad demandada en una sociedad anónima estatal no altera esta conclusión. Existe, por tanto, la contradicción que se alega y ha de examinarse la infracción legal denunciada.

La Sala del Tribunal Supremo ya había resuelto la cuestión controvertida, entre otras, en Sentencia de 15 de junio de 2004. En ella se establece que los términos literales del artículo 49 de la norma convencional se deduce inequívocamente que la regla prevista en este precepto no puede alcanzar a los empleados contratados como eventuales o interinos cuya relación se convierte en indefinida por fraude de ley, pues ha de tenerse en cuenta que el precepto citado se refiere exclusivamente a los trabajadores contratados como fijos. En este sentido se precisa que aunque es cierto que la doctrina inicial de la Sala Cuarta tuvo en cuenta, como argumento complementario, que “Correos” era una Administración Pública con la que no podían concertarse relaciones laborales de fijeza sin cumplir los principios de igualdad, mérito y capacidad, este argumento no era decisivo en orden al criterio interpretativo, por lo que la misma conclusión ha de mantenerse tras la conversión de la entidad demandada en una sociedad anónima estatal. La aplicación de

esta doctrina lleva a la estimación del recurso y concede la opción debatida a la empresa demandada.

D) Irretroactividad

La retroactividad que la voluntad de los negociadores pueden establecer en la determinación de los efectos del convenio colectivo se manifiesta con toda claridad en la **STS de 19 de noviembre de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 1686, dictada en recurso de casación para la unificación de la doctrina. La cuestión planteada versa sobre el derecho al premio de antigüedad de una profesora de congregación religiosa cuya demanda fue estimada, condenando a la Congregación y absolviendo a la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía. La cuestión jurídica consistía en determinar si era o no aplicable el convenio estatal de enseñanza a una profesora que ya no estaba en activo al momento de la publicación de la norma paccionada y si la respuesta fuese afirmativa cuál de las dos demandadas, o ambas, era responsable del pago. La congregación recurrente selecciona para el contraste una sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que contrariamente a la recurrida denegó el derecho al premio solicitado. La Sala del Tribunal Supremo desestima el recurso de casación para la unificación de la doctrina, señalando que la voluntad de los negociadores fue que el aspecto económico del pacto se extendiera a una fecha en que la demandante, que ya había cesado en el momento de reclamar su derecho, se encontraba prestando servicios para la empresa demandada y cumplía los requisitos de antigüedad exigidos por la norma convencional. Se argumenta por la Sala que el derecho a la negociación colectiva se refleja en la libertad de pactos que el artículo 86 del ET atribuye a las partes negociadoras, admitiendo la posibilidad de establecer la duración de los convenios, duración que no tiene que ser necesariamente uniforme para todo su clausulado, sino que el propio precepto de la ley establece que los negociadores pueden pactar distintos períodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias dentro del mismo convenio.

E) Concurrencia

La concurrencia de convenios colectivos en infracción del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores en relación con lo dispuesto en el artículo 83.2 de la misma norma, se aborda en la **STS de 7 de noviembre de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 2125. La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional desestimó la demanda formulada por la Asociación del sector contra la Confederación de Empresarios de la Madera, UGT y Comisiones Obreras, por entender, en esencia, que el Convenio Colectivo Estatal de la Madera no era concurrente con el Convenio Colectivo de Trabajo del Sector de Cestería, Artículos de Mimbre, Junco y Afines de la provincia de Valencia y por ello el Convenio Estatal no infringía lo prevenido en el artículo 84 del ET. Frente a dicha sentencia interpuso la citada asociación recurso de casación y el Tribunal Supremo en la sentencia analiza la censura sobre el contenido de los dos convenios concurrentes.

En primer lugar, señala la sentencia que el convenio estatal fue firmado entre las partes negociadoras al amparo del artículo 83.2 ET, si bien el artículo 84 establece que los sindicatos y asociaciones empresariales legitimados podrán en un ámbito determinado supe-

rior a la empresa negociar convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito superior siempre que dicha decisión esté respaldada por las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora. No obstante, esa posibilidad de negociación no es absoluta, pues el precitado precepto restringe esas facultades en relación con unas determinadas materias. La Sala del Tribunal Supremo ya se había pronunciado en dos Sentencias de 22 de septiembre de 1998 y 21 de enero de 2004 sobre el convenio colectivo de referencia y su presunta concurrencia.

En la segunda de las sentencias entendió que eran nulos determinados preceptos del Convenio Estatal de la Madera por afectar a otros convenios que cumplían los requisitos del artículo 84 del ET. El razonamiento esencial de dicha decisión se resume en que el párrafo segundo del meritado precepto estatutario concede una preferencia aplicativa al convenio inferior posterior, siempre que sea de ámbito superior a la empresa en cuanto a las materias que no sean indisponibles. Aplicando la referida doctrina, la Sala en la sentencia comentada afirma la licitud de los preceptos del convenio estatal de la madera impugnado, pues el mismo puede convivir y concurrir con los de ámbito inferior, siempre y cuando el primero no invada el ámbito de los inferiores y éstos no entren a regular materias excluidas en el último párrafo del artículo 84.

Desde esa perspectiva, en el presente supuesto no se produce el hecho básico que determinaría una posible aplicación conflictiva del convenio impugnado, puesto que la parte demandante y ahora recurrente no tacha al convenio estatal de otra ilicitud que no sea la antes analizada y de la que no se desprende concurrencia alguna, desde el momento en que no existe un Convenio Provincial de Cestería, Artículos de Mimbre y Afines que deba sentirse invadido por una regulación estatal no respetuosa con el repetido artículo 84, que ya se ha dicho es una norma de derecho necesario. Por eso, la Sala no entra a analizar el alcance, incidencia o ilicitud de los preceptos del convenio estatal impugnados, preceptos que, en principio, establecen una distribución de materias en los diferentes ámbitos de negociación que en los aspectos que pudiesen ser polémicos parecen vincular u obligar únicamente a las partes firmantes del convenio. En conclusión, la Sala desestima el recurso.

En procedimiento resuelto por la **STS de 21 de diciembre de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 2176, la Federación Estatal de Comercio de Comisiones Obreras impugna por considerarlo nulo el convenio suscrito entre la empresa y otra organización sindical (FETICO) que lo suscribió en representación de la mayoría de los Comités de Empresa y Delegados de Personal de la misma. La causa de dicha impugnación se concretaba en el hecho de que a juicio de la demandante, en el momento de ser suscrito el mismo, se aplicaban en la empresa diversos convenios colectivos, según la provincia en la que estuviera radicado el centro de trabajo de forma que se aplicaban los diversos convenios provinciales existentes. La parte actora reclamó en su demanda la nulidad total del indicado convenio por entender que incurría en concurrencia prohibida con los demás convenios que se aplicaban por la empresa en el momento de su publicación. La sentencia de instancia dictada por la Audiencia Nacional desestimó la demanda al entender que no se había incurrido en la

I. Fuentes del Derecho

concurrency prohibida que se denunciaba. Contra dicha sentencia se interpone por la Federación demandante recurso de casación que articula en diversos motivos.

En lo esencial, lo que se discute es si puede ser reputado nulo un convenio de empresa sobre la apreciación de que el mismo contraviene lo dispuesto en los distintos convenios colectivos provinciales vigentes en el momento de su nacimiento por considerar que con ello se infringe el contenido del artículo 84 del ET, cuando dispone que “un convenio colectivo, durante su vigencia, no puede ser afectado por lo dispuesto en convenios colectivos de ámbito distinto”. La Sala, recordando reiterada doctrina propia entiende que lo que en dicho precepto se establece no es una previsión de nulidad del convenio que nace a la luz cuando se hallan vigentes otros convenios sino que, partiendo de su validez inicial, lo que realmente dispone el legislador es que no podrá ser aplicado en aquellos ámbitos en los que ya se estuviera aplicando otro que se halle en vigor en ese momento, es lo que se conoce como ineficacia aplicativa frente a la nulidad. En tales casos, según dicha interpretación, contenida en múltiples sentencias de la Sala, los dos convenios permanecen vigentes y válidos pero sólo es aplicable el anterior en su ámbito propio en tanto dure su vigencia para pasar a ocupar su lugar el nuevo cuando aquél pierda la vigencia pactada. En definitiva, la sentencia del Tribunal Supremo confirma la recurrida, al entender que el convenio colectivo denunciado no es nulo aun cuando esté en contradicción con lo previsto en los convenios anteriores, sin perjuicio de los problemas de aplicación en el tiempo de uno y otros.

6. CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

Son constantes y numerosos los pronunciamientos judiciales afectantes al principio de condición más beneficiosa. Este principio de aplicación se traduce en el respeto a las condiciones individualmente reconocidas a los trabajadores frente a la aplicación de la norma legal o convencional de referencia. Este principio se aborda en la **SAN de 14 de febrero de 2005**, I.L. J 1708, que desestima, en la modalidad procesal de conflicto colectivo la equiparación económica del trabajo en día “operacional” al domingo o festivo trabajado. Frente a la pretensión de los trabajadores de que se concediera a los días operacionales el mismo tratamiento jurídico y económico que los sábados, domingos y festivos, en caso de trabajar en ellos, no admite el juego del principio de condición más beneficiosa por el simple hecho de que la empresa aceptara, con carácter excepcional y a instancias de los trabajadores, remunerar económicamente un día operacional, no siendo la regla que deba ser así con todos los días operacionales cuya retribución, en la práctica no se equipara a los domingos y festivos trabajados. Al ser algo ocasional, esporádico, único por el momento, no puede tener otra calificación que la de liberalidad por parte de la empresa y carece por tanto de los presupuestos necesarios para convertirse en condición más beneficiosa. Entiende la Sala que se trata de un acto sin propósito de continuidad como lo demuestra también el hecho de que el convenio de aplicación establece que los días operacionales deben fijarse en temporada baja de producción, y el 29 de agosto lo era de temporada alta. Al ser pactado expresamente por la empresa y la mesa sindical que los días operacionales quedaban fuera de las modalidades de compensación, estos días no pueden equipararse a los domingos y festivos, concluyendo la Sala que cualquier intento de efectuar equiparaciones, analogías y extensiones de lo que dispone el convenio produciría finalmente una metástasis mortal.

7. ABSORCIÓN Y COMPENSACIÓN

Establece el artículo 26.5 del ET que operará la compensación y absorción cuando los salarios realmente abonados, en su conjunto y cómputo anual, sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia. La **STSJ de Asturias de 1 de abril de 2005**, I.L. J 1739, resuelve la pretensión de una trabajadora que reclama, entre otros conceptos salariales, las diferencias correspondientes al salario base y la parte proporcional de las pagas extraordinarias. En el pleito de instancia la trabajadora ve estimada parcialmente su demanda y formula recurso de suplicación en reclamación de las diferencias señaladas. Razona la sentencia que el sistema retributivo aplicado por la empresa aunque no se ajusta al establecido en el convenio colectivo del sector supone, en el monto total de las percepciones homogéneas, mayor cantidad que la resultante de la aplicación estricta del convenio. Convivían así las retribuciones de dos fuentes distintas pero homogéneas, siendo el total percibido superior al salario convenio, lo que hace operativa la compensación y absorción, que ya había aplicado la sentencia del Juzgado de lo Social, prevista en el artículo 26.5 del ET, precepto que establece la operatividad de la compensación y absorción cuando los salarios realmente percibidos en su conjunto y cómputo anual sean más favorables que los citados en el orden normativo o convencional de referencia. Esta compensación, razona la sentencia, puede ser aplicada incluso de oficio por el Juzgador sin ser necesaria alegación expresa de parte sino tácita por invocación de hechos de los que resulta. En el caso de autos, el derecho de la demandante a percibir la retribución no resulta obstaculizado o impedido por haber hecho uso de la técnica de la compensación y absorción la juzgadora de instancia, pues ésta no es sino un mecanismo para su consecución. En consecuencia, la Sala desestima el recurso interpuesto por la trabajadora.

En esta materia de complementos retributivos no compensables ni absorbibles incide la **STS de 10 de octubre de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 1822. Por una sección sindical del Grupo Endesa se interpuso inicialmente demanda de conflicto colectivo ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional contra todas las empresas del mencionado Grupo a fin de que se les abonase a los trabajadores la promoción económica prevista en el convenio colectivo aplicable, con abono de los derechos económicos establecidos en dicha norma convencional y de modo que las diferencias económicas que resultasen por su integración en un grupo profesional superior le sean respetadas sin que sobre ellas incida compensación o absorción de ninguna clase. La Sala de instancia desestima la demanda, entendiendo que en el grupo profesional en que se integran los trabajadores produce un cambio del sistema retributivo, por lo que no ha de respetarse la denominada promoción económica prevista en el convenio de aplicación.

Sin embargo, el Tribunal Supremo estima la demanda al entender que la sentencia recurrida se desvía de su doctrina. Esta doctrina consiste, en lo sustancial, como puso de manifiesto la Sentencia de 10 de noviembre de 1998, que la figura de la compensación y absorción que se recoge en el artículo 26.5 del ET, tiene por objeto evitar la superposición de mejoras salariales que tengan su origen en diferentes fuentes reguladoras, de forma que el incremento de un concepto salarial contenido en una fuente normativa o conven-

cional quede neutralizado por cualquier otro incremento con origen o fuente distinta. Pero no procede cuando el incremento salarial depende de la aplicación de los propios mandatos del convenio colectivo o del contrato individual. Como ya señalaba la propia Sala, la absorción de salarios juega en principio cuando se establece un cuadro nuevo de retribuciones, en virtud de acto normativo o convencional, pues se necesita para la existencia de dos situaciones que permitan la comparación.

Reitera la Sala la consolidada doctrina respecto de los conceptos jurídicos de absorción y compensación en la **STS de 18 de julio de 2005**, I.L. J 2241, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina. Aunque la sentencia desestima el recurso por falta de contradicción, recuerda la doctrina existente al respecto, destacando, por un lado, que la compensación de salarios que tenga su origen en diversas fuentes normativas es siempre procedente, salvo que uno de los conceptos retributivos que intervienen en la operación sea inabsorbible por su propia naturaleza o por expresa disposición de la norma convencional o legal que lo regula. En segundo lugar, establece que para que la compensación y absorción operen es preciso que exista entre los conceptos retributivos una homogeneidad que lo permita. En el presente supuesto, la empresa demandada impugna en casación para unificación de la doctrina la sentencia confirmatoria de la instancia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana en cuanto declaró no compensable el plus de penosidad por ruido por el importe de los conceptos retributivos denominados “plus de actividad” e “incentivo productividad” debido a entender que falta la exigible homogeneidad entre aquel plus litigioso y estos conceptos salariales.

8. PRINCIPIO *IN DUBIO PRO OPERARIO*

El principio *pro operario* resulta esencialmente aplicable cuando existan dudas en la interpretación de la norma, no teniendo cabida cuando sean suficientes las pautas interpretativas legalmente configuradas. A tal respecto, la **SAN de 31 de enero de 2005**, I.L. J 1694, resuelve, en proceso de conflicto colectivo, la pretensión de la parte actora de efectuar una revisión salarial con reajuste de los salarios del año 2003 al IPC correspondiente al sector de servicios de transporte, conforme al artículo 18 del convenio de la empresa AVIS. La empresa demandada entiende que el IPC es un término genérico y, por lo tanto, debe tomarse como referencia el IPC general y no el aplicable al sector.

El núcleo del debate gira en torno a la interpretación del concepto IPC “real” que plasma el precitado artículo 18 del convenio empresarial. La Sala analiza la pretensión actora de la aplicación del IPC del sector concreto señalando que si bien es cierto que la norma convencional no impide dicha opción tampoco la ha elegido específicamente, por el contrario, ha plasmado un concepto genérico sin mayores pretensiones de manera que, para su determinación, deberá estarse al significado común o habitual (artículo 1282 Código Civil). La Sala desestima la demanda, además de por lo dicho anteriormente, en base a la inaplicación del principio *pro operario* al caso de autos, principio alegado por la parte actora. Tal inaplicación, señala la sentencia, resulta de que dicho principio sólo se aplica cuando existan dudas, indeterminaciones, imprecisiones o incertidumbres en la interpretación de la norma concretamente aplicable, no teniendo cabida en el supuesto

de hecho, pues ha resultado acreditada una interpretación pacífica durante las revisiones operadas previamente a la que es objeto de examen.

Aunque tangencialmente, la aplicación del principio *in dubio pro operario* se refleja en la **STSJ de Navarra de 27 de mayo de 2005**, I.L. J 1749. En concreto, la resolución de la controversia surgida en el litigio parte de determinar cuál sea el ámbito funcional de dos convenios, uno más favorable que el otro, reguladores, en un caso, del sector provincial de la industria de la madera y, en otro, del sector agropecuario de la Comunidad Foral de Navarra. El recurrente, sin éxito en la instancia, formula recurso reclamando cantidades correspondientes a las diferencias que resultan a su favor por aplicación del primero de los convenios citados. Se plantea, en definitiva, el problema de cómo distinguir las actividades forestales agrarias de las actividades forestales industriales, lo que ha de determinar la aplicación de uno u otro convenio. Y, para ello, será la actividad real de la empresa la que haya de valorarse. La Sala razona que en principio la actividad del demandante y de la empresa demandada (trabajos de limpieza de varios bosques) es una actividad predominantemente agraria, actividades que no pueden limitarse a agricultores y ganaderos sino a otras de carácter forestal. Como *obiter dicta*, la Sala entiende que no es de recibo aplicar al caso de autos el principio de *in dubio pro operario*, pues carece de relevancia para la valoración de circunstancias de hecho que son el presupuesto del ámbito de aplicación de uno u otro convenio.

9. PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS

El artículo 3.5 del ET establece la irrenunciabilidad por el trabajador de aquellos derechos laborales reconocidos por normas de Derecho necesario. Sobre la aplicación de este principio se pronuncia la **SAN de 18 de enero de 2005**, I.L. J 1700, que resuelve un conflicto colectivo centrado sobre la práctica empresarial de introducir la discutida cláusula de inexistencia de indemnización a la extinción de los contratos temporales suscritos en la empresa. En el caso de autos se plantea si a la vigencia de los contratos coincidentes con el curso escolar (profesores de Religión Católica en centros escolares del Ministerio de Educación y Cultura) y aunque sea el trabajador propuesto, y nombrado para impartir la enseñanza en el curso siguiente, debe ser acreedor a la indemnización por la extinción de su contrato. La Sala entiende que la litigiosa indemnización ha de abonarse a los trabajadores si se produce una finalización formal del contrato, pues tal indemnización prevista en el ET [artículo 49.1.c)] tiene como finalidad compensar al trabajador del perjuicio que le ocasiona la extinción. Añade la sentencia que: “siendo irrenunciables los derechos laborales reconocidos por normas de Derecho necesario (artículo 3.5 ET) la práctica empresarial generalizada de introducir una cláusula infractora de tal principio en la generalidad de los contratos que suscribe al efecto merece el reproche derivado del artículo que del propio ET defiende declarase que la misma provoca que tal práctica inadecuada derive en la sustitución de la cláusula nula por la que conforme al artículo 3.1 del ET necesariamente procede, esto es, el artículo 49.1.c) del propio Estatuto (...)”.

OLGA ESTRADA ALONSO

II. **TRABAJADOR****Sumario*:**

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

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

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica analiza las sentencias recogidas en los números 13-16 (2005) de *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1640 a 2329) en torno al concepto de trabajador.

1. PRESUPUESTOS CONFIGURADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

A) Presupuestos sustantivos

– STS de 19 de diciembre de 2005 (recurso de casación para la unificación de doctrina 5381/2004), I.L. J 2183

1. Son hechos probados que la empresa demandada se dedica a la actividad de la mensajería, reparto de envíos, documentos y mensajes, como concesionaria de la marca MRW; en ella, el actor ha venido prestando sus servicios con una categoría profesional de mensajero, chofer-repartidor, percibiendo por ello una retribución mensual variable en función del número de repartos realizados. En el desarrollo de la actividad, el actor utiliza un vehículo de su propiedad, con un peso inferior a dos toneladas, y corren de su cuenta los gastos de gasolina y otras reparaciones; además, está dado de alta en el IAE y en el RETA, y emite mensualmente a la empresa facturas de IVA. Sin embargo, el actor no asume el riesgo y ventura de las operaciones en las que intervenía y está sometido a un horario flexible pero regular; además, la marca MRW figura en el uniforme así como en el vehículo empleados.

2. Tras concluir que existe la identidad exigida por el artículo 217 LPL entre el pronunciamiento objeto de recurso y la sentencia de contraste aportada, y constatada la discrepancia de los fallos entre ambas, el Tribunal Supremo estima el recurso planteado al entender que la relación existente entre los demandantes y la empresa debe tipificarse como laboral. Y ello porque se prestan servicios retribuidos por cuenta ajena, dentro del ámbito de organización y dirección del empleador, tal y como se deduce de los siguientes hechos: el actor, al que se reconoce categoría de mensajero coger-repartidor, percibe una retribución bruta mensual variable en función de los repartos realizados; la empresa empleadora se dedica a la actividad de mensajería, reparto de envíos, documentos y mensajes; el anagrama de la empresa de la que la empleadora concreta es concesionaria figura en los uniformes y vehículos utilizados por los trabajadores demandantes en el desarrollo de su actividad; el horario, aunque flexible, es determinado por el empresario; los gastos de gasolina y otros son asumidos por la empresa pese a que los trabajadores emplean un vehículo propio.

3. Cabe compartir el razonamiento y el fallo de la sentencia. Cabe insistir, en cualquier caso, en dos aspectos. El primero de ellos tiene que ver con los presupuestos sustantivos de la relación laboral y, más en concreto, con las notas de dependencia y de ajenidad. En

verdad, pocas dudas puede haber en torno a la concurrencia de ambas a la vista de los hechos probados; la balanza de indicios se inclina claramente hacia la laboralidad por mucho que algunos aspectos formales parezcan presentar a los actores como trabajadores por cuenta propia. Por su parte, el segundo elemento sobre el que resulta oportuno reflexionar se vincula con los presupuestos adjetivos. En concreto, es conocida la exclusión del ámbito del Estatuto de los Trabajadores de los transportistas con vehículo propio, algo que se produce en todo caso cuando el vehículo manejado por el trabajador supera los 2.000 kilos de peso. Sucede, sin embargo, que en este caso el peso del vehículo es inferior por lo que la aplicación de esa exclusión constitutiva no es automática; más bien habrá que acudir a la ponderación de si concurren o no los rasgos configuradores de la relación laboral.

c) Actividad dependiente

– STJCE de 15 de diciembre de 2005 (Cuestión Prejudicial), I.L. J 1972

1. El TSJCE debe resolver una cuestión prejudicial planteada por un tribunal belga ante dos asuntos acumulados (C-151/04 y C-152/04) a dirimir en vía penal. La decisión exige valorar si los artículos 10, 39, 43 y 49 CE permiten que una norma de un Estado miembro imponga a sus residentes la obligación de matricular en dicho Estado un vehículo de empresa puesto a disposición por la sociedad para la que trabajan, en la que además ostentan el cargo de administrador o la condición de accionista, y cuyo domicilio social se encuentra en un segundo Estado miembro, en el que ya se ha procedido a realizar la matriculación del mismo vehículo.

2. En primer término, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se pronuncia sobre la condición de trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia de los dos sujetos a los que se imputa haber utilizado, en el ejercicio de su profesión, un vehículo matriculado en el extranjero, sin el certificado de IVA exigido por la normativa belga. La decisión conducirá a determinar si la norma aplicable es el artículo 39 o el artículo 43 CE, ambos referidos al principio de libre circulación de personas, otorgando el mismo tipo de protección a uno y otro colectivo. Conforme señala el Tribunal, el artículo 39 CE es aplicable a toda persona que realiza, durante un período de tiempo determinado, a favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones por las cuales percibe una remuneración. Lo determinante en la calificación de una prestación como trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia es la existencia de subordinación. No obstante, el Tribunal no entra a determinar si los dos casos sometidos a consulta reúnen el presupuesto de subordinación o no.

En segundo lugar, y entendiendo que la legislación belga admite la libre circulación de trabajadores por cuenta ajena en vehículos cedidos por sociedades residentes en otros Estados miembros, sin necesidad de matriculación en Bélgica, se pasa a examinar la existencia de límites a la libre circulación de los trabajadores por cuenta propia. Así, entiende que cualquier restricción en este sentido se opone a la libre circulación de los trabajadores por cuenta propia.

Finalmente, examina si las exigencias tributarias planteadas por la normativa belga suponen un obstáculo a la libre circulación de los trabajadores. Así, aun admitiendo la falta

de armonización de las normas de los Estados miembros en materia de tributación de vehículos, afirma que basta con que el vehículo en cuestión se matricule en el Estado miembro en el que va a permanecer de manera principal o permanente. Corresponderá al juez nacional determinar tal circunstancia. De acuerdo con estas circunstancias el Tribunal concluye que el artículo 43 CE no tolera que la normativa de un Estado miembro imponga a un trabajador por cuenta propia, residente en el mismo, la obligación de pagar el impuesto de matriculación de un vehículo cedido por la sociedad en la que trabaja, establecida en otro Estado miembro, cuando dicho vehículo no esté destinado a ser utilizado de manera principal y permanente en el Estado de residencia del trabajador.

3. El TJCE no ha estimado oportuno entrar a calificar como trabajo por cuenta ajena o trabajo por cuenta propia las relaciones mantenidas por los dos sujetos imputados en los asuntos acumulados, origen de la cuestión prejudicial. En el primero, el imputado trabaja como administrador de una sociedad establecida en Luxemburgo, de lo que se deriva, en principio, que su relación es la de un trabajador por cuenta propia al que se le aplicarían las reflexiones efectuadas por el Tribunal sobre el artículo 43 CE. En el segundo, el imputado trabaja como administrador y además es socio minoritario de una sociedad anónima con domicilio social en Luxemburgo, por lo que entiendo que también quedará al amparo del artículo 43 CE.

2. SUPUESTOS INCLUIDOS

C) Relaciones laborales de carácter especial

a) Alta dirección

– STSJ de Navarra de 31 de mayo de 2005 (recurso de suplicación 387/2004), I.L. J 1751

1. El actor prestó servicios laborales de régimen común a favor de la empresa XXX, desde 1988. Años más tarde empezó a realizar funciones de mayor relevancia hasta su nombramiento sucesivo como Director Financiero, Vicepresidente y Presidente del Consejo de Administración de la sociedad con “los poderes más amplios de gestión y administración existentes en la empresa”. En el año 2004 tuvo lugar una reunión entre el actor y el Jefe de personal en Europa de XXX, en la que se le entregó la carta de despido, imputándole irregularidades tributarias y de facturación. Habiendo demandado ante el Juzgado de lo Social, la sentencia de éste declaró el despido improcedente por la relación laboral común establecida entre las partes y, a la vez, la incompetencia jurisdiccional por la relación calificada como mercantil. Tanto la empresa como el actor recurren en suplicación, recursos ambos desestimados por la Sala.

2. Afirma la Sala que el tema de la incompetencia de la jurisdicción social es una cuestión de orden público procesal que debe ser resuelta por el órgano judicial con libertad, sin

II. Trabajador

sujetarse a los presupuestos y concretos motivos del recurso, sin someterse a los límites de la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia y con amplitud en el examen de toda la prueba practicada, para decidir, finalmente y con sujeción a derecho, sobre una cuestión cuya especial naturaleza la sustrae al poder dispositivo de las partes [SSTS de 23 de octubre de 1989, 5 de marzo, 6 de abril, 17 de mayo y 11 de junio de 1990, entre otras]. Y para resolver esta cuestión debe necesariamente considerarse como elemento básico esencial, que la calificación jurídica que merezca la relación mantenida entre las partes no viene condicionada por la denominación que se le atribuya o por la opinión que al respecto puedan manifestar los propios interesados, pues como establece la doctrina jurisprudencial, los contratos tienen la naturaleza jurídica que se deriva de su contenido obligacional, independientemente de la denominación que le otorguen los intervinientes [STS de 21 de junio de 1990)] debiendo estarse para determinar su auténtica naturaleza a la realidad de su contenido manifestado por los actos realizados en su ejecución, lo que debe prevalecer sobre el *nomen iuris* empleado por los contratantes (STS de 23 de octubre de 1989); siendo así 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 debe surgir del contenido real de los requisitos que legalmente delimitan el tipo contractual [SSTS de 13 de diciembre de 1985, 18 de abril y 21 de julio de 1988 y 5 de julio de 1990)]. Dicho lo anterior, el examen fundamentalmente de la prueba documental obrante en autos, confirma que desde el 18 de septiembre de 2002 el actor es Presidente del Consejo de Administración de Delphi Packard con los amplios poderes que se describen en el acta de nombramiento de Presidente del Consejo de Administración, siendo dicha relación en el mentado período de carácter mercantil o societaria pues en aplicación de la doctrina unificadora mantenida por el Tribunal Supremo en Sentencias entre otras muchas de 22 de diciembre de 1994 y de 29 de septiembre de 2003, lo determinante para incluir o excluir una relación del ámbito laboral no es el contenido de la actividad funcional del trabajador sino “la naturaleza del vínculo y de la posición de la persona que desarrolla esas funciones en la organización de la sociedad”, por lo que el ejercicio del cargo de Presidente del Consejo de Administración excluye la competencia del orden social de la jurisdicción. Por otra parte, y con respecto al período comprendido entre diciembre de 1988 y junio de 2001 se advierte una relación laboral común entre el actor y Delphi Packard España como director financiero del MC4 pues, en efecto “sólo en los casos de relaciones de trabajo en régimen de dependencia, no calificables de alta dirección, sino comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la sociedad y de una relación de carácter laboral”, ya que el MC4, que comprende España, Italia y Marruecos del que el demandante es director financiero constituye una organización funcional distinta de la de Presidente del Consejo de Administración de Delphi Packard España.

La pretensión de modificación de los hechos declarados probados, por parte de ambas partes, se entiende improsperable, porque, en el supuesto de autos, la juzgadora de instancia formó acertadamente su convicción de la globalidad de la prueba practicada en el acto del juicio oral, cuya valoración no fue arbitraria ni errónea, sino conforme a las reglas de la sana crítica, lo que determina la desestimación de las revisiones postuladas, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva no ampara la valoración de la prueba conforme a las pretensiones ejercitadas por la parte recurrente, sino el derecho de los litigantes a “una

valoración de la prueba que no sea manifiestamente irrazonable, totalmente infundada, absurda o notoriamente errónea [Autos del Tribunal Constitucional núm. 484/1984, de 26 de julio y 301/1996, de 25 de octubre, circunstancias que no se producen en el presente caso.

Aparte de lo anterior, la empresa demandada entiende que aun existiendo una relación laboral común entre el actor y la empresa al momento del despido, la violación de su deber de lealtad a la misma y el evidente abuso de confianza que supuso la manipulación y falsificación del documento obrante al folio 191 de los autos, debe motivar la procedencia del despido. Por su parte el demandante sostiene la nulidad de su despido y con carácter subsidiario la modificación de la indemnización que consta en el fallo judicial de instancia. Pues bien, la cuestión controvertida en la presente litis merece una respuesta unitaria: El número 1 del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores dispone que “el contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador” y el número 2 del mismo artículo tipifica lo que se considera incumplimientos contractuales incluyendo en el apartado d) “la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo”. “Como han señalado algunas Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia —sirva de ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Málaga, de 5 de julio de 1996: si se partiese de una concepción civilista del despido (como negocio resolutorio fundado en el incumplimiento previo, artículo 1124 del Código Civil) no hay duda de que todo genérico incumplimiento culpable y de suficiente gravedad podría dar lugar a la acción resolutoria del empresario, y pese a ser ésta la solución que se adopta en casi todos los ordenamientos jurídicos extranjeros de nuestro entorno, sin embargo en nuestra vigente legislación se ha optado, si bien de un modo titubeante, por la concepción del despido como una sanción, lo que lleva a relacionar las conductas del trabajador merecedoras del despido, a la luz de los principios de legalidad y tipicidad que caracterizan el derecho penal y el orden sancionador administrativo, al mismo tiempo que suponen una garantía para el trabajador, de tal modo que sólo puede llegarse a la máxima sanción que prevé el ordenamiento jurídico laboral, al despido, cuando el trabajador cometa un hecho o realice una conducta, acción u omisión, que esté tipificada como merecedora de tal sanción, y por lo tanto sólo puede ser despedido por las causas y en las condiciones establecidas en la Ley. Pero, además, las causas del despido disciplinario no operan automáticamente, sino que, como incumplimientos de lo que incumbe a uno de los obligados en un juego de obligaciones recíprocas (artículo 1124 del Código Civil), facultan al otro para resolver, proporcionando a su decisión un fundamento legítimo”. Asimismo, la Sala, siguiendo la teoría gradualista y de la proporcionalidad en la valoración y enjuiciamiento del despido disciplinario, establecida ya de antiguo por el Tribunal Supremo y el extinto Tribunal Central de Trabajo, ha venido sosteniendo que ninguna de las conductas relacionadas en el número 2 del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores opera automáticamente como causa de despido, sino que ha de ser analizada en su realidad, en el momento en que se ha producido y con los efectos que causa, de manera que debe estudiarse específicamente e individualizadamente el caso concreto que ha de ser objeto de resolución, sin desconocer el factor humano, de máxima trascendencia,

II. Trabajador

puesto que la sanción de despido, máxima que autoriza el ordenamiento jurídico laboral, y que determina la extinción de la relación laboral, exige un criterio restrictivo en materia interpretativa y una apreciación conjunta de todos y cada uno de los elementos subjetivos y objetivos concurrentes en cada caso. Por lo que se refiere a la transgresión de la buena fe contractual, resulta conveniente traer aquí a colación las siguientes consideraciones.

El principio de la buena fe, proclamado por el artículo 7, apartado 1º del Código Civil, supone un enlace entre la ética social vigente y el Derecho, y se basa en la consideración de que no es posible una convivencia pacífica y próspera de personas en una comunidad sin que la confianza no sea defraudada. En nuestro ordenamiento, la buena fe, además de quedar proclamada con la categoría de principio general, se refleja en el ejercicio de los derechos subjetivos y se concreta en algunos aspectos del tráfico jurídico, tales como el cumplimiento de las obligaciones conforme a la buena fe (artículo 1258 del Código Civil). “Como señalan las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 noviembre de 1986 y 11 de abril de 1989, la buena fe, como principio esencial de las relaciones jurídicas y arquetipo rector de los comportamientos contractuales, es exigible al empresario y al trabajador, teniendo uno y otro derecho a esperar de la contraparte una actuación leal, fiando y confiando en que su actuación será social y contractualmente correcta. La obligación de cumplimiento de buena fe aparece una y otra vez en el Estatuto de los Trabajadores en el artículo 5.a) como deber básico del trabajador; en el artículo 20.2 como exigencia impuesta al trabajador y al empresario y en el artículo 54.2.d) como constitutiva su transgresión de causa de despido, y es reconocida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo verbigracia en Sentencias de 29 de junio de 1987 y 18 de abril de 1988 y del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981 y 21 de enero de 1988”. Dicha jurisprudencia también viene señalando como requisitos de fraude, de la deslealtad y del abuso de confianza, al ser conceptos específicos de un género común, que hace referencia al deber del trabajador de guardar fidelidad a la empresa a que pertenece, y no quebrantar la confianza depositada por el empresario en el trabajador, los siguientes: a) que exista una relación laboral; b) que se violen los deberes de fidelidad que el trabajador ha de observar con respecto a su empleador, y c) que el trabajador actúe con conciencia de que su conducta vulnera su deber de fidelidad. Por otra parte, el Tribunal Supremo advirtió en Sentencia de 26 de mayo de 1986 que la transgresión de la buena fe y el abuso de confianza son faltas que se entienden cometidas aunque no se acredite la existencia de un lucro personal, ni haber causado daños a la empresa y con independencia de la mayor o menor cuantía de lo defraudado, pues basta para ello el quebrantamiento de los deberes de fidelidad y lealtad, que el incumplimiento grave y culpable de las obligaciones que tipifica el artículo 54.2. d) puede advenir no solamente por conductas intencionales o dolosas, sino por falta de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones del cargo. “La doctrina reiterada del Tribunal Supremo mediante numerosas Sentencias, interpretando el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores ha precisado que es necesario quede evidenciado que se trata de un incumplimiento grave y culpable, pues el despido por ser la sanción más grave en el 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 del más grave, como es el despido. Respecto al apartado d) en su núm. 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 como se ha dicho es consustancial al contrato de trabajo, en cuanto por su naturaleza sinalagmática genera derechos y deberes recíprocos: que el deber de mutua fidelidad entre empresarios y trabajadores es una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual, y que la deslealtad implica siempre una conducta totalmente contraria a la que habitualmente ha de observar el trabajador respecto de la empresa, como consecuencia del postulado de la fidelidad. En esta línea de análisis de las circunstancias concretas, la buena fe en su sentido objetivo constituye un modelo de tipicidad de conducta exigible, o mejor aún un principio general de derecho que impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos [artículos 7.1 y 1258 del Código Civil], con lo que el principio se convierte en un criterio de valoración de conductas al que ha de ajustarse el cumplimiento de las obligaciones, y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza. La Jurisprudencia viene insistiendo en que en las cuestiones instadas en el área disciplinaria o sancionadora de esta rama del Ordenamiento jurídico, han de ponderarse todos sus aspectos, objetivos y subjetivos, teniendo presente los antecedentes, de haberlos, y las circunstancias coetáneas para precisar si en la conducta imputada al trabajador, se dan, o no, la gravedad y culpabilidad que como requisitos de imprescindible concurrencia, impone el artículo 54, núm. 1, del Estatuto de los Trabajadores, dado que la máxima sanción que para el trabajador comporta el despido, sólo puede imponérsele si ha realizado el acto imputado con plena conciencia de que la conducta afecta al elemento espiritual del contrato. Debiendo por último indicarse que, en el enjuiciamiento de la sanción de despido, cuya excepcional gravedad es incuestionable, los más elementales principios de justicia exigen una perfecta proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, valorando las circunstancias concurrentes en una tarea individualizadora; siguiéndose por tanto la denominada teoría gradualista, según la cual la sanción de despido sólo en último extremo debe imponerse, dada su trascendencia, debiendo tratarse de infracciones graves y culpables. A mayor abundamiento es útil citar la doctrina del Tribunal Constitucional en su Sentencia de 29 de mayo de 1989 de que nuestro ordenamiento recoge un conjunto de reglas de interpretación de las normas jurídicas que propende a una aplicación más ajustada de las mismas a las circunstancias de cada caso, reglas que deben calificarse como jurídicas y no simples árbitros u ocurrencias hermenéuticas a disposición del intérprete y entre las que destaca la de equidad, cuya ponderación es siempre obligada, conforme a lo dispuesto en el artículo 3.2 del Código Civil, en la aplicación de toda norma; y ello por cuanto la ‘transgresión grave y culpable’ como causa bastante del despido según el artículo 54.1 del Estatuto de los Trabajadores, si bien, como es sabido, no exige la concurrencia de un dato específico, ni la constatación cuantitativa de un perjuicio económico, sí precisará, necesariamente de la realización de un juicio de valor que tienda a objetivar la entidad de la falta, y a su resultado aplicar las normas de equidad ya aludidas. En algunas ocasiones la norma establecerá criterios aún definidores de la naturaleza de la falta, que dejarán escaso margen al Juzgador para calificarla y en otros deberán acudir a reglas y criterios de proporcionalidad aun a los morales y socialmente imperantes”.

3. El mayor interés de la sentencia se sitúa en aspectos laterales al interés central de esta sección sobre el concepto de trabajador, como son, en primer lugar, las relativas a la valoración de la prueba por los órganos judiciales de instancia, en el orden social, y, en segundo término, las atinentes a la transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario.

Contrariamente, en los aspectos relacionados con el reconocimiento o denegación de la naturaleza laboral de las relaciones contractuales concertadas, la sentencia que se comenta no tiene particular relevancia y se inscribe en lo que podría denominarse la línea clásica de resolución de estos supuestos, tanto el referido a la relación laboral ordinaria, como el referido a la relación mercantil de gerencia de la sociedad.

h) Estibadores portuarios

– STS de 10 de octubre de 2005 (recurso 4996/2003), I.L. J 1907

1. El demandante prestó servicios como gruista para la Autoridad portuaria de El Ferrol desde 1961. En 1996 celebró contrato con una empresa privada, con la categoría de encargado de gruistas y manipulación de grúas, palas y otros elementos locomóviles, mantenimiento y reparación de los mismos. En el contrato consta que se suscribe como consecuencia de la subrogación por la empresa privada en los derechos y obligaciones de la Autoridad portuaria de El Ferrol, por pretender adquirir la empresa grúas que forman parte del patrimonio de dicha Autoridad portuaria. El trabajador fue dado de alta en el régimen especial del mar, que fue declarada indebida por resolución de 5 de julio de 1996. El Juzgado de lo Social estimó la demanda y declaró el derecho del actor a ser afiliado en el régimen especial de los trabajadores del mar.

2. Se debe aplicar al caso el artículo 2 Decreto 2864/1974, de 30 de agosto, porque se aprueba el Texto refundido del régimen especial de la seguridad social de los trabajadores del mar, en el que se dispone que quedarán comprendidos en dicho régimen especial, entre otros, los trabajadores por cuenta ajena, retribuidos a salario o a la parte, empleados en cualquiera de las entidades siguientes: 6^a: trabajo de estibadores portuarios. Puede designarse –relacionado con esta cuestión– lo dispuesto en el Acuerdo sectorial para la regulación de las relaciones laborales en el sector portuario de 1993, en el que se disponía (artículo dos) que la regulación de tal actividad que en dicho acuerdo se plasmaba, afectaba a la totalidad de los estibadores portuarios contratados por las sociedades estatales en régimen de relación laboral especial o por las empresas estibadores en régimen laboral común. Es decir, se estableció una regulación de dicha actividad laboral del trabajo portuario idéntica para todos los trabajos de una tal naturaleza, sin perjuicio de que la relación que uniera a cada trabajador con su empresa fuera distinta por imperio de la Ley, puesto que las empresas estatales de estiba y desestiba tenían un régimen laboral con sus trabajadores, distinto del común, según lo dispuesto en el RD-L 2/1986 de 26 de mayo y el RD 371/1987 de 13 de marzo, que modificó el anterior régimen regulador. En la resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y de Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 21 de marzo de 1996 se interpretó que el artículo 2 del Decreto

2864/1974 expresaba que los gruistas que hubieran prestado sus servicios anteriormente a las Autoridades portuarias y hubieran pasado a prestarlos con posterioridad a las Sociedades estatales de estiba y desestiba, deberían pasar a integrarse en el régimen especial del mar, no en el régimen general. A partir del hecho indubitado de que los actores prestan un trabajo de estiba y desestiba en la actividad portuaria, sometidos a una misma actividad laboral que quienes la realizan para una Sociedad estatal, y que el artículo 2 del RD 2864/1974 engloba dentro del régimen especial del mar el trabajo de los estibadores portuarios sin ninguna condición derivada de la naturaleza de la empresa para la que presten sus servicios, se ha de adoptar la solución en el sentido de entender que es ese régimen especial de la seguridad social de trabajadores del mar, donde debe ser encuadrado el actor.

3. El modelo un tanto arcaico diseñado en el RD-L 2/1986 de 26 de mayo, plantea éste y otros problemas de adaptación a la movilidad fáctica y jurídica de los estibadores portuarios, de manera que puede irse pensando en un texto unificado que, tomando en cuenta algunos de los desarrollos posteriores, ofrezca una salida estructurada y unitaria a la diversa problemática que se plantea en el sector, no sólo respecto a la calificación del régimen general o especial en que se han de integrar los diversos partícipes en las tareas de estiba y desestiba, sino también de los demás colaboradores, en sus tres relaciones con la Autoridad portuaria, las Sociedades estatales y las sociedades privadas. La solución dada en la sentencia parece la más correcta pero reclama a voces un régimen unitario, diversificador, según criterios de racionalidad, de las situaciones distintas, pero unificador de tantos supuestos separados sin ninguna necesidad. Hace falta, pues, una habilitación para que se elabore un texto refundido, donde la aplicación de una resolución administrativa no venga a sorprender como dirimente entre normas distintas

D) Otros

— STS de 22 de noviembre de 2005 (recurso de casación para la unificación de doctrina 4752/2004), I.L. J 2071

1. El actor, becario en un Centro de la Universidad Pablo Olavide de Sevilla, viene desempeñando con carácter exclusivo un trabajo para dicho Centro que consiste en labores auxiliares que no precisan de una cualificación especial. Estas labores son realizadas normalmente por los conserjes, sin que las mismas impliquen ningún beneficio formativo para el becario. Realiza una jornada de 35 horas semanales, en idéntico horario que el de sus compañeros de departamento y se halla sometido a un régimen de dirección y organización en el trabajo idéntico al del personal laboral que efectúa funciones análogas. El actor reclama una cantidad económica derivada de la diferencia entre lo percibido y la retribución que reciben sus compañeros —técnicos auxiliares de medios audiovisuales—, por un importe total aproximado de unos diez mil euros.

2. El Juzgado de lo Social desestima en instancia la excepción de incompetencia de jurisdicción, declara probado que el demandante ha realizado labores propias de la ca-

tegoría reclamada, estimando la pretensión en la parte no prescrita y condenando a la Universidad. Esta sentencia será confirmada íntegramente por el TSJ de Andalucía en fase de recurso. Presentado y admitido con posterioridad el recurso de casación para la unificación de doctrina por el TS, este último ratifica las decisiones anteriores. Considera, entre otros argumentos, que la esencia de la beca de formación es conceder una ayuda económica de cualquier tipo al becario para hacer posible una formación adecuada al título que pretende o que ya ostenta, bien en centro de trabajo de la entidad que concede la beca, bien en centro de estudios ajeno al concedente. Pero “el importe de la beca no constituye una retribución de servicios”. Por el contrario, la relación laboral común no contempla ese aspecto formativo y retribuye los servicios prestados con independencia de que la realización de los trabajos encomendados puedan tener un efecto de formación por la experiencia. De ahí que “las labores encomendadas al becario deben estar en consonancia con la finalidad de la beca y, si no es así, y las tareas que se le ordena realizar integran los cometidos propios de una categoría profesional, la relación entre las partes será laboral (...) Disfrazar una relación laboral con el ropaje de una beca constituye una actuación en fraude de ley que lleva como consecuencia la nulidad del acto constitutivo del fraude y la producción de los efectos del acto que se trata de encubrir”. Para valorar si en el supuesto de hecho que se juzga existe o no dicha relación laboral, el Tribunal estima que “es trascendente el que la labor encomendada al demandante careciera de todo efecto formativo e integrara, como ya hemos expuesto, el contenido propio de una categoría profesional prevista en el Convenio Colectivo de aplicación, que le atribuye una retribución notoriamente superior al importe de la llamada beca”. Por el contrario, “es irrelevante el que el demandante no ejercitara acción por despido cuando fue cesado y volviera a intentar conseguir otra beca, pues la necesidad obliga, en no pocas ocasiones, a aceptar imposiciones abusivas”. De ahí que el Tribunal estime que la “relación entre el actor y la Universidad es constitutiva de un contrato de trabajo, en el que la beca era un mero encubrimiento de una baja retribución”.

3. La condición de becario supone un puente entre el fin del período educativo o de formación y el mercado de trabajo. Como toda situación transitoria, no siempre sus trazos están definidos. De hecho, suele confundirse en la práctica con los contratos formativos que tienen como principal función facilitar la práctica profesional complementaria a la formación o permitir la adquisición de esta última a través del trabajo. La diferencia reside básicamente en que así como estos últimos requieren para su desarrollo la presencia de los elementos constitutivos de la relación laboral –esto es, voluntariedad, retribución, dependencia y ajenidad– en aquella otra situación no se precisan. La “beca” constituye una ayuda o gratificación destinada a facilitar la continuidad o la ampliación en los estudios cursados sin que se exija a cambio, en principio, prestación de servicios alguna. Eso no significa que el becario no tenga que colaborar o llevar a cabo ciertas contraprestaciones, todas ellas ajenas a la actividad productiva. En caso de que predomine el aspecto productivo sobre el formativo, obteniendo la entidad o persona que concede la beca un provecho directo de la actividad del becario, predomina el componente laboral y la relación podría ser considerada, de probarse, como fraudulenta. Pero no es frecuente que los tribunales del orden social así lo declaren. En un alarde de comprensión de las dificultades de inserción laboral tanto para los jóvenes como para los empleadores que les contratan, los tribunales tienden a considerar que prima la inexperiencia del estudiante

y su afán de colaborar para formarse sobre cualquier otro aspecto, entendiéndose además que lo que reciben en contraprestación no puede ser considerado como salario —pues no se corresponde con el precio del servicio en el mercado— sino como una mera ayuda por desplazamiento o por los gastos que le genera al estudiante dicha colaboración. Mas el pronunciamiento que se comenta constituye una clara excepción en esta tendencia. Bien es cierto que todos los tribunales que han intervenido en el proceso han coincidido en dos aspectos: uno, en la competencia del orden social, y dos, en la calificación de la relación como laboral. En relación al primero ha primado la relación de servicios prestada por el becario hacia la Universidad. En cuanto al segundo se ha valorado la ausencia de elementos formativos en dicha relación. Pero es el Tribunal Supremo el que, más allá de la mera apariencia formal y nominativa, entra a valorar con este pronunciamiento si el contenido propio de la prestación de servicios y las funciones realizadas por el becario son similares o idénticas a las efectuadas por otro trabajador en alguna de las categorías profesionales incluidas en el Convenio Colectivo aplicable al personal laboral de la Universidad. Comprobada la coincidencia o identidad, se impone la calificación como laboral de la relación entre el becario y la Universidad de referencia. Y por eso la decisión del Tribunal Supremo no merece más que ser aplaudida.

3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

A) Relaciones funcionariales y estatutarias

— STS de 16 de diciembre de 2005 (recurso 39/2004), I.L. J 2088

1. El origen del procedimiento de la sentencia que se comenta se encuentra en un procedimiento de conflicto colectivo de un sindicato en materia de aplicación de un complemento específico en materia de personal estatutario, planteado en recurso de casación común. La Sala acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal sobre posible falta de competencia jurisdiccional para conocer de la materia. La cuestión planteada era si, tras la entrada en vigor de la Ley 55/2003, que ha regulado el Estatuto Marco del Personal Estatutario, seguía siendo competente el orden jurisdiccional social. Este personal, hasta dicho momento, era considerado como un “tercer género” entre el personal laboral y el personal funcionarial, tratándose de personal sometido al régimen administrativo pero que, por pertenecer históricamente a la Seguridad Social, había sido considerado en lo sustancial, dentro del ámbito de conocimiento del orden jurisdiccional social. La sentencia, como se verá, declara finalmente la incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer de los conflictos relacionados con dicho personal a partir de la entrada en vigor de la Ley 55/2003, a saber, a partir de 18 de diciembre de 2003.

2. La sentencia sostiene que, a partir de la entrada en vigor del Estatuto Marco del personal sanitario de los servicios de salud, aprobado por la Ley 55/2003, corresponde a los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo la competencia para

II. Trabajador

conocer de los litigios de este personal con su empleadora. Dicha decisión afecta a la totalidad del personal estatutario, ya preste sus servicios en los centros e instituciones sanitarias de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas o en los centros y servicios sanitarios de la Administración General del Estado (artículo 2 de la Ley 55/2003). La decisión de la Sala es consecuencia directa del Auto de la Sala de Conflictos 8/2005, de 20 de junio, dictado en el conflicto de competencia número 48/2004. En el mismo ya se había precisado que la entrada en vigor del nuevo Estatuto Marco no había incluido una referencia expresa a que los conflictos entre la Administración y dicho personal habían de ventilarse en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Ahora bien, tras su entrada en vigor, debía considerarse que la disposición derogatoria de la citada Ley procedía a derogar, aun sin señalarse expresamente, el artículo 45.2 de la Ley de Seguridad Social de 1974, que era el precepto que atribuía la competencia al orden jurisdiccional social. Las razones que permitieron apreciar dicha derogación fueron esencialmente dos: 1) la nítida concepción por parte del Estatuto Marco del personal sanitario como personal funcional, sometido por tanto al ámbito del Derecho Administrativo, y 2) el hecho de que dicho personal haya pasado, como consecuencia de la evolución constitucional y legislativa producida, de personal de las entidades gestoras de la Seguridad Social a personal al servicio de la Administración sanitaria. Dicho fallo ha sido seguido por otros en el mismo sentido, en concreto, SSTs de 16 de diciembre de 2005, recurso 199/2004, 21 de diciembre de 2005, recursos 4758/2004 y 164/2005, algunos de los cuales han sido dictados en unificación de doctrina. Las cuatro sentencias dictadas lo han sido en Sala General.

3. Tras una pérdida parcial y progresiva de competencia sobre este personal, finalmente, el orden jurisdiccional social se ha declarado incompetente para conocer sobre todos los conflictos relacionados con este personal, en una decisión que era esperada tras dictarse el Auto de la Sala de Conflictos más arriba reseñado. La decisión se basa en el carácter netamente funcional de dicho personal. Finaliza así, al menos de momento, un privilegio en el ámbito de la Función Pública que carecía de lógica desde un planteamiento más general. Podrá decirse que el orden jurisdiccional social sigue conociendo de cuestiones relativas al personal laboral en la Función Pública, y que ello genera un doble rasero en el ámbito de la gestión del personal en la Función Pública. Ahora bien, este límite viene justificado incluso constitucionalmente, en la medida en que se separa con claridad el Estatuto de los Trabajadores y el Estatuto de los funcionarios públicos, norma esta última que no acaba de llegar. Lo que no tenía sentido era un distinto tratamiento para el personal sometido al Derecho Administrativo, que sólo se justificaba por razones históricas. La “pérdida” del orden jurisdiccional social no ha sido vista con buenos ojos en el ámbito del personal estatutario, en la medida en que dicho orden garantizaba un amplio acceso por vía de recurso a varias instancias judiciales (incluida la casación, ya sea ordinaria o en unificación de doctrina, posibilidad incrementada aún más como consecuencia de la admisión de los recursos en función de la afectación general notoria). Además, garantizaba una especial sensibilidad hacia los problemas de personal del orden jurisdiccional social que tiene más de mito que de realidad. La sentencia comentada pone asimismo fin a unos años de incertidumbre sobre el orden jurisdiccional competente en la materia.

4. ZONAS GRISES

B) Personal contratado en Administraciones Públicas

– STS de 27 de julio de 2005 (recurso 41/2004), I.L. J 1786

1. La demandante suscribió sucesivos contratos anuales con el Ministerio de Defensa, cuyo objeto era impartir clases de inglés en la Escuela de la Armada, para los cursos de acceso a distintas escalas, realizando una jornada de lunes a viernes de 9 a 13 horas y sometida al programa de estudios de dicha Escuela. La dirección de ésta comunicó verbalmente a la actora su cese por terminación del contrato administrativo.

2. La actividad de la demandante, consistente en impartir clases de inglés en jornada de lunes a viernes, de nueve a trece horas, sometida al programa de estudios de la Escuela constituye una forma de actividad prolongada, sistemática, no identificada con la obtención de un producto o resultado, que son los supuestos en los que cabría incluir la actividad en un dictamen, auditoría, balance, o cualquier otra figura análoga.

En la Ley 53/1999 se incluyó dentro de los contratos de “consultoría y asistencia” (artículo 196.2) aquellos contratos con profesionales en función de su titulación académica y los contratos para el desarrollo de actividades de formación del personal de las administraciones públicas, con previsión específica de un régimen de contratación propio, al que no le serán de aplicación las disposiciones de dicha Ley cuando tengan por objeto la prestación de actividades docentes en centros del sector público desarrolladas en forma de cursos de formación o perfeccionamiento del personal al servicio de la administración, o cuando se trate de seminarios, coloquios, mesas redondas, colaboraciones cualquier otro tipo similar, siempre que dichas actividades sean realizadas por personas físicas (artículo 200).

Aunque de la literalidad de estas disposiciones se pudiera entender que, cuando existe una actividad de enseñanza, la pertinente es la contratación administrativa, tal conclusión no es acertada porque se debería tratar de contratos de consultoría y asistencia, en colaboración con la administración y siempre con empresas adjudicatarias, lo que viene a eliminar la posibilidad de contratar personas para llevar a cabo trabajos continuados en régimen de dependencia, la adaptación a una organización, la reiteración en la prestación de los servicios, la sumisión a un horario y la percepción de la retribución fijada por el contratante, ya que éstas no son condiciones propias de un contrato de consultoría o asistencia. Desde la Ley 30/1984, de 2 de agosto, ha quedado prohibida la posibilidad de que las administraciones públicas puedan celebrar contratos de colaboración temporal en régimen de derecho administrativo, excepto para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales. Es decir, no se puede contratar desde 1984 bajo un régimen administrativo a personas que realicen actividades sometidas a un régimen de dependencia.

La administración puede contratar con empresas o con profesionales independientes la realización de trabajos o cursos para la formación de su personal y para participar en se-

II. Trabajador

minarios, coloquios, mesas redondas, conferencias, colaboraciones, o cualquier otro tipo similar de actividad, con tal de que se trate de profesionales con autonomía suficiente, de modo que se estime que lo hacen bajo su propia independencia, y en atención al resultado de su actividad más que la propia actividad desarrollada. Con esto se descarta la posibilidad de incluir a los trabajadores a los que se refiere el artículo 1 ET.

Por ello, la posible contratación en vía administrativa no se corresponde con la demandante, porque estuvo prestando servicios continuados durante 53 meses, con jornada de lunes a viernes y de 9 a 13 horas de trabajo, y bajo la sumisión a programa establecido en la Escuela de la Armada. Aunque esa contratación se llevara a cabo, formalmente, mediante sucesivos contratos administrativos, la realidad es que lo producido en la contratación de una profesora en régimen de dependencia y con un salario, es laboral y no administrativo.

3. Se ha dictado ya sobre la materia, en supuesto análogo, la STS 19 de mayo de 2005, que cita la propia Sentencia de 27 de julio de 2005, en la que se parte de la prohibición establecida en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de que las administraciones públicas celebren contratos de colaboración temporal en régimen de derecho administrativo y se estableció la vía residual señalada en la Ley de Contratos del Estado, tendente a evitar la contratación de trabajadores a su servicio por la vía administrativa. En la misma línea, el RD 1465/1985, de 17 de julio. Sin embargo, la Ley 13/1995, de 18 de mayo, permitió los contratos de consultoría y asistencia, los de servicios y los trabajos específicos concretos no habituales que celebre la administración. En la STS de 2 de febrero de 1998 se consideró que la posibilidad de contratación administrativa para trabajos de tipo excepcional era para trabajos específicos y no para una actividad en sí misma independiente del resultado final. El contrato administrativo únicamente es posible para la realización de trabajos específicos y concretos, no habituales, o sea, que se contrate un producto delimitado de la actividad humana, no esa actividad en sí misma independientemente del resultado final de la misma. La Ley 53/1999, de 28 de diciembre, reiterada en la Ley de contratos de las administraciones públicas 2/2000, de 16 de junio, ha suprimido la posibilidad de celebración de contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales.

Dentro de este dificultoso ámbito normativo, no puede estimarse que se haya despejado definitivamente la nebulosa existente entre la contratación administrativa y la laboral para actividades por tiempo limitado, pues es indudable que en ambos casos tiene que haber un grado de dependencia, y las referencias al horario laboral es manifiestamente insuficiente al respecto. Más bien parece que habría de insistirse en la diferencia del objeto del contrato, si se trata de un *facere* inconcreto, o sea una obligación de actividad dentro de su categoría y profesión, o de una “obra concreta y precisa”. Se tiene que volver a la diferencia entre una obligación de hacer y otra de resultado.

– STSJ de Galicia de 6 de mayo de 2005 (recurso de suplicación 1357/2005), I.L. J 1650

1. El actor prestó servicios laborales para la empresa demandada, desde el 1 de noviembre de 1995, con la categoría profesional de técnico de cultura y deportes. Sus retribuciones eran contabilizadas en la partida presupuestaria correspondiente a “Personal eventual de

gabinetes”. Desde el 23 de octubre de 2003 ocupaba el cargo de Presidente del Comité de Empresa. La relación de prestación de servicios entre el actor y la demandada se inició en virtud de contrato de trabajo por obra o servicio determinado, de fecha 7 de noviembre de 1995, con la categoría de auxiliar administrativo y cuyo objeto de la obra se describe como la realización de tareas de apoyo al Concejal de Cultura, Deportes y Formación ocupacional Don XXX, mientras dure su mandato en el Ayuntamiento, por ser persona de confianza. En fecha 1 de abril de 1999 recayó resolución de la Alcaldía por la que se nombraba al actor para el puesto de Técnico de Cultura, adscrito a la Concellería de Cultura, Deportes, Formación y Empleo de la que era titular el mismo D. XXX. En fecha 16 de junio de 2003, por escrito del Alcalde de Carral, se comunica al actor que continúa en el puesto de Técnico de Cultura para lo que sigue contando con la confianza del Alcalde. En fecha 2 de septiembre de 2003 es nombrado para el puesto de Técnico de Cultura y Deportes, adscrito a la Concejalaía de Cultura, Seguridad y Tráfico, Formación y Empleo, de la que era titular nuevamente Don XXX. De otro lado, el actor prestaba sus servicios en la Casa de la Cultura del Ayuntamiento de Carral desde su inauguración en agosto de 1996, como edificio municipal independiente del edificio de Ayuntamiento. Con anterioridad a esa fecha, el actor prestaba sus servicios en el propio edificio del Ayuntamiento de Carral. Con fecha 26 de agosto de 2004, el actor recibió resolución de la Alcaldía en la que se le notifica el cese en su puesto de trabajo, con efectos del día 1 de septiembre de 2004. El Concejal de Cultura, Don XXX, había cesado el 30 de abril de 2004.

El Juzgado de lo Social declaró improcedente el despido objeto de este proceso, condenando al Ayuntamiento de Carral a la readmisión o indemnización, y salarios de tramitación, conforme a las reglas generales. Impugnada la sentencia, en suplicación, por la Administración demandada, la Sala confirma aquélla previa desestimación del recurso.

2. La Sala desestima la excepción de incompetencia de jurisdicción, aun admitiendo cierta corrección del relato de hechos probados, para acreditar que, con anterioridad al contrato de 7 de noviembre de 1995, existió “nombramiento en la sesión del pleno del Ayuntamiento de fecha 26 de octubre de 1995 como personal de confianza según expresamente se recoge en dicho nombramiento, en el que también se hace constar que el cese corresponderá al Alcalde-Presidente (...)”. A partir de esos hechos probados, la Sala confirma los argumentos del juzgador a quo, para el que resultaba claro que en la relación del actor con el demandado se dan las notas del artículo 1.1 ET, particularmente la retribución y la dependencia, con horario, recibiendo instrucciones e integrado en la organización municipal “cubriendo tareas de gestión y no de simplemente de asesoramiento, pidiendo subvenciones, organizando eventos (...)”, en que la relación se inició en virtud de un contrato de obra o servicio determinado, que se ha producido una desviación del cauce legal previsto para la contratación administrativa, y que, en fin, “si lo que caracteriza un contrato de confianza es el cese de forma automática por cese o expiración del mandato de aquel a quien se preste la confianza, es lo cierto que el concejal de cultura Don XXX cesó el 30 de abril de 2004 y el cese del actor no tiene efecto hasta el 1 de septiembre de 2004 (...)”. Y en virtud de todo ello, desestima la incompetencia de jurisdicción, concluyendo la existencia de una relación laboral indefinida y declara que se ha producido su

II. Trabajador

extinción sin causa justificativa alguna, conformante de un despido improcedente con sus efectos propios. Porque, reiterada jurisprudencia ha venido declarando la competencia del orden social para calificar la naturaleza de las relaciones de servicios acogidas formalmente al contrato administrativo para la realización de trabajos específicos en las Administraciones Públicas, regulado en el RD 1465/1985, cuando en dicha contratación existe una desviación evidente del cauce legal previsto para atender tal supuesto (SSTS de 10 de febrero de 1998, 13 de julio de 1998, 18 de febrero de 1999, 29 de marzo de 1999 y 26 de julio de 1999). También el TS (STS de 3 de junio de 1999) ha declarado competente el orden social para resolver los litigios relativos a relaciones de servicios inicialmente ejecutadas al amparo de contratos administrativos de colaboración temporal, que después fueron prorrogados con vulneración de la prohibición de la Ley 30/1984. En concreto, la STS de 29 de septiembre de 1999 dejó dicho lo siguiente: “en la citada Sentencia de 2 de febrero de 1998, dictada en Sala General, se asume la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de la pretensión actora de ser considerada personal laboral fijo a pesar de la formal existencia de contratación administrativa entre las partes en los términos que en ella se indican, argumentándose, en síntesis, que:

a) “Es cierto, y así se ha venido manteniendo con reiteración, que la delimitación del ámbito laboral, y el administrativo se mueve en zonas muy imprecisas, ante la idéntica alineación de las facultades para el trabajo, lo que llevó al legislador laboral –artículo 3.a) del ET– y a la doctrina jurisprudencial a señalar como criterio diferenciador el ámbito normativo regulador y no la naturaleza del servicio prestado, en forma tal que ese bloque normativo al que voluntariamente se acogen las partes es el que destruye la presunción de laboralidad establecida en el artículo 8.1º, lo que significa la necesidad de que el contrato incorpore expresamente esa remisión excluyente del orden social”.

b) “Es lo cierto también que la doctrina jurisprudencial señaló igualmente la necesidad de analizar las posibles irregularidades que pudieran existir en la contratación, indicando normalmente que las mismas no alteran la naturaleza jurídica de la relación, pero no es menos cierto que también ha expresado que lo dispuesto en la Ley 30/1984, para la Reforma de la Función Pública, no puede entenderse en el sentido de que las Administraciones Públicas queden exentas de someterse a la relación laboral, cuando actuando como empresarios, celebren y queden vinculados con sus trabajadores por medio del contrato de trabajo [Sentencia de 18 de marzo de 1991]”.

c) “La referencia en el artículo 19 de dicha Ley al ‘personal laboral’ y la prohibición establecida en la misma de celebrar contratos de colaboración temporal por las Administraciones Públicas, en régimen de derecho administrativo, motivó la publicación del Real Decreto 1465/1985, de 17 de julio, sobre contratación para la realización de trabajos específicos y concretos, no habituales en dichas Administraciones.”

d) “Excluida la aplicación del artículo 20 de la Ley 30/1984, pues del relato de la Sentencia no puede extraerse ningún dato que lleve a la conclusión de estar en presencia de funciones de confianza, ni existe en el proceso la más mínima alusión a esta calificación, la única norma amparadora sería el decreto citado, que no puede desempeñar esa función por la simple remisión de las partes y acuerdos con lo dispuesto en el artículo 1254 del Código

Civil, ya que los contratos son los que son, independientemente de la voluntad de quienes los estipulan”.

También la STS de 26 de julio de 1999 argumentaba, citando sentencias anteriores: “1) El artículo 1.3.a) del ET excluye del régimen laboral las relaciones del personal de las Administraciones Públicas que se regulen por normas de Derecho administrativo al amparo de una Ley; 2) esta exclusión permite en principio romper la presunción de laboralidad de las relaciones de servicios establecida en el artículo 8.1 del ET, y con ella la atribución de competencia al orden social de la jurisdicción; 3) ahora bien —excepción de la excepción— el artículo 8.1 del ET recupera su virtualidad cuando la contratación administrativa se ha efectuado al amparo de una Ley, pero con flagrante desviación del cauce legal previsto; 4) es esto lo que sucede en supuestos en que la contratación administrativa se acoge formalmente al RD 1465/1985 sobre trabajos específicos, pero el trabajo efectivamente prestado consiste en servicios genéricos sin sustantividad propia, y 5) el conocimiento de los litigios surgidos en estas relaciones de servicios, en las que se aprecia a simple vista un desajuste entre la realidad de los hechos y la norma legal de amparo, corresponde a la jurisdicción social”.

A partir de esas consideraciones, combinando hechos y fundamentos jurídicos, la Sala concluye que la relación establecida era inequívocamente laboral, no sólo por la concurrencia de las notas propias de la relación de trabajo del artículo 1.1 ET, sino habida cuenta de que el demandante era representante de los trabajadores, como presidente del Comité de empresa, desde octubre de 2003, condición explicable precisamente en el contexto de una relación laboral. En realidad, la actividad contratada, y a la postre llevada a cabo, no era una concreta y determinada ni tampoco la propia de asesoramiento y de confianza, sino diversa, habitual y ordinaria de la Administración contratante, dentro del área de cultura y deportes y otros, de signo heterogéneo y estructural y en condiciones propias de una relación laboral en cuanto a horario, retribución y dependencia. Incluso tampoco el cese del actor y de su actividad se produjo al tiempo de cesar o expirar el mandato de aquel a quien se dijo prestaba función de confianza, pues el Concejal de Cultura Sr. XXX cesó el 30 de abril de 2004 y el actor continuó prestando los mismos servicios y no fue cesado hasta septiembre siguiente, desvinculándose también por esta vía la relación y su contenido de la función de confianza o asesoramiento que se dice (en el propio Pleno de octubre de 1995 se preveía el cese al hacerlo el concejal Sr. XXX). De ahí que, aunque existiese una apariencia formal de contratación administrativa, la misma cede ante la realidad que se acredita de una relación laboral, que el juzgador de instancia califica, por el tipo de la actividad desarrollada y circunstancias concurrentes, no de temporal sino devenida indefinida.

La Sala insiste, finalmente, en que la jurisprudencia ha afirmado la competencia del orden social para calificar la naturaleza de las relaciones de servicios acogidas formalmente a la contratación administrativa, cuando exista en ella desviación evidente del cauce legal previsto al efecto o prolongación contractual *contra legem*. Y, también, que el artículo 8.1 ET recupera su virtualidad cuando incluso la contratación administrativa se haya efectuado

II. Trabajador

al amparo de una Ley pero con fraudulenta desviación del cauce legal previsto, en especial cuando el trabajo efectivamente prestado consiste en servicios genéricos, sin sustantividad propia. De modo que al vaciar de contenido normativo las disposiciones que rigen la situación de temporalidad en la vinculación contractual con la Administración Pública, el contrato se convierte en contrato laboral indefinido.

3. El interés de la sentencia consiste en clarificar la frontera entre las relaciones laborales y las administrativas en los contratos concertados por las Administraciones Públicas, valorando en el caso concreto el fraude a la ley en que se incurre cuando la Administración proyecta su supremacía y privilegios legales a la desvirtuación de lo que son relaciones laborales por naturaleza, actitud que obliga a teñir insoslayablemente de “laboralidad” el vínculo correspondiente.

J) Otros

– STS de 7 de octubre de 2005 (recurso 2854/2004), I.L. J 1878

1. El demandante fue elegido miembro de la Comisión ejecutiva de la Federación de comercio, hostelería y turismo, luego miembro de la Comisión ejecutiva y responsable de la unión local de un municipio y, finalmente, miembro de la Comisión ejecutiva de la Federación de comercio hostelería y turismo. El demandante también había suscrito diversos contratos de trabajo en la modalidad de “para obra o servicio determinado” y en cada uno de ellos figuraba la obra o servicio a realizar, concretamente el mercado de trabajo y la negociación colectiva, programa de fomento de empleo de 1996, actividades de apoyo al fomento de empleo, unidades de apoyo al fomento del empleo y otros. Consta en todos ellos que el actor había de prestar servicios administrativos, con la categoría de auxiliar, menos en uno en que su categoría era la de oficial, constando también las retribuciones pactadas. Al terminar los contratos se hicieron las correspondientes liquidaciones de saldo y finiquito. El actor estuvo de alta en la seguridad social en los períodos a que se refieren los contratos. El 24 de septiembre de 2002 recibió el actor una comunicación escrita en la que se expresaba que quedaba rescindida a todos los efectos su relación laboral con la citada empresa.

2. El demandante, que tenía como tareas, realizar escritos e informes así como balances, simultaneó la actividad puramente sindical, con la existencia de contratos de trabajo, técnicamente con distintos empresarios, aunque la relación laboral se concertaba en todo caso con el mismo sindicato, pero a secciones distintas del mismo. Los sucesivos contratos de trabajo suscritos entre 1997 y 2001, con expresión de su objeto, de la categoría reconocida al actor en el ámbito laboral y de la retribución, así como el hecho del alta de éste en la seguridad social durante la vigencia de los contratos y el cese efectuado en 24 de septiembre de 2002, en que se hace explícita referencia al carácter laboral de la relación existente entre las partes, tiene como consecuencia la declaración de la simultaneidad de estos contratos con el ejercicio de los cargos de responsabilidad sindical, sin que quede afectada la naturaleza, ni alterado el carácter laboral del contrato de trabajo. El desempeño de tales cargos sindicales no constituye causa lícita de extinción del contrato, según el

artículo 49 ET, ni constituye causa de incompatibilidad con el contrato de trabajo, por lo que se ha de concluir que ha existido una efectiva relación laboral entre las partes.

3. El demandante no era socio —en el sentido mercantil de la palabra— de la asociación con la que contrató laboralmente sus servicios, ni dirigía la marcha económica, ideológica, estratégica, funcional y operativa del sindicato con el que contrató sus servicios, ni se responsabilizaba de sus aciertos o desaciertos, sino que tenía un cargo representativo o de designación, de nivel básico o intermedio, de manera que la prestación de los servicios era en régimen de ajenidad (artículo 1.1 ET), sin que trabajara para sí mismo, de forma propia o impropia, ni por extensión conceptual del término, por lo que no hay obstáculo alguno para compatibilizar las dos relaciones jurídicas: la sindical y la laboral. No se cuestiona la existencia de los demás elementos configuradores del contrato, sino tan sólo la incompatibilidad de la concurrencia de ambas relaciones, que es evidente que no existe e, incluso, no parece contradictorio que se preste el servicio sindical de modo benévolo y se perciba —inmediatamente después— una retribución por el servicio laboral, del mismo modo que se puede prestar desde el mismo despacho o consulta una atención gratuita a alguien y a continuación un servicio remunerado.

— STS de 4 de abril de 2006 (recurso 856/2005)

1. El origen de la sentencia se encuentra en una demanda de reclamación de diferencias salariales de un becario de formación del Centro de Informática y Comunicaciones de Centro de la Universidad Pablo Olavide de Sevilla, para el que fue seleccionado el actor conforme a convocatoria pública realizada por dicha Universidad. La sentencia de suplicación revocó la sentencia de instancia, que declaró la incompetencia del orden jurisdiccional social por tratarse de una relación excluida del ámbito laboral. La sentencia hace una descripción exhaustiva de los trabajos realizados por el becario, que no se reproducen aquí dada su extensión.

2. La sentencia de la Sala se apoya en las precedentes SSTS de 22 de noviembre de 2005, recurso 4752/2004 y 13 de junio de 1988, Ar. 5270, para llegar a la conclusión de que en las tareas del becario ha de prevalecer la finalidad de la formación, de tal forma que, frente a lo que sucede en el ámbito de la relación laboral, la relación que une al becario y al formador no esté basada esencialmente en la obtención de los frutos del trabajo del becario. Lo cual no obsta para que la actividad desarrollada por el becario no pueda ser útil, de tal forma que compense en cierta medida la formación recibida. Ahora bien, cuando estos elementos no se dan en la dosis precisa, ha de llegarse a la conclusión de que se trata de una relación laboral.

3. La Sala centra su argumentación en que la relación del becario está excluida del Derecho del Trabajo porque en ella no se da el elemento de la ajenidad, tal y como está construido en dicha rama del Derecho. Y ello porque se trata de una relación en la que el principal destinatario de los frutos del trabajo no es el empleador, sino el propio becario, que recibe así la formación adecuada o el complemento práctico necesario a los estudios

II. Trabajador

o especialización profesional llevada a cabo. La relación no ha de estar presidida por el ánimo de lucro del formador sobre el trabajo del becario, lo cual no obsta para que exista una utilidad limitada en la actividad desarrollada por el mismo que compense al formador del tiempo y medios invertidos. Por otra parte, merece la pena destacar que la sentencia entiende que la relación del becario puede ser retribuida, por lo que éste no es el dato que necesariamente separa una relación laboral de la figura del becario. La sentencia hace hincapié en lo casuístico de determinar tanto el tipo de funciones que se realizan como de qué forma se desarrollan, de cara a poder determinar si ese elemento formativo se encuentra presente en la medida necesaria para poder considerar que no se está ante una relación laboral. La doctrina de la sentencia resulta muy fundamentada, pero ello no significa que, una vez desaparecido por completo el “riesgo laboralizador” de la retribución, se detecte una “delgada línea” entre los contratos formativos y la relación de becario.

MARAVILLAS ESPÍN SÁEZ

JESÚS GONZÁLEZ VELASCO

MIGUEL ÁNGEL LIMÓN LUQUE

LOURDES LÓPEZ CUMBRE

MARÍA DE SANDE PÉREZ-BÉDMAR

BORJA SUÁREZ CORUJO (COORDINADOR)

DIEGO DE LA VILLA DE LA SERNA

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA DE LA SERNA

III. EMPRESARIO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Empresario. A) Responsabilidad del abono de la paga extraordinaria por antigüedad en centro privado de enseñanza concertada. **3. Grupo de empresas.** A) Elementos definitorios. B) Cómputo de la antigüedad a efectos del cálculo de la indemnización en caso de despido. **4. Contratas.** A) Diferencias con la cesión ilegal. B) Responsabilidad en materia de seguridad y salud en el trabajo: recargo de prestaciones. C) Extinción de contratos temporales vinculados a una contrata y posterior disminución del volumen de servicios contratados: no es despido por causas económicas. D) Sucesión de contratas y sucesión de empresas. **5. Empresas de Trabajo Temporal.** A) Retribución de los trabajadores en misión: derecho a percibir la remuneración total establecida para el puesto de trabajo que desarrolla en la empresa usuaria. **6. Cesión ilegal.** A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencias con la contrata. B) Consecuencias derivadas de la existencia de cesión: reclamación de diferencias salariales por determinación del convenio colectivo aplicable. C) Consecuencias de la cesión: efectos retroactivos al momento de inicio de la cesión ilegal. D) Excepción de litispendencia en proceso de despido hallándose pendiente de resolución demanda de cesión ilegal: no procede. **7. Sucesión de empresas.** A) Sucesión de contratas y concesiones administrativas y sucesión de empresas. B) Convenio colectivo aplicable. C) Subrogación contractual.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 13 a 16 de 2005 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1640 a J 2329) que afectan a materias relativas a la figura del empresario. Se analizan cuestiones ligadas a la determinación del verdadero empleador en

supuestos de relaciones triangulares (contratas, cesiones y empresas de trabajo temporal) y grupos de empresas, así como las relativas a la determinación de los sujetos responsables y al alcance de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores en supuestos de sucesión de empresas. Las Sentencias del Tribunal Supremo analizadas pertenecen, casi en su totalidad, a la Sala Cuarta del mismo, si bien en aquellos supuestos en que la resolución objeto de crónica no perteneciese a la precitada, aparecerá reflejada la Sala correspondiente. Por otra parte, las sentencias dictadas en unificación de doctrina están indicadas con la abreviatura u.d.

2. EMPRESARIO

A) Responsabilidad del abono de la paga extraordinaria por antigüedad en centro privado de enseñanza concertada

De nuevo nos encontramos en el período analizado con sentencias que deben abordar cuestiones relativas a la especial situación de los profesores que prestan servicios en centros privados concertados. En esta ocasión el problema se centra en determinar el alcance de la responsabilidad de la Administración educativa respecto al abono de la paga extraordinaria de antigüedad prevista en el IV Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privada sostenidas con fondos públicos. Con carácter previo, al objeto de la mejor comprensión del debate, conviene recordar, como hemos realizado en crónicas precedentes, que la STS de 20 de julio de 1999 dejó claro, que de lo dispuesto en la normativa aplicable (artículos 47 a 51 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación —derogados expresamente por la Disposición Derogatoria Única.3 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, cuyo artículo 76 recoge un contenido similar— y RD 2377/1985, de 18 de diciembre, Reglamento de normas básicas sobre conciertos educativos), se desprende que “en los casos de conciertos educativos suscritos entre empresas privadas dedicadas a la enseñanza y la Administración pública, esta última también responde frente a los profesores del centro educativo de las deudas salariales generadas por la actividad laboral y docente de éstos”. Ahora bien, esta obligación de pago delegado que recae sobre la Administración —que, por otra parte, no asume ninguna posición empresarial—, no es ilimitada, sino que, en atención a lo dispuesto por el artículo 49.6 de la Ley 8/1995, “la Administración no podrá asumir alteraciones en los salarios del profesorado, derivadas de convenios colectivos que superen el porcentaje de incremento global de las cantidades correspondientes a salarios”. Limitación que se fija anualmente en los Presupuestos Generales del Estado o, en su caso, de las Comunidades Autónomas, y que viene dado por la cuantía que resulta de multiplicar el módulo económico de cada unidad escolar por el número de éstas existente en cada empresa o centro. No obstante, como señala la citada STS de 20 de julio de 1999, “el referido límite no se establece de una manera unitaria, sino que dentro de él se determinan varios grupos distintos de responsabilidad, produciendo la consecuencia de que, en realidad, más que un límite único aplicable a la responsabilidad citada de la

III. Empresario

Administración, operan varios límites diferentes, cada uno de los cuales se aplica a determinada clase de objetivos o débitos. Así se deduce del artículo 49.3 de la Ley cuando precisa que en el módulo económico por unidad escolar ‘se diferenciarán las cantidades correspondientes a salarios del personal docente del centro, incluidas las cargas sociales, y las de otros gastos del mismo’. Y el artículo 13.1 del Real Decreto mencionado, desarrollando el artículo 49.3, dentro de cada módulo diferencia las siguientes fracciones: a) ‘las cantidades correspondientes a salarios del personal docente, incluidas las cotizaciones por cuota patronal a la Seguridad Social correspondiente a los titulares de los centros’; b) ‘las cantidades asignadas por otros gastos, que comprenderán los de personal de administración y servicios, los ordinarios de mantenimiento y conservación y los de reposición de inversiones reales (...)’; y c) ‘las cantidades pertinentes para atender al pago de los conceptos de antigüedad del personal docente de los centros concertados y consiguiente repercusión en las cuotas de la Seguridad Social; pago de las sustituciones del profesorado y complemento de dirección; pago de las obligaciones derivadas de lo establecido en el artículo 68.e) del Estatuto de los Trabajadores’”. Diseñada de esta forma la limitación de la responsabilidad de la Administración, han sido frecuentes los litigios centrados en la determinación de si una concreta partida salarial debía ser incluida en uno u otro de los apartados fijados por el artículo 13.1 del RD 2377/1985, pues podía darse el caso de que mientras en concepto de “gastos variables” la Administración ya hubiera cubierto el montante que le correspondía, no aconteciera lo mismo respecto a otro de los estipulados.

En este contexto, la **STS de 28 de abril de 2005**, I.L. J 1851, centrada, recordemos, en analizar el alcance de la responsabilidad de la Administración educativa del abono de la paga extraordinaria de antigüedad de los profesores, señala que “la Administración sólo podrá asumir las cargas salariales de los centros concertados hasta la cuantía máxima global fijada en las Leyes de Presupuestos para los módulos concertados. Y que, por consiguiente, las posibles alteraciones salariales que se puedan producir mediante pactos colectivos entre empresas y trabajadores bien para incrementar los conceptos retributivos previstos en la fecha de suscripción del concierto, bien para crear otros nuevos, sólo podrán ser asumidas por la Administración si no superan el citado límite legal”. De tal manera que “pretender que las previsiones del IV Convenio Colectivo vinculan en todo caso a la Administración, además de conculcar la normativa antes aludida, que claramente explicita hasta donde alcanza su responsabilidad, supondrá desconocer la previsión del artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, conforme al cual los convenios colectivos sólo tienen fuerza de obligar a los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación”.

A este mismo problema alude la **STS de 29 de noviembre de 2005**, u.d., I.L. J 2251, la **STS de 30 de septiembre de 2005**, u.d., I.L. J 1858, la **STS de 22 de septiembre de 2005**, u.d., I.L. J 1856 y la **STS de 18 de noviembre de 2005**, u.d., I.L. J 2142, si bien al tratarse en todos los casos de recursos de casación para la unificación de doctrina y apreciarse inexistencia de contradicción, el Alto Tribunal no entra a analizar el fondo de la cuestión.

3. GRUPO DE EMPRESAS

A) Elementos definitorios

Un grupo de sentencias del Tribunal Supremo recaídas en el período estudiado aluden a idéntico supuesto de hecho, en el que se reclama la existencia de responsabilidad solidaria de diversas empresas bajo la argumentación de encontrarnos ante un grupo de empresas (**STS de 3 de octubre de 2005**, u.d., I.L. J 1887; **STS de 13 de octubre de 2005**, u.d., I.L. J 1919; **STS de 25 de octubre de 2005**, u.d., I.L. J 1999; **STS de 4 de noviembre de 2005**, u.d., I.L. J 1966). Al tratarse en todos los casos de recursos de casación en unificación de doctrina y apreciarse la falta de contradicción, el Alto Tribunal no entra en consideraciones de fondo, si bien del análisis sobre la diversidad existente entre el supuesto planteado y el examinado en la sentencia citada como contradictoria podemos extraer algunas consideraciones acerca de cuándo existe grupo de empresas a efectos laborales en términos jurisprudenciales y cuándo no. Y recalamos que utilizamos la expresión “grupo de empresas a efectos laborales” porque es la que usa la jurisprudencia, si bien hemos de anotar que realmente bajo tal enunciado el Tribunal Supremo alude a los supuestos en los que, justamente por no existir grupo de empresas en sentido estricto sino un único empresario real, atribuye las obligaciones y responsabilidades inherentes a la condición de empleador de forma solidaria a todos los entes implicados en el teórico grupo. Volviendo al caso de autos, con exposición simplificada, estamos ante la contratación de trabajadores por una entidad dedicada a la enseñanza de idiomas, administrada por el Grupo Ceac, SA, que, a su vez, es administrado por el Grupo Editorial Ceac, SA, dándose la circunstancia de que el representante de estas dos últimas sociedades es el mismo. De la empresa Grupo Editorial Ceac, SA es socio único Grupo Ceac, SA. Ante esta situación, y a diferencia de lo que acontece en el caso analizado en la sentencia de contraste, la **STS de 3 de octubre de 2005**, u.d., I.L. J 1887, señalará que hay “una unidad de dirección y gestión del grupo, que encubre una realidad subyacente de unidad empresarial, en la que la independencia de cada una de las empresas aparentes carece de sustento real”; y la **STS de 13 de octubre de 2005**, u.d., I.L. J 1919, añadiendo a los datos fácticos el hecho de que los trabajadores percibían sus salarios indistintamente de la empresa contratante y de otra entidad distinta administrada por la misma sociedad, afirmará que estamos “ante un entramado de órganos de dirección, accionariado, objeto social y patrimonio, en el que se ha producido una constitución de empresas sin sustrato material de apoyo, sin titularidades patrimoniales conocidas y que inevitablemente son insolventes cuando llegan las situaciones de crisis, siendo la solvente la que de facto ha venido administrando las creadas”. Similares apreciaciones y argumentaciones se recogen en la **STS de 25 de octubre de 2005**, u.d., I.L. J 1999 y en la **STS de 4 de noviembre de 2005**, u.d., I.L. J 1966.

En relación a esta misma cuestión, aunque de forma más directa y en sentido contrario, la **STS de 3 de noviembre de 2005**, u.d., I.L. J 2094, sostendrá que “el reconocimiento de un grupo de empresas en el ordenamiento laboral (...) exige la presencia de una serie de factores atinentes a la organización del trabajo; y estos factores (...) configuran un campo de aplicación normalmente más restringido que el del grupo de sociedades”, de

III. Empresario

tal manera que “la mera presencia de administradores o accionistas comunes, o de una dirección comercial común, o de sociedades participadas entre sí no es bastante para el reconocimiento del grupo de empresas a efectos laborales”.

B) Cómputo de la antigüedad a efectos del cálculo de la indemnización en caso de despido

Aunque sea bajo la premisa de la interpretación *a contrario sensu*, de la argumentación contenida en la STS de 3 de noviembre de 2005, u.d., I.L. J 2094, cabe deducir que, apreciada la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales, el cómputo de la antigüedad del trabajador al objeto del cálculo de la indemnización por despido debe realizarse desde la fecha de comienzo de la prestación de servicios para cualquiera de las empresas que conforman el grupo, y no desde la fecha de inicio de la prestación de servicios para la última de las sociedades.

4. CONTRATAS

A) Diferencias con la cesión ilegal

Véase apartado 6.A).

B) Responsabilidad en materia de seguridad y salud en el trabajo: recargo de prestaciones

La delimitación del sujeto responsable en materia de seguridad y salud laboral en lo supuestos de contratas de obras y servicios es uno de los temas de más difícil concreción de cuantos se suscitan en el ámbito de las relaciones laborales, sin que las sucesivas previsiones normativas sobre el particular parezcan ofrecer soluciones claras a las muy diversas situaciones planteables. Entre la panoplia de responsabilidades que pueden derivarse del incumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, el artículo 123 LGSS establece un recargo en las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional cuando la lesión se produzca como consecuencia de la inobservancia de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo. En términos generales, tal responsabilidad recae en el “empresario infractor”, sujeto cuya determinación en los casos de contratas y subcontratas ha dado origen a abundante jurisprudencia. A uno de estos supuestos se enfrenta la STS de 9 de diciembre de 2005, u.d., I.L. J 2212, que debe determinar si una empresa dedicada a la fabricación e instalación de elevadores (Thissen Krupp elevadores, SA), contratista de un trabajo de desmontaje de montacargas antiguos y montaje de otros nuevos por cuenta del dueño de la obra (Confederación Hidrográfica del Guadalquivir), ha de responder o no solidariamente del recargo de prestaciones junto con la empresa subcontratista de segundo grado (A. Gámez) a quien la empresa Thissen Krupp, SA encargó las operaciones de desmontaje de los antiguos montacargas en el curso de las cuales se produjo un accidente de trabajo que costó la vida de un trabajador de A. Gámez. El accidente de trabajo se produjo como consecuencia, entre otras circunstancias, de la adopción de un método de trabajo manifiestamente inadecuado desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales. Al tratarse de un recurso de casación para uni-

ficación de doctrina, la Sala debe apreciar en primer lugar si existe o no la alegada contradicción, labor en la que obtiene un juicio negativo, lo que le lleva a la desestimación del recurso sin entrar en el fondo de la cuestión. Pese a todo sí puede extraerse alguna lección del pronunciamiento analizado, en particular la que se desprende de la consideración de situación diversa a la estudiada por la sentencia en examen de aquella a la que responde la sentencia de contraste y que no es otra que la de un supuesto de una empresa promotora que encarga a una empresa constructora principal la realización de una obra de construcción de un edificio de viviendas; empresa constructora que, a su vez, subcontrata a varios subcontratistas diferentes labores del proceso productivo, accidentándose uno de los trabajadores de estas subcontratistas al realizar un trabajo de aislamiento de cubiertas debido a un fallo de freno de una grúa accionada por un trabajador de otra de las empresas subcontratistas. El TS entiende que las obras contratadas en ambos supuestos, el tipo de accidente, las interrelaciones de las empresas implicadas en el proceso productivo, así como la imputación de responsabilidad controvertida (en la sentencia de contraste no es la de la empresa constructora principal sino la de la empresa promotora que encargó a la anterior el conjunto de la obra de edificación a realizar) no son los mismos, por lo que no existen términos hábiles para establecer un juicio positivo de contradicción entre las sentencias comparadas. Un estudio de las últimas sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia sobre esta cuestión puede encontrarse en el núm. 25 de estas crónicas.

C) Extinción de contratos temporales vinculados a una contrata y posterior disminución del volumen de servicios contratados: no es despido por causas económicas

La STSJ de Asturias de 27 de mayo de 2005, I.L. J 1773, debe determinar si, como pretende el sindicato recurrente, la extinción de forma individual de una pluralidad de contratos de trabajo para obra o servicio determinado celebrados en atención a la contrata para la prestación de los servicios de *telemarketing* que tenía suscrita la empresa es o no nula por vulneración del procedimiento establecido en el artículo 51.1 del ET. Se da la circunstancia de que la extinción contractual viene motivada por una disminución en el volumen de servicios contratados por la empresa principal. La Sala, recogiendo doctrina judicial precedente, concluye que no se trata de un supuesto de despido colectivo, señalando que cuando el convenio colectivo aplicable contempla la posibilidad de extinción de los contratos de obra o servicio en razón a la disminución real del volumen de la obra o servicios contratados, “no viene a disponer (...) una posibilidad de extinción *ante tempus* sin respetar la normativa sobre contratos de obra o servicio, y sobre despido colectivo y extinción por causas organizativas, tecnológicas y económicas –artículos 51 y 52 ET–, sino que, por el contrario, se limita a especificar una posibilidad de actuación de la causa de extinción cuando sin haber finalizado en su totalidad la contrata empresarial se ha reducido su volumen haciendo innecesario el número de trabajadores contratados, lo que posibilita el que pueda reducirse su número en proporción a la disminución del volumen de obra o servicio contratados. El supuesto es análogo a los de reducción parcial de la contrata, con extinción de los contratos de trabajo afectados (...) y nada tiene que ver

III. Empresario

con las causas motivadoras de un despido colectivo, o debido a causas objetivas, pues se trata de un supuesto de extinción de los contratos de obra o servicio determinado debida a la finalización de la obra o servicio, en razón, en este caso, a una extinción parcial de la contrata por reducción de su objeto, que además de contemplarse en el texto colectivo de aplicación, se pactó en el contrato de trabajo y así se recogió en el contrato de servicios, suscrito entre ambas demandadas que da cobertura formal al contrato de trabajo (...)."

D) Sucesión de contratas y sucesión de empresas

Véase apartado 7.A).

5. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

A) Retribución de los trabajadores en misión: derecho a percibir la remuneración total establecida para el puesto de trabajo que desarrolla en la empresa usuaria

El artículo 11.1 LETT establece, desde su reforma de 1999, que los trabajadores puestos a disposición tendrán derecho, durante los períodos de prestación de servicios en las empresas usuarias, a percibir, como mínimo "la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria". Ahora bien, lo que no especifica el precepto es si esta equiparación retributiva entre los trabajadores cedidos y los trabajadores de la empresa usuaria incluye eventuales percepciones que la empresa usuaria aplique a sus trabajadores en virtud de concesión general de carácter colectivo, no reconocida, sin embargo, en el convenio colectivo. La cuestión es analizada por la SAN de 19 de abril de 2005, I.L. J 1759, que, recordando la solución ofrecida en su momento por el Tribunal Supremo, señala que

"la interpretación del término 'convenio colectivo' que usa el artículo 11 de la Ley 14/1994 (...) es que el trabajador en misión perciba el mismo salario que perciba un trabajador de la empresa usuaria en su mismo puesto de trabajo sin más excepciones que aquellas retribuciones que ostente éste a título personal. O lo que es lo mismo que el régimen retributivo de los trabajadores en misión ha de incluir cualquier concepto retribuable con independencia del instrumento (legal, convencional o de concesión empresarial) del que derive con carácter general para todos los trabajadores que prestan servicios en la empresa usuaria a excepción de condiciones más beneficiosas a título individual, complementos *ad personam* o retribuciones personales (por títulos o idiomas..., etc.) no predicables al trabajador en misión, porque lo que en realidad se pretende es evitar el 'dumping laboral' en la retribución propia de un puesto de trabajo concreto, por vía de acudir a trabajadores en misión de una ETT".

Solución, por lo demás, que es la que se consagra en el IV Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Trabajo Temporal, y que viene a significar que la garantía retributiva del artículo 11 de la LETT coloca a los trabajadores en misión, a estos únicos efectos, "en igualdad salarial que el que en ese puesto percibiría un trabajador de la empresa usuaria

no en función del Convenio Colectivo propio de la empresa usuaria (que no se le aplica) sino porque el Convenio Colectivo de las ETT así lo dispone, por lo que el trabajador en misión no tiene los derechos del Convenio Colectivo de la empresa usuaria sino una garantía salarial mínima que, por remisión, se integra en el Convenio Colectivo nacional para empresas de trabajo temporal”.

6. CESIÓN ILEGAL

A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencias con la contrata

Como hemos puesto de manifiesto en muchas ocasiones, la delimitación jurisprudencial del supuesto de hecho del artículo 43 ET se ha realizado muy frecuentemente sobre la base de establecer sus diferencias con el fenómeno lícito de las contratas, dada la usual utilización práctica de estas últimas como medio formal de articular el acuerdo interpositorio de suministro de trabajadores entre cedente y cesionario. A uno de estos supuestos alude la **STS de 3 de octubre de 2005**, u.d., I.L. J 1819, que realiza un útil análisis de los criterios de valoración a los que, con carácter indicativo u orientador y de forma complementaria y no excluyente, ha recurrido la doctrina judicial para determinar los límites entre el mero suministro de mano de obra y la legítima descentralización productiva. De forma sintética esos criterios y la doctrina a la que han dado origen son los siguientes:

- La justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto y la aportación de medios de producción propios son elementos que indican la existencia de una auténtica contrata.
- El ejercicio de los poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista evidenciada en datos económicos (capital, estructura productiva, patrimonio, ...) son, igualmente, importantes indicios de la presencia del lícito fenómeno descentralizador.
- Ello, no obstante, no significa que sólo en caso de empresas aparentes pueda darse la cesión; ésta puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas, cuando, pese a tratarse de empresas reales, no se pone en juego la organización empresarial, limitándose la empresa contratista al mero suministro de mano de obra.
- La actuación empresarial en el marco de la contrata es un elemento clave de calificación, aunque, excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para descartar la existencia de cesión si aquél no es más que un delegado de la empresa principal.

Estos indicios y criterios jurisprudenciales parecen haberse consolidado legalmente, al menos en una primera impresión, en el actual artículo 43.2 ET tras su modificación por el RD-L 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo, si bien ha-

brá que esperar a futuros pronunciamientos judiciales para ver cómo la nueva regulación normativa incide en la interpretación de la jurisprudencia.

Volviendo a la **STS de 3 de octubre de 2005**, u.d., I.L. J 1819, la aplicación de los anteriores criterios al supuesto enjuiciado –trabajador que presta servicios en el laboratorio de abastecimiento del Consorcio de aguas de Bilbao Bizkaia (CABB) en el marco de la contrata que el citado Consorcio había celebrado con la UTE por cuenta de quien trabajaba aquél– conduce al Tribunal Supremo a estimar la existencia de cesión ilegal dado que “la contrata carece de cualquier autonomía técnica en relación con la prestación del demandante, que ha realizado trabajos distintos de los contratados por la UTE, encuadrado en un servicio de la CABB y bajo la dependencia de personas pertenecientes a esa entidad”. A ello hay que añadir la falta de soporte material de la contrata, destacando la “limitación de los medios aportados (dos vehículos y teléfono móvil) en relación con la complejidad de una contrata para la asistencia técnica en el muestreo y determinaciones analíticas en el abastecimiento de aguas potables, y se manifiesta también en la forma de retribución donde la ponderación del coste del personal es el elemento fundamental en la facturación”.

A un caso de cesión ilegal encubierta bajo la apariencia formal de contrata se refiere también la **STSJ de Madrid de 12 de septiembre de 2005**, I.L. J 2299, que comentamos en un apartado posterior.

Finalmente, encontramos en el período estudiado un conjunto de sentencias del Tribunal Supremo (**STS de 15 de diciembre de 2005**, u.d., I.L. J 2265; **STS de 16 de diciembre de 2005**, u.d., I.L. J 2175; **STS de 16 de diciembre de 2005**, u.d., I.L. J 2237; **STS de 19 de diciembre de 2005**, u.d., I.L. J 2215; **STS de 19 de diciembre de 2005**, u.d., I.L. J 2238), referidas todas a idéntico supuesto de hecho, en las que la falta de contradicción impide que el Tribunal Supremo determine si realmente existe cesión ilegal. De todas formas, el análisis de la situación manifestada en el caso de autos y la que se produce en los pronunciamientos aportados como de contraste puede servir para extraer algunas indicaciones indirectas sobre la doctrina jurisprudencial en materia de cesión ilegal.

B) Consecuencias derivadas de la existencia de cesión: reclamación de diferencias salariales por determinación del convenio colectivo aplicable

Apreciada la existencia del fenómeno interpositorio prohibido, el problema se traslada a la determinación de las consecuencias y efectos a tal constatación ligados. El artículo 43.2 y 3 ET explicita algunos, pero otros no quedan directamente reflejados en el precepto citado, dando lugar al consiguiente debate judicial. Uno de estos últimos es el que se refiere al eventual derecho del trabajador objeto de cesión a reclamar las diferencias salariales existentes entre lo percibido de la empresa cedente y lo que se derivaría de la aplicación de lo previsto en el convenio colectivo aplicable a la cesionaria. A esta cuestión ha de responder la **STS de 30 de noviembre de 2005**, u.d., I.L. J 2105, cuya doctrina enseguida expondremos; interesa destacar previamente, dada la diversidad de supuestos posibles y las muy distintas circunstancias en que esta reclamación puede producirse, que en el caso de autos el reconocimiento del derecho, en su caso, se haría a favor de un tra-

bajador cuya relación laboral ya se ha extinguido y que no ha realizado una previa opción de integración en la plantilla de la empresa cesionaria. Pues bien, en tales circunstancias y tras realizar un estudio de la evolución jurisprudencial del entendimiento del fenómeno de la cesión, en particular por lo que respecta al valor que puede tener la distinción de la jurisprudencia, a los efectos del ejercicio de la opción de fijeza prevista en el artículo 43.3 ET, entre los casos de cesión entre empresas reales y empresas aparentes o ficticias, la Sala desestimará el recurso interpuesto por las empresas frente a la sentencia recaída en suplicación que las condenaba a abonar al trabajador de forma solidaria las diferencias salariales reclamadas. Se argumenta que

“El hecho de la cesión ilegal es de suyo expresivo de que durante el período objeto de tal reclamación la vinculación laboral del actor se producía real y verdaderamente con Sniace, SA [cesionaria], aun cuando formalmente apareciese que lo era con Asistencia Médico Laboral, SL [cedente]. Siendo la propia y verdadera relación laboral la existente entre el actor y Sniace, SA, es claro que deben ser reconocidos los efectos económicos consecuentes, como es el devengo salarial durante dicho período de trabajo de acuerdo con las previsiones del Convenio Colectivo de la empresa, tal y como ha hecho la sentencia recurrida.”

Y a esta conclusión no se opone el texto del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores, pues

“El silencio de la norma no supone necesariamente la exclusión de efectos de lo silenciado, si tales efectos pueden tener amparo en la propia naturaleza de las relaciones jurídicas existentes. Pues bien, en lo que se refiere al presente caso, el hecho de que el mencionado artículo 43.3 ET nada diga acerca de los efectos económicos como los ahora postulados no comporta su negativa o exclusión, máxime cuando se trata de efectos que derivan –por su propia naturaleza– de la prestación y actividades realizadas en el marco de una relación laboral existente en realidad.”

Idéntico problema se plantea en la STSJ de Madrid de 12 de septiembre de 2005, I.L. J 2299, que debe pronunciarse, en un supuesto de aparente contrata que realmente encubre una cesión ilegal, acerca del derecho de la trabajadora a percibir las diferencias económicas entre el salario que le fue abonado por la empresa que formalmente aparecía como empleadora y el que le hubiera correspondido de su empleadora real conforme al convenio colectivo aplicable a esta última. La Sala, trayendo a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo según la cual la finalidad del artículo 43 ET consiste en que “la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le correspondan”, estima el recurso de la trabajadora frente a la sentencia de instancia que desestimó su pretensión, afirmando que lo previsto en el artículo 43.3 ET implica

“la equiparación de trato laboral dentro de la empresa cesionaria entre trabajador cedido ilegalmente y trabajador en situación irregular. La ley no establece distinción ni restricción

III. Empresario

de efectos entre uno y otro contratos laborales, precisamente porque, como se ha dicho, la finalidad de la norma es evitar el perjuicio que supone para el trabajador la falta de reconocimiento formal de cuál es su empleadora formal”.

C) Consecuencias de la cesión: efectos retroactivos al momento de inicio de la cesión ilegal

Las razones que llevaron al Juzgado de lo Social en el supuesto recién comentado de la **STSJ de Madrid de 12 de septiembre de 2005**, I.L. J 2299, a desestimar la pretensión —que se reproducen en los escritos de impugnación del recurso— nos permiten abordar otro tema, cual es el de los eventuales efectos retroactivos de las consecuencias conexas a la declaración de existencia de cesión ilegal. Tales motivos desestimatorios descansan, según el Juzgado de lo Social, en el hecho de considerar que la sentencia que declara la existencia de cesión ilegal tiene efectos constitutivos, de forma que no puede retrotraer sus efectos a una fecha previa al momento en que fue dictada. A tal argumentación responde la Sala del TSJ recordando que la misma cuestión se planteó en una sentencia del TS relativa a un supuesto de cesión de mano de obra que concluyó con la incorporación de los trabajadores cedidos a la plantilla de la empresa cesionaria; supuesto en el que también se discutía si los trabajadores tenían derecho a los salarios correspondientes a los trabajadores de idéntica categoría en la empresa cesionaria en referencia a un período anterior a la declaración formal de cesión. La respuesta afirmativa del Alto Tribunal es reproducida ahora por la Sala del TSJ, indicando que “acreditada la existencia de simulación de un contrato de trabajo (...) la relación laboral debe desplegar todos sus efectos, entre ellos el relativo a la retribución prevista en las normas profesionales aplicables, que surge en virtud del trabajo prestado”, y que “de no entenderlo así, la norma del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores, que es una norma de protección del trabajador, se convertiría paradójicamente en una norma de protección del negocio simulado”.

D) Excepción de litispendencia en proceso de despido hallándose pendiente de resolución demanda de cesión ilegal: no procede

La articulación procesal de las garantías sustantivas previstas en el artículo 43.3 ET para los supuestos de cesión ilegal de trabajadores ha dado origen a ciertos problemas interpretativos. La conexión inmediata y la manifiesta interdependencia que puede existir en muchas ocasiones entre el despido del trabajador cedido y la propia cesión ilegal, es la raíz de buena parte de esos interrogantes. Si ya en crónicas precedentes (véase crónica núm. 25) hemos comentado cómo la doctrina jurisprudencial se ha mostrado favorable a la posibilidad de poder alegar en un proceso de despido la existencia de una cesión ilegal del trabajador despedido sin que ello constituya una acumulación de acciones vedada en los procesos de despido por el artículo 27.2 LPL, en esta ocasión el Tribunal Supremo, en su **STS de 5 de diciembre de 2005**, u.d., I.L. J 2209, mantendrá que no procede la excepción de litispendencia en proceso de despido por hallarse pendiente de resolución una previa demanda de cesión ilegal entre las mismas partes. Recordando pronunciamientos precedentes, la Sala argumentará que “para que pueda apreciarse dicha excepción las acciones ejercitadas han de ser de la misma naturaleza, y si bien es cierto que la finalidad

esencial de la excepción de litispendencia es evitar sentencias contradictorias, sin embargo esta contradicción ha de ser plena y no meramente circunstancial, de modo que cuando se ejerciten acciones tan plenamente diferenciadas que es obligado ejercerlas en procedimientos distintos, no son acciones aptas para causar litispendencia, pues la satisfacción del derecho que amparan prevalece sobre el riesgo de una eventual contradicción circunstancial que nunca podrá ser plena, dado el perfil propio e individualizado de las acciones objeto de litigio”.

7. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Sucesión de contratas y concesiones administrativas y sucesión de empresas

Como es habitual, no faltan en el período examinado pronunciamientos judiciales que aborden el tema de la aplicación de los efectos subrogatorios previstos en el artículo 44 ET a los supuestos de sucesión de contratas y concesiones administrativas. En esta ocasión, sin embargo, se trata de sentencias del TS dictadas en recursos de casación para la unificación de doctrina (**STS de 18 de noviembre de 2005**, u.d., I.L. J 2232; **STS de 5 de diciembre de 2005**, u.d., I.L. J 2154; **STS de 7 de noviembre de 2005**, u.d., I.L. J 2122), en las que la inexistencia de la contradicción alegada impide que el Alto Tribunal aborde cuestiones más sustantivas. De todas formas, dejamos anotado que los pronunciamientos citados se refieren a supuestos de sucesión en contratas de limpieza, en los que las sentencias de los Tribunales inferiores de suplicación habían considerado, en un caso (**STS de 7 de noviembre de 2005**, u.d., I.L. J 2122), que la asunción por la cesionaria de una parte significativa de la plantilla de la cedente constituía un criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión de empresa, y en los otros dos (**STS de 18 de noviembre de 2005**, u.d., I.L. J 2232; **STS de 5 de diciembre de 2005**, u.d., I.L. J 2154), que la empresa saliente no había acreditado el cumplimiento de los requisitos exigidos en el convenio colectivo aplicable para que procediera la subrogación. Para un más detallado análisis de lo postura del TJCE sobre los elementos constitutivos del presupuesto de hecho de la sucesión de empresa y su recepción por los Tribunales españoles pueden verse los comentarios realizados en crónicas anteriores.

B) Convenio colectivo aplicable

El artículo 44.4 ET establece una serie de prescripciones acerca del convenio colectivo que ha de aplicarse a los trabajadores cuya relación laboral ha sido objeto de subrogación laboral en supuestos de transmisión de empresa. En aplicación del mencionado precepto, la **STSJ de Madrid de 17 de mayo de 2005**, I.L. J 1657, desestima el recurso interpuesto por las empresas cedente (“Rail Gourment, SA”) y cesionaria (“Wagons Lits”), y reconoce el derecho de los trabajadores a disfrutar de la jornada laboral fijada en el convenio colectivo aplicable a la empresa cedente, pues “no figura en el relato fáctico elemento alguno que permita afirmar que exista un acuerdo entre la cesionaria y los representantes de los

trabajadores para que las relaciones de los trabajadores que provenían de la empresa ‘Rail Gourment, SA’ se rijan por el convenio colectivo de ‘Wagons Lits’, no constando en autos ni siquiera que aquéllos hubieran suscrito masivamente el acuerdo de aplicar el Convenio de la última empresa citada”.

C) Subrogación contractual

De nuevo hemos de hacer referencia en estas crónicas al examen de la especial problemática que, a los efectos de aplicación de la subrogación empresarial, ha planteado el proceso de liberalización del servicio de asistencia en tierra de aeronaves y pasajeros. La cada vez más copiosa doctrina unificada del TS sobre el particular ha dejado sentando que en estas ocasiones no estamos ante “una propia y verdadera sucesión de empresas, toda vez que la empresa cedente lo único que hace es transferir parte de su personal a la nueva empresa, que figura como adjudicataria del servicio, por lo que la primera sigue subsistiendo con su propio nombre y elementos patrimoniales y organizativos y la segunda se presenta como adjudicataria de una parte o proporción de dichos servicios” (**STS de 22 de septiembre de 2005**, u.d., I.L. J 1687). De ahí que no se pueda hablar de un supuesto del artículo 44 ET, sino de una cesión de contratos entre empresas que, de acuerdo con el artículo 1205 Código Civil, exige para su validez el consentimiento del trabajador afectado, sin que aquél pueda ser sustituido por el de los representantes legales o sindicales de los trabajadores que intervinieran en el acuerdo celebrado entre ambas empresas (**STS de 13 de octubre de 2005**, u.d., I.L. J 2035; **STS de 27 de julio de 2005**, u.d., I.L. J 1787). Ahora bien, la doctrina judicial, conocedora de esta tesis, en ocasiones, como apunta la STS de 8 de noviembre de 2005, u.d., I.L. J 2082, se aparta de ella en aplicación, se dice, del criterio del TJCE relativo a la denominada “sucesión de plantilla”. Y es a este entendimiento al que responde la mencionada STS de 8 de noviembre de 2005, u.d., I.L. J 2082, indicando “que es precisamente la existencia de una sucesión de plantillas lo que se está discutiendo”, de tal forma que en el supuesto de liberalización del servicio de asistencia en tierra de aeronaves y pasajeros

“lo que se ha producido es una decisión de la empresa demandada, ‘Iberia’, de transferir parte de su plantilla a otra empresa, fundándose en el pliego de condiciones de una concesión administrativa. Ahora bien, la decisión de una empresa de transferir su plantilla a otra no equivale a la asunción de plantilla que la doctrina comunitaria considera como un supuesto de transmisión de empresa, porque tal asunción tiene que ser pacífica, efectiva y real, y esto no sucede cuando se trata de una mera decisión unilateral de una parte, que, como es notorio, ha sido impugnada por un gran número de trabajadores (...) Y el hecho de que tal decisión de la empresa se apoye en el pliego del concurso aprobado por la Administración de los aeropuertos es también de todo punto irrelevante, porque tal pliego podrá ser obligatorio para la empresa que lo ha aceptado, creando para ella la obligación de admitir a los trabajadores de ‘Iberia’ que decidan pasar a la nueva concesionaria, pero no obliga a los trabajadores que no han participado en ese concurso, y que, por su condición de personas, tampoco pueden ser objeto del mismo. Lo mismo hay que decir sobre los acuerdos con los órganos de representación de personal, porque ya la Sala ha precisado que esos acuerdos no pueden alterar el régimen de garantías que deriva

del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, aparte de que, como también ha dicho la Sala, se trata más bien de acuerdos de ‘método’ que de acuerdos de establecimiento de la sucesión”.

En el mismo sentido, con amplia argumentación en relación a la validez de la tesis de la “asunción de plantilla” como criterio para determinar la existencia de una transmisión de empresa, **STS de 16 de noviembre de 2005**, u.d., I.L. J 2141 y **STS de 2 de noviembre de 2005**, u.d., I.L. J 2056, que, a las anteriores consideraciones añade que, si bien podría objetarse que en estos casos la transferencia de plantilla va acompañada de una sucesión en la actividad, “la mera sucesión en la actividad no es un soporte suficiente para apreciar la existencia de una transmisión de empresa”.

La especial situación originada por este proceso liberalizador no sólo ha suscitado problemas de identificación del fenómeno acaecido sino también de delimitar los efectos o consecuencias a él conexas. Y a tales efectos, la Sala del TS ha entendido que, aunque no estemos en presencia de una situación regida por el artículo 44 ET, en relación a ciertas cuestiones resulta aplicable la doctrina dictada en aplicación del mencionado precepto. En concreto esta tesis se ha utilizado para resolver el debate acerca del pretendido derecho de los trabajadores que prestaban servicios para Iberia y que pasan a hacerlo con el nuevo operador a seguir disfrutando de “billetes de avión de tarifa gratuita y con descuento”, tal como se recogía en el convenio colectivo aplicable a la empresa Iberia. La **STS de 27 de octubre de 2005**, u.d., I.L. J 2000, responderá negativamente argumentando que el derecho reclamado “no puede ser calificado como un derecho consolidado en poder de los trabajadores que pasaron de una empresa a otra en tanto en cuanto se trata de un derecho establecido en atención a las concretas condiciones y situación de dicha empresa, o sea en relación con el hecho de que Iberia era una empresa dedicada al transporte de pasajeros, y por lo tanto sólo aplicable a quienes estuvieran en permanente relación de trabajo con dicha empresa; estamos en presencia, por lo tanto y más bien, de un derecho condicionado a la permanencia efectiva de la relación laboral dentro de aquella empresa, por lo que no puede serles reconocidos a quienes por la causa que sea, y aun cuando exista un pacto de subrogación como el antes contemplado, pasen al servicio de otra empresa que no reúna las condiciones determinantes del derecho en cuestión cual ocurre con la empresa que ahora recurre en su condición de empresa que presta servicios de *handling* y por lo tanto servicios exclusivamente en el aeropuerto”. En idéntico sentido y con similar argumentación, **STS de 22 de noviembre de 2005**, u.d., I.L. J 2048.

Otra de las cuestiones que estos supuestos de subrogación contractual está suscitando es la relativa a la determinación si la acción del trabajador tendente a la declaración de nulidad de la subrogación –y de su consiguiente derecho al reintegro en su posición respecto a su anterior empleadora– es imprescriptible o no. La **STS de 21 de septiembre de 2005**, u.d., I.L. J 1675, recordando su doctrina ya unificada y tras poner de manifiesto las diferencias existentes entre el acto nulo de pleno derecho y el acto anulable, al objeto de concretar si está sujeto o no a prescripción, señalará que

III. Empresario

“con independencia de que la decisión empresarial no fuese ajustada a derecho, en modo alguno se trata de un acto que contravenga una prohibición legal establecida por razones de interés general, sino que encaja perfectamente en la condición de decisión o acto anulable, no ajustado a derecho, en aquellos casos en que no se contó con la voluntaria aceptación de los interesados. Por ello, esa decisión está sujeta a plazo de prescripción, que no puede ser otro que le previsto de manera específica en el artículo 59.1 del Estatuto de los Trabajadores, desde el momento en que la acción recitada se deriva incuestionablemente del contrato de trabajo y agota sus efectos precisamente en dicho ámbito laboral”.

La doctrina recién expuesta es aplicada también por la STS de 5 de diciembre de 2005, u.d., I.L. J 2109.

JESÚS CRUZ VILLALÓN

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Contratación: aspectos generales; apuntes breves sobre el Real Decreto-Ley 5/2006. 3. Contratación temporal. A) Supuestos. a) Contrato para obra o servicio determinado. b) Contrato eventual por circunstancias de la producción. c) Nuevos límites a la contratación temporal en fomento del empleo. d) Otros contratos temporales; de nuevo sobre el RDL 5/2006. B) Reglas generales. a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales. b) Conversión en contratos indefinidos: especial referencia a la nueva regulación del encadenamiento de contratos. c) Extinción.

4. Los contratos formativos y su reforma. 5. Contratación a tiempo parcial y fijos discontinuos. 6. Contratación en la Administración Pública. A) Contratos laborales y contratos administrativos. B) Irregularidades en la contratación temporal.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La crónica que sigue recoge una síntesis de los pronunciamientos judiciales en materia de contratación recogidos en los números 13 a 16 de *Información laboral-Jurisprudencia*. Entre ellos destacan, por su interés desde el punto de vista teórico, la **STJCE de 22 de noviembre de 2005**, I.L. J 1834, en relación con la inadecuación al derecho comunitario de normas nacionales que posibiliten contratación temporal acausal y reiterada con mayores de una cierta edad; y, desde una perspectiva más práctica, la **STS de 30 de junio de 2005**, I.L. J 1835, relativa al funcionamiento del contrato fijo de obra típico del sector de la construcción. Ambas serán objeto de tratamiento en los epígrafes respectivos.

Igualmente, se aprovechará la exposición correspondiente para dar cuenta de los contenidos en punto a contratación laboral del Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio.

2. CONTRATACIÓN: ASPECTOS GENERALES; APUNTES BREVES SOBRE EL REAL DECRETO-LEY 5/2006

Desde un punto de vista general, destaca la aprobación y entrada en vigor del Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo. Contiene esta norma, aprobada como consecuencia del diálogo social entre el Gobierno y los agentes sociales, medidas de distinta naturaleza. Dejando para un momento posterior las rela-

cionadas con la contratación temporal, interesa destacar en el terreno de la contratación indefinida las dirigidas a incentivarla.

De un lado, es objeto de atención el programa de fomento del empleo: los incentivos económicos a la creación de empleo estable —y, sólo excepcionalmente, temporal—, cuya última redacción se encontraba en la Disposición Adicional Quincuagésima de la Ley 30/2005, son regulados de nuevo (artículos 1 a 9). La fisonomía del nuevo plan guarda obvias similitudes con los anteriores, si bien existe una sustancial novedad en relación con la manera de cuantificar las bonificaciones que dejan de ser porcentuales. Estas medidas se completan, de otro lado, con la reducción de las cotizaciones empresariales por contratos indefinidos (artículo 11).

Se detecta, por último, alguna modificación técnica en la regulación del contrato de fomento de la contratación indefinida (artículo 10.dos) y, sobre todo, su reapertura a la conversión de contratos temporales en indefinidos: la letra b) del apartado 2 de la Disposición Adicional Primera de la Ley 12/2001, que había cerrado el anterior proceso a 31 de diciembre de 2003, es objeto de modificación posibilitando el recurso al contrato de fomento para los tremporales, incluidos formativos, celebrados hasta 31 de diciembre de 2007.

3. CONTRATACIÓN TEMPORAL

A) Supuestos

a) Contrato para obra o servicio determinado

En relación con el contrato para obra o servicio determinado, existe un número de sentencias del TS en el período considerado. Algunas de ellas tienen un interés relativo, puesto que abundan en aspectos ya conocidos respecto a la causalidad de este contrato. Así, la **STS de 10 de octubre de 2005**, I.L. J 1905, aborda las exigencias formales del enunciado causal, excluyendo que una causa genérica (“plan nacional de investigación de animales y carnes frescas”), sin especificar las funciones concretas u otras menciones que puedan justificar el recurso a la temporalidad en los términos del artículo 15.1.a) ET, sea suficiente para entenderlas cumplidas.

Por otro lado, las **SSTS de 19 de septiembre y 24 de noviembre de 2005**, I.L. J 1669 y 2307, respectivamente, se refieren a problemas causales conocidos. La primera aborda, aunque incidentalmente, la cuestión de si es posible justificar la temporalidad en la existencia de una contrata, dándose, como era previsible a la vista de los precedentes, respuesta positiva; la segunda, si la dependencia de subvenciones externas permite alcanzar ese mismo resultado, procediendo ahora, como era igualmente previsible por la misma razón, la negativa.

IV. Modalidades de Contratación

Algo más de interés tiene, en tercer lugar, la **STS de 19 de julio de 2005**, I.L. J 1781, en relación con la extinción paulatina del contrato de obra a medida que disminuye el volumen de trabajo necesario. Que esta posibilidad existe ha sido reconocido desde antiguo por nuestra jurisprudencia. De hecho, en el período considerado existe alguna otra sentencia sobre el particular (**STSJ de Asturias de 27 de mayo de 2005**, I.L. J 1773). Lo que es original de esta sentencia es que el tema se aborda desde una perspectiva nueva: la del alcance de la carga de la prueba. Al respecto, parece claro que es la empresa la que debe probar que la obra o servicio contratado ha terminado. Sin embargo, lo es igualmente que “el alcance de la prueba deviene problemático cuando la obra o servicio es de los que no terminan necesariamente un día concreto, sino de los que van finalizando de forma paulatina” puesto que en este caso la prueba a ofrecer por la empresa puede llegar a hacerse imposible. El pronunciamiento del TS, consciente de este problema, sienta la doctrina de que, en estos casos, la empresa cumple con acreditar la correcta causalidad del contrato y, en segundo término, que “la obra o servicio están finalizando”, en cuyo caso, “ha de aceptarse la extinción del contrato de trabajo aunque no se acredite específicamente que este concreto trabajo ya no es necesario”.

La sentencia más importante es, en fin, la **STS de 30 de junio de 2005**, I.L. J 1835, que establece una importante doctrina en relación con el contrato fijo de obra, propio del sector de la construcción. Conforme a la regulación que la negociación colectiva establece para este contrato, este contrato permite que el trabajador desarrolle su trabajo en varias obras diferentes dentro de la misma provincia, siempre que “exista acuerdo expreso para cada uno de los distintos centros sucesivos” (cfr. artículo 28.3 convenio general de la construcción). La cuestión suscitada es determinar cómo debe prestarse el indicado consentimiento. El TS parte de la idea de que es posible expresarlo en el contrato o en un momento posterior; pero, en todo caso, debe expresar suficientemente el alcance del compromiso del trabajador y, por tanto, las obras sucesivas deben constar suficientemente detalladas. Lo que es inadmisibles es prever, como se hacía en el supuesto enjuiciado, una cláusula genérica en la que se otorga previa conformidad a trabajar en todos los hipotéticos centros de la empresa existentes en la provincia. De admitir la legitimidad de esta cláusula, razona el TS, no sólo podría ponerse en entredicho la indisponibilidad de derechos sino que, sobre todo, se desnaturalizaría el régimen del contrato de obra de cuya naturaleza participa, en último término, la modalidad contractual que nos ocupa.

b) Contrato eventual por circunstancias de la producción

Los pronunciamientos recaídos sobre el contrato eventual refieren, sobre todo, al deslinde de su ámbito respecto al del contrato de obra. Cabe, en este sentido, traer a colación la **STS de 5 de diciembre de 2005**, I.L. J 2153, relacionada, nuevamente, con las empresas que desarrollan contrataciones para otras. El TS descarta que en estos supuestos, en concreto, en el sector de *telemarketing*, sea posible acudir al contrato eventual para afrontar las necesidades derivadas de una campaña. Lo correcto, a juicio del TS, es acudir al contrato de obra. Debe reconocerse que, con ello, el Alto Tribunal persigue dotar de mayor continuidad a los contratos, intentando asegurar que los mismos se extienden, cuando menos, al conjunto de la campaña. Sin embargo, no deja de sorprender la doctrina por cuanto

que olvida que el contrato eventual está pensado para incrementos de las necesidades productivas de la actividad ordinaria de la empresa, sin que quepa discutir qué es lo que se produce en casos como el descrito.

Esta misma idea, la de un contrato de obra que se convierte en el contrato tipo, se advierte en la **STS de 2 de septiembre de 2005**, I.L. J 2004, en la que se admite la legalidad del contrato de obra —cuando parece más procedente dada la naturaleza cuantitativa de la necesidad, recurrir al eventual— celebrado por un ente público (el INE) para afrontar la insuficiencia de su plantilla. Es cierto que la misma se pone en relación con las tareas censales —cuya conexión con el artículo 15.1.a) ET puede admitirse— pero no lo es menos que la sentencia concluye con una referencia enigmática en la que se “considera la insuficiencia de plantilla en las Administraciones Públicas como una circunstancia actuante equivalente a la acumulación de tareas” lo que conduce a la contratación temporal ... ¡para obra!

c) Nuevos límites a la contratación temporal en fomento del empleo

Aunque desde una perspectiva práctica pueda tener una repercusión limitada en nuestro país, tiene sumo interés la **STJCE de 22 de noviembre de 2005**, I.L. J 1834, que enjuicia, desde la perspectiva comunitaria, una norma alemana que, por razones de política de empleo, permitiría recurrir de manera prácticamente ilimitada a una contratación temporal bianual de personas mayores de una cierta edad (52 años). En la cuestión prejudicial se planteaban dos cuestiones diferentes, atinentes, la primera, a la posible contravención de la Directiva 99/70/CE, sobre el trabajo de duración determinada, y la segunda, a la de la Directiva 2000/78/CE, que establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

El TJCE entiende que la primera contravención, aunque queda parcialmente impregunada por falta de relevancia, no existe puesto que la motivación vinculada a la política de empleo parece suficiente para excluirla. Por el contrario, admite que permitir una contratación temporal ilimitada por razones de edad contraviene las exigencias de la Directiva 2000/78/CE. Es verdad (cfr. artículo 6) que la finalidad de la política de empleo aducida es suficiente para justificar tratamientos diferentes. Pero no lo es menos que ello requiere que éstos deben ser además proporcionales, juicio este último que requiere que el criterio utilizado para justificar la medida especial no sea en exclusiva la edad sino otras circunstancias que permitan concluir que el sacrificio impuesto es adecuado al fin de empleo perseguido.

d) Otros contratos temporales; de nuevo sobre el Real Decreto-Ley 5/2006

Para contratos temporales diferentes, no son de reseñar pronunciamientos en el período considerado, con la salvedad de la **STS de 2 de noviembre de 2005**, I.L. J 2057, sobre el contrato de lanzamiento de nueva actividad. Se trata de un pronunciamiento que tendría interés, si no fuera por el hecho de que este contrato desapareció hace años. Y lo tendría porque clarifica que la causa de este contrato requería una actividad objetivamente nueva,

IV. Modalidades de Contratación

y no sólo nueva para la empresa. De este modo, resultaba imposible su utilización para afrontar una contrata preexistente pero con nuevo adjudicatario.

En otro orden de consideraciones, y aprovechando esta referencia al desaparecido contrato, cabe recordar que el RD-L 5/2006 ha eliminado el contrato de inserción al que aludía el artículo 15.1.d) ET.

B) Reglas generales

a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales

Continúan encontrándose sentencias referidas a las cuestiones vinculadas a la igualdad de tratamiento de los trabajadores temporales. Señaladamente, estos pronunciamientos se refieren al juego del principio de igualdad en relación con el cómputo de antigüedad. Continúa discutiéndose si tienen o no derecho, aunque a estas alturas, vista la reiteración de los pronunciamientos del TS y la propia literalidad legal, es difícil pensar, como demuestra la **STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2005**, I.L. J 1663, que los tribunales puedan sostener una respuesta negativa.

Igualmente, son firmes los criterios de cómputo de la antigüedad: como regla general, se incluyen todos los contratos temporales consecutivos siempre que entre ellos no exista solución de continuidad relevante –esto es, que supere el plazo de caducidad de la acción de despido– (cfr. **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 16 de mayo de 2005**, I.L. J 1642). No obstante, por imperativo nuevamente del principio de igualdad, este criterio sólo resulta de aplicación cuando tal sea el criterio aplicable a los trabajadores indefinidos. Por contra, si éstos disponen de un sistema más favorable para el cálculo por la existencia de normas específicas legales o convencionales, ha de ser éste el aplicable también a los trabajadores temporales (cfr. **SSTS de 1 de julio, 14 de septiembre o 7, 13 o 24 de octubre de 2005**, I.L. J 1778, 1803, 1867, 1918 y 1927).

b) Conversión en contratos indefinidos: especial referencia a la nueva regulación del encadenamiento de contratos

Desde el punto de vista de la transformación de contratos temporales en indefinidos, el centro de atención no está en la jurisprudencia –que reitera las soluciones tradicionales (cfr. **STS de 7 de noviembre de 2005**, I.L. J 2245)– sino en la nueva regulación del encadenamiento de contratos temporales establecida por el RD-L 5/2006, contenida en el nuevo artículo 15.5 ET. El precepto, en el intento de poner nuevas restricciones a la contratación temporal, implica que, en ciertas condiciones, la reiteración de contratos temporales cuya totalización exceda de 24 meses dentro de un período de 30, conduce a la adquisición de la condición de trabajadores fijos de los contratos afectados.

Es obvio que la norma guarda cierta relación con el tratamiento jurisprudencial del encadenamiento de contratos. Sin embargo, presenta importantes diferencias que deben retenerse. En primer lugar, el tratamiento jurisprudencial se viene basando en la institu-

ción del fraude de ley de modo que, conforme a la jurisprudencia, sólo si algún contrato resulta causalmente irregular el encadenamiento desemboca en la conversión del contrato en indefinido. Por contra, el nuevo artículo 15.5 ET no exige en ningún momento la existencia de algún tipo de irregularidad contractual: basta la mera reiteración contractual –siempre que se refiera a un mismo trabajador, para un mismo puesto de trabajo y no se trate de contratos formativos de relevo o interinidad– para que se alcance el resultado si se alcanzan los períodos legalmente exigidos. Una segunda diferencia se encuentra en el tratamiento de las interrupciones contractuales: de acuerdo con la jurisprudencia, su existencia suponía la ruptura de la cadena contractual. Ahora, el precepto sostiene una solución diferente, puesto que su existencia es irrelevante siempre que se llegue a aquello. Conviene advertir, en todo caso, que la nueva solución legal no sustituye a la antigua, como expresamente se deduce del primer inciso del precepto. En consecuencia, es claro que el encadenamiento de contratos, aun sin cumplir los requisitos del nuevo artículo 15.5 ET, podrá conducir a la declaración del carácter indefinido del contrato por la vía tradicional del fraude de ley.

c) Extinción

En punto a las peculiaridades de la extinción de los contratos temporales, puede reseñarse la **STS de 10 de marzo de 2005**, I.L. J 1838, respecto al devengo de salarios de tramitación cuando aquélla deba ser tratada como despido injustificado. Conforme al pronunciamiento, que reitera una solución tradicional, aquéllos sólo han de abonarse hasta el momento en que sobrevenga una causa extintiva ordinaria.

4. LOS CONTRATOS FORMATIVOS Y SU REFORMA

Aunque no se detectan pronunciamientos relevantes respecto a los contratos formativos, merece la pena tomar nota que el RD-L 5/2006 da nueva redacción al artículo 11.2.a) ET que regula las personas que pueden suscribir un contrato para la formación. Frente a la “inflación” subjetiva que el precepto había experimentado a raíz de la reforma de 2001, la nueva norma vuelve a reducir el ámbito personal del contrato, utilizando básicamente la edad a estos efectos: 21 años, como regla general, es el tope si bien, en ciertos casos relacionados con específicas necesidades o situaciones de formación/inserción, se eleva a 24 o, incluso, desaparece.

5. CONTRATACIÓN DE TRABAJADORES FIJOS DISCONTINUOS

Como es habitual, una cuestión fundamental en la labor judicial en el deslinde entre las distintas modalidades de contratación temporal y la contratación fija discontinua. Y, como es habitual, la conclusión es clara: cuando presuntos contratos temporales de obra acotan su duración en función de campañas que se reiteran, han de ser considerados en realidad contratos fijos discontinuos. Tal es la solución que dan las **SSTS de 24 de octubre y 8**

IV. Modalidades de Contratación

de noviembre de 2005, I.L. J 1929 y 2124, respectivamente, a los contratos temporales realizados para afrontar sucesivas y reiteradas campañas de información tributaria o la impartición, con las mismas características, de un curso de formación.

Lo que interesa destacar es que la primera de estas sentencias apunta a que este tipo de necesidades generan más que contratos fijos discontinuos (artículo 15.8 ET) contratos de trabajo fijos periódicos, cuyo régimen jurídico es por tanto el del trabajo a tiempo parcial (artículo 12.3 ET). Es verdad que, conforme a las normas del ET, la distinción entre unos y otros parece encontrarse en que la reiteración se produzca o no en “fechas ciertas”. Sin embargo, para el TS, la “inexistencia de plena homogeneidad y total previsibilidad de los sucesivos ciclos o campañas” no impide el tratamiento como trabajos fijos periódicos puesto que “basta con la repetición cíclica de la necesidad productiva (...) aunque no se presente en todas ocasiones con idéntica duración e intensidad”.

Por supuesto, la existencia de una necesidad periódica es, en todo caso, presupuesto de este tipo de contrataciones como resalta la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 20 de octubre de 2005**, I.L. J 2295, que descarta que puedan usarse para hacer frente a una necesidad permanente, aunque presente pequeñas interrupciones (jardinería).

En otro orden de consideraciones, la **STS de 25 de abril de 2005**, I.L. J 1842, se ocupa del cómputo de la antigüedad de los trabajadores fijos discontinuos. La cuestión resuelta en concreto hace referencia a la eventual consideración de períodos contractuales anteriores al explícito reconocimiento de la condición de trabajadores fijos discontinuos. La respuesta que da el TS parte de una idea: han de considerarse a estos efectos aquellos contratos temporales que, materialmente, presentaran una fisonomía similar a los períodos reiterados de la contratación fija discontinua. Por el contrario, otros períodos contractuales, separados lógicamente por soluciones de continuidad trascendentes, no resultan computables.

Por último, la **STS de 29 de diciembre de 2005**, I.L. J 2179, reitera doctrina jurisprudencial anterior sobre la posible existencia de contratos fijos discontinuos en la relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos, aunque su normativa específica no menciona esta modalidad contractual.

6. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A) Contratos laborales y contratos administrativos

Los pronunciamientos analizados muestran cómo las Administraciones continúan recurriendo a la residual contratación administrativa de servicios y cómo los Tribunales de lo social continúan entrando a verificar la legalidad de esta actuación, declarando la existencia de contratos de trabajo cuando se han desbordado los estrictos límites legales. En este terreno se sitúa la **STSJ de Galicia de 6 de mayo de 2005**, I.L. J 1659, que indica cómo “la actividad contratada no era una concreta y determinada ni tampoco la propia

de asesoramiento y confianza, sino diversa, habitual y ordinaria de la Administración contratante (...) de signo heterogéneo y estructural y en condiciones propias de una relación laboral”.

B) Irregularidades en la contratación temporal

Por lo que se refiere a los efectos de las irregularidades en la contratación temporal desarrollada por las Administraciones, el contencioso judicial continúa refiriéndose a la categoría del personal laboral indefinido pero no fijo de plantilla –categoría que, por cierto, se extiende, por acción del RD-L 5/2006, a los casos de encadenamiento de contratos derivados del nuevo artículo 15.5 ET (cfr. nueva redacción de la Disposición Adicional Decimoquinta ET)–.

En relación con este peculiar personal, se confirman líneas interpretativas tradicionales relativas a la inaplicación de la categoría en las empresas públicas (**STSJ de Cataluña de 20 de mayo de 2005**, I.L. J 1644) o en relación con la posibilidad de extinguir la relación una vez convocado el oportuno proceso selectivo sin que ello constituya despido (**STSJ de Galicia de 5 de mayo de 2005**, I.L. J 1651).

Con todo, existe un punto en el que parece haberse producido una cierta inflexión interpretativa: los eventuales efectos del despido improcedente de este personal cuando el convenio colectivo aplicable prevé que la opción corresponde al trabajador. Los pronunciamientos del TS parecen haber excluido tradicionalmente que este tipo de reglas resultara aplicable a este tipo especialísimo de trabajadores. Sin embargo, la **STS de 22 de septiembre de 2005**, I.L. J 1668, matiza este criterio entendiendo que no existe ningún inconveniente en que el convenio colectivo extienda tal garantía a los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla, siempre que lo haga expresamente. Por ello, la sentencia entiende que en el supuesto de autos, la opción le corresponde al trabajador, al haberse incluido esta regla en el convenio como garantía del empleo aplicable a todas las formas extintivas. Y por ello también otras sentencias contemporáneas excluyen que la opción corresponda al trabajador por haberse previsto esta solución sólo para el despido disciplinario en sentido estricto (**SSTS de 19 de septiembre y 25 de octubre de 2005**, I.L. J 1793, 1935 y 2039).

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

MARÍA AMPARO GARCÍA RUBIO

LUIS ENRIQUE NORES TORRES

MERCEDES LÓPEZ BALAGUER

MARÍA AMPARO ESTEVE SEGARRA

V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Salario. A) Definición y composición de la estructura salarial.

a) Pagas extraordinarias. Prorratio. Sólo cabe si así se hubiera acordado de forma colectiva.

El pacto individual carece de eficacia a tales efectos y no libera al empresario del abono de

su importe. b) Recibo de salarios. Necesidad de que se documente en soporte papel, no sien-

do válida la entrega en formato electrónico. c) Plus de peligrosidad, toxicidad y penosidad.

Requisitos necesarios para su devengo. d) Salario en especie. No tiene tal consideración el

vehículo que la empresa pone a disposición del trabajador con el objeto de que éste pueda

desempeñar correctamente sus funciones. e) Absorción y compensación salarial. No procede

cuando las mejoras salariales tienen su origen en una misma fuente de regulación. B) Igual-

dad de retribución y prohibición de discriminación. a) Impugnación de Convenio Colectivo.

Distinción cuantitativa entre Áreas y Especialidades en el Plus de Técnico de Mantenimiento

de Aeronaves. b) Conflicto colectivo. Participación en beneficios. Principio de igualdad de

remuneraciones. C) Fondo de Garantía Salarial. a) Excepción de prescripción opuesta por

el FOGASA, respecto de la deuda que los trabajadores reclaman al empresario, en el proceso

seguido frente a la empresa como obligada directa, y en el que fue citado cumpliendo con

el mandato del artículo 23.2 LPL: respuesta expresa en el fallo de la sentencia a la excepción

planteada por el FOGASA. b) Responsabilidad subsidiaria: alcance en los supuestos en que

ya se ha hecho efectiva previamente la responsabilidad directa del 40% de la indemnización.

c) Responsabilidad subsidiaria: procede. Nuevos vínculos laborales entre las mismas partes

contratantes con solución de continuidad. d) Responsabilidad subsidiaria: no procede.

Indemnización pactada por empresa insolvente en conciliación judicial. **2. Jornada de traba-**

jo. A) Jornada anual. Implica la ausencia de retribución adicional los años bisiestos.

B) Horas extraordinarias. a) No cabe su retribución por debajo del valor de la hora ordi-

naria. b) Prueba. Corresponde al trabajador. C) Tiempo de presencia. No lo es el tiempo de

inactividad de los guardas de establecimientos educativos o sanitarios franceses. D) Reduc-

ción de jornada. Derecho de los trabajadores a concretar el horario de la jornada reducida en cualesquiera de los turnos existentes en la empresa. **3. Movilidad funcional.** A) Movilidad externa. a) Concurrencia del supuesto legal. b) Titulación y movilidad funcional.

c) Garantías del trabajador: retribuciones por realización de funciones de superior categoría. a') Órdenes emanadas de órgano incompetente, realización de funciones de superior categoría y retribución. b') Diferencia con los complementos salariales. B) Movilidad interna.

4. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. A) Conflicto colectivo. El cambio de los descansos en sábados y domingos de la plantilla de auxiliares de clínica adoptado unilateralmente por la empresa supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que debió seguir los trámites del artículo 41 del ET. Nulidad de la decisión empresarial. B) Conflicto colectivo. La deflación del escalado de comisiones no supone una modificación sustancial de condiciones de trabajo. No se suprime el sistema de incentivos. Actuación de la empresa ajustada a derecho. C) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Incumplimiento de trámite del artículo 41.1 ET. Nulidad de la medida. (Modificación del prorrateo de las pagas extraordinarias). D) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. No sujetas a los trámites del artículo 41 ET. Su impugnación puede realizarse a través del proceso ordinario y la acción no está sujeta al plazo de caducidad de 20 días. E) Conflicto colectivo. Desestimación. Modificaciones de las condiciones de trabajo no sustanciales. Diferencias con éstas. F) Conflicto colectivo. Desestimación. Modificación no sustancial –no sobrepasa los límites del *ius variandi*– de las condiciones de trabajo de los viajantes o vendedores. G) Modificación de las condiciones de trabajo. Impugnación. Plazo de caducidad. H) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Ejecución de sentencia. Desestimación. Competencia funcional apreciable de oficio. I) Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Concepto. Alteración de los aspectos fundamentales de la relación. Extinción contractual. Incumplimiento empresarial. Perjuicio profesional. El nuevo puesto nada tiene que ver con el trabajo desempeñado por el actor ni con su formación de jurista. J) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Alteración unilateral del empresario de plus salarial creado por pacto de ambas empresas. Nulidad de la decisión empresarial.

5. Excedencias. A) Excedencia: despido improcedente. Contenido de la opción. B) Excedencia voluntaria: carga de la prueba de la existencia de vacante.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 13 a 16 de 2006 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1640 a J 2329).

1. SALARIO

A) Definición y composición de la estructura salarial

a) Pagas extraordinarias. Prorratio. Sólo cabe si así se hubiera acordado de forma colectiva. El pacto individual carece de eficacia a tales efectos y no libera al empresario del abono de su importe

A finales del pasado año 2005, dos sentencias del Tribunal Supremo se pronunciaron sobre la eficacia del acuerdo individual en virtud del cual se establecía el abono de las pagas extraordinarias de forma prorrateada en las doce mensualidades del año, al margen de lo previsto en el convenio colectivo de aplicación.

Ambas sentencias resuelven un supuesto idéntico, en base a una misma fundamentación jurídica, por lo que merecen ser analizadas de forma conjunta.

La cuestión que se plantea en ambos casos, es si las gratificaciones extraordinarias han de ser abonadas en las fechas previstas en el convenio colectivo o si cabe su pago fraccionado en cada uno de los meses en que se presta servicios. Según reza el artículo 31 del ET, “el trabajador tiene derecho a dos gratificaciones extraordinarias al año, una de ellas con ocasión de las fiestas de Navidad y la otra en el mes que se fije por convenio colectivo o por acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores. Igualmente se fijará por convenio colectivo la cuantía de tales gratificaciones. No obstante, podrá acordarse en convenio colectivo que las gratificaciones extraordinarias se prorrateen en las doce mensualidades”. De acuerdo a lo previsto en este artículo, el legislador ha establecido unos mínimos indisponibles con respecto a las gratificaciones extraordinarias que se centran en concretar el número de pagas extraordinarias al año y la fecha en la que ha de abonarse una de ellas. Sin embargo, en lo que respecta al mes en que se debe abonar la otra gratificación, la cuantía de ambas pagas y la posibilidad de que su importe se prorratee mensualmente, el legislador ha preferido remitirse a la negociación colectiva. En su virtud, el pacto individual por el que se acuerda el prorrateo de las pagas extraordinarias carece de validez alguna, ya que el artículo 31 del ET reserva la ordenación de este aspecto al convenio colectivo.

Partiendo de la falta de validez de tal acuerdo, los trabajadores reclamaron su derecho a que se les abonaran las pagas extras, mientras que la empresa argumentaba que el importe de las mismas ya había sido ingresado mensualmente y que debía operar, en consecuencia, la compensación salarial.

De acuerdo a lo previsto en la STS de 19 de septiembre de 2005, I.L. J 1670, y la STS de 7 de noviembre de 2005, I.L. J 2242, no cabe tal compensación. En primer lugar, porque “no estamos en presencia de personas que sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra” y en segundo lugar, porque el propio convenio colectivo establece de forma expresa que queda “prohibido todo pacto por salario global, debiéndose abonar todos los devengos pactados en este convenio en las fechas previstas para cada uno de ellos, de tal manera que cualquier prorrateo de las gratificaciones extraordinarias (junio y diciembre) se considerará como salario o jornal ordinario correspondiente al período en que indebidamente se haya incluido en dicho prorrateo”. Los términos en los que se expresa el convenio colectivo son tan explícitos que el Tribunal Supremo considera, en ambos casos, que el prorrateo de las pagas extraordinarias no libera al empresario de su abono en las fechas previstas convencionalmente.

b) Recibo de salarios. Necesidad de que se documente en soporte papel, no siendo válida la entrega en formato electrónico

La SAN de 27 de mayo de 2005, I.L. J 1766, resuelve el conflicto colectivo planteado por CONFIA-CCOO contra una entidad financiera, como consecuencia de la decisión empresarial de sustituir la entrega en soporte físico del recibo de salarios por una entrega en formato electrónico.

A raíz de esta decisión empresarial, los trabajadores podían acceder a través de la Intranet Corporativa a diversos archivos del Departamento de Recursos Humanos y obtener una copia de los mismos, pudiendo imprimir incluso los doce últimos recibos de salarios. Sin embargo, los trabajadores consideraron que tal medida vulneraba sus derechos, por cuanto la entrega de la nómina en formato electrónico no revestía —a diferencia de la entrega en soporte papel— la garantía de estar avalada por la firma y el sello del empresario.

Según la sentencia analizada, la cuestión ha de resolverse en sentido favorable a los trabajadores. El artículo 29.1 del ET establece que los recibos de salarios se ajustarán al modelo que apruebe el Ministerio de Trabajo, salvo que por convenio o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otro modelo que contenga con la debida claridad y separación las diferentes percepciones del trabajador, así como las deducciones que igualmente procedan.

Pues bien, la Orden Ministerial de 27 de diciembre de 1994, aprobó un modelo de recibo de salarios que contiene la firma y el sello de la empresa. Con la entrega del recibo de salarios en soporte informático, se están obviando ambos elementos y esta supresión no puede ser considerada baladí. El recibo de salarios, así entregado, carecería de valor procesal por lo que se estaría privando a los trabajadores de un mecanismo de prueba que la ley les reconoce.

En consecuencia, la Audiencia Nacional estima la demanda y reconoce el derecho de los trabajadores a que el recibo de salarios se extienda en soporte papel.

c) Plus de peligrosidad, toxicidad y penosidad. Requisitos necesarios para su devengo

En el supuesto enjuiciado por la STS de 17 de noviembre de 2005, I.L. J 2202, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo analiza si se cumplen los requisitos necesarios para que se devengue el plus de peligrosidad, toxicidad y penosidad.

En este caso, el actor trabajaba como encargado en una empresa que cubría el mantenimiento de determinados servicios para el aeropuerto de Málaga; concretamente, los sistemas de aire acondicionado, los pozos fecales, la depuradora de residuos sólidos y la planta de ósmosis, con utilización de productos tóxicos y peligrosos.

La empresa abonaba a los trabajadores con categoría de oficiales de mantenimiento un plus de peligrosidad, toxicidad y penosidad que ascendía a un veinte por ciento del salario base más la antigüedad; sin embargo, no abonaba dicho complemento al demandante, que ostentaba la categoría de encargado y que realizaba trabajos de oficina, así como tareas de supervisión, colaboración y ayuda a los demás empleados, en los lugares y puestos de trabajo correspondientes a los servicios anteriormente mencionados.

El trabajador demandó a la empresa en reclamación de cantidad, reivindicando el pago del citado complemento, pero tanto el Juez de lo Social como el Tribunal Superior de Justicia desestimaron su pretensión. Disconforme el trabajador, interpuso recurso de casación para unificación de doctrina y el Tribunal Supremo, sin embargo, reconoció el derecho del trabajador a percibir el plus de peligrosidad, penosidad y toxicidad, al considerar que el demandante “desarrollaba todos los días una actividad relacionada con los pozos fecales, la depuradora de residuos sólidos y la planta de ósmosis, mantenimiento que implica o lleva consigo la utilización de productos tóxicos y peligrosos; lo que significa que dicho trabajador lleva a cabo todos los días, en mayor o menor medida, una actividad realizada en ambientes peligrosos, tóxicos o penosos”.

De acuerdo a lo expuesto, el Tribunal Supremo considera que se cumplen los dos requisitos señalados por la doctrina jurisprudencial para generar el derecho al citado complemento: el primero, la naturaleza del propio puesto de trabajo, el hecho de que se trate de un puesto de trabajo que, en sí mismo, sea peligroso, penoso o tóxico. Y el segundo, que estas tareas se desempeñen de forma habitual.

Distinto signo hubiera tenido el fallo si la empresa hubiera acreditado que estas tareas peligrosas, tóxicas o penosas habían sido “mínimas, exiguas e irrelevantes, en comparación con el resto del trabajo” desempeñado por el actor. Pero tal demostración no se produjo y, en consecuencia, el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación y reconoció el derecho del trabajador a percibir el plus de peligrosidad, toxicidad y penosidad.

d) Salario en especie. No tiene tal consideración el vehículo que la empresa pone a disposición del trabajador con el objeto de que éste pueda desempeñar correctamente sus funciones

El objeto de la STS de 21 de diciembre de 2005, I.L. J 2222, se centra en determinar si el importe en el que se cuantifica la utilización del vehículo puesto por la empresa a disposición de un empleado tiene la condición o no de salario en especie y si, en consecuencia, dicha suma ha de computarse a los efectos de fijar la indemnización por despido improcedente.

De acuerdo a lo previsto en el artículo 26.1 del ET, se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de su remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo.

Pues bien, la STS de 21 de diciembre de 2005, I.L. J 2222, considera que la puesta a disposición de un automóvil, en este caso en concreto, no tenía como finalidad retribuir al empleado por su trabajo, sino que obedecía a la necesidad de éste de utilizar un vehículo para desempeñar correctamente las funciones que, como jefe de ventas, tenía encomendadas. Lo que pretendía la empresa con tal atribución, era facilitar el trabajo del empleado, poniendo a su disposición la herramienta más adecuada. En consecuencia, la utilización del vehículo no revestía naturaleza salarial por cuando no suponía una contraprestación por el trabajo.

No obstante, resulta de interés traer a colación el siguiente extremo. De acuerdo a la fundamentación fáctica de la sentencia recurrida, se relaciona como hecho probado que el demandante utilizaba el vehículo durante los fines de semana, para usos estrictamente particulares. La utilidad que este uso particular reporta al trabajador ¿puede reputarse salario en especie? En la sentencia analizada, el Tribunal Supremo resuelve esta cuestión en sentido negativo, considerando que lo único que ha sido acreditado es que el vehículo era utilizado, de hecho, por el trabajador durante los fines de semana y en beneficio propio; pero que no se había acreditado que la voluntad de las partes fuera, precisamente, que el jefe de ventas viera retribuido su trabajo mediante la posibilidad de utilizar el vehículo de la empresa durante los fines de semana; pues tal utilización en la práctica podía deberse a otras causas “tales como la mera tolerancia por parte de la empresa o incluso (...) el incumplimiento contractual en este punto por parte del empleado”.

En consecuencia, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la empresa y deniega al trabajador el derecho a que este importe sea computado en el cálculo de la indemnización por despido.

V. Dinámica de la Relación Laboral

e) Absorción y compensación salarial. No procede cuando las mejoras salariales tienen su origen en una misma fuente de regulación

En el supuesto enjuiciado por la STS de 26 de diciembre de 2005, I.L. J 2177, una agencia de noticias había ofrecido a tres ayudantes de redacción una compensación económica de carácter mensual, con el objeto de incentivar su traslado voluntario a otro centro de trabajo.

Una vez trasladados, la empresa reajustó la categoría profesional de estos trabajadores, quienes —disconformes con el nuevo encuadramiento— solicitaron el reconocimiento de la categoría de reportero.

A raíz de esta reclamación, les fue reconocida esta categoría profesional, pero la empresa decidió suprimir, entonces, la compensación por traslado que hasta ese momento les había venido abonando, absorbiendo su importe en el incremento salarial derivado del cambio de categoría.

Como consecuencia de la supresión de este concepto, los trabajadores demandaron a la empresa en reclamación de cantidad, reivindicando el abono de esta compensación por traslado, considerando que dicho concepto no tenía el carácter de absorbible, ni compensable.

El Tribunal Supremo entendió que este concepto tenía naturaleza salarial (por cuanto pretendía incentivar el traslado voluntario a otro centro de trabajo), no consolidable (en la medida en que su devengo se vinculaba a que los trabajadores siguieran prestando servicios en el centro de trabajo de destino), pero, en absoluto, compensable con la elevación salarial derivada del correcto encuadramiento de los trabajadores en la nueva categoría de reporteros.

Según lo previsto en el artículo 26.5 del ET, operará la compensación y absorción cuando los salarios realmente abonados, en su conjunto y cómputo anual, sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia. Es decir, la figura de la compensación y la absorción salarial tiene por objeto evitar la superposición de las mejoras salariales que tuvieran su origen en diversas fuentes reguladoras del mismo, pero no pretende neutralizar aquellas mejoras que resulten de aplicar una misma fuente de regulación. Por lo expuesto, en el caso analizado no puede operar la absorción y compensación salarial “puesto que se trata de devengos que tienen su expresión y regulación en el mismo cuerpo normativo”.

B) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación

a) Impugnación de Convenio Colectivo. Distinción cuantitativa entre Áreas y Especialidades en el Plus de Técnico de Mantenimiento de Aeronaves

La demanda formulada por la Confederación General del Trabajo tiene por objeto la impugnación del XV Convenio Colectivo de la empresa “Iberia LAE, SA” y su Personal de

Tierra a fin de que se declare la nulidad del artículo 157 bis, que según la tesis actora, infringe el principio de igualdad, en cuanto que la distinción cuantitativa en el Plus de Técnico de Mantenimiento de Aeronaves entre las Áreas y Especialidades no responde a una justificación ni objetiva ni razonable.

La SAN de 10 de marzo de 2005, I.L. J 1720, reitera doctrina del Tribunal Constitucional en el sentido que no es contraria al principio de igualdad la regulación diferente en Convenio Colectivo de condiciones de trabajo si va referida a distintas actividades y responde a las peculiaridades de cada una de ellas y las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción son adecuadas y proporcionadas. En la Sentencia se pone de relieve que el precepto citado distingue efectivamente diversas Áreas, Especialidades, Niveles y Jefaturas, asignando distintas sumas según se trate de unos u otros, pero es el Apéndice del Convenio el que ofrece la pauta y los parámetros necesarios para concluir que la justificación ofrecida por la norma impugnada, en orden a la diferenciación o consignación de diversas cuantías, obedece a criterios objetivos y razonables. Al respecto, señala la Audiencia Nacional:

“Los principios generales que establece ese Apéndice ponen de relieve la variedad y complejidad de las funciones encomendadas al colectivo de TMA's y aunque existan algunas comunes a todos ellos, define seguidamente parcelas de actividad para cuya cobertura se regulan áreas y especialidades, junto al mecanismo de responsabilidad sobre las tareas y funciones definidas, las exigencias de conocimientos técnicos, la posesión de destrezas para la realización de un conjunto de labores, además del cumplimiento de las previsiones del capítulo XIV del convenio en orden a la movilidad”.

b) Conflicto colectivo. Participación en beneficios. Principio de igualdad de remuneraciones

El conflicto colectivo gira en torno a la decisión de Eads Telecom España, SAU, de no repartir beneficios en los años 2002, 2003 y 2004 a los trabajadores, a diferencia de lo acaecido en otras empresas del grupo, que han percibido las dos partes. Invoca la parte actora la concurrencia de una conducta discriminatoria en tal aplicación selectiva de la paga de beneficios a algunas empresas del mismo grupo al que pertenece la empresa mencionada, sin justificación objetiva alguna para hacerlo en este modo.

Dicho conflicto colectivo afecta a todos los trabajadores de la empresa Eads Telecom España, SAU (aproximadamente 100) que prestan servicios en los centros de trabajo que la misma tiene en Madrid y Barcelona. La Entidad Matra Radio Systems, SA, cambió su denominación social por la de Eads Telecom España, SAU absorbiendo ésta a la primera en 2002. La compañía Northern Telecom France, SA transfiere el 18 de septiembre de 2003 un total de 44.799 acciones a Eads Telecom Holding; en la misma fecha por parte de Nortel Networks Internacional Finance Holding transfiere a Eads Deutschland GMBH 32.694 acciones de su capital accionariado. La empresa demandada pertenece al Grupo

V. Dinámica de la Relación Laboral

siendo su titularidad accionarial de la empresa con Holanda Eads NV, cabecera del grupo empresarial que controla en proporción diversa a otras empresas con Europa.

La SAN de 27 de abril de 2005, I.L. J 1765, concluye que aunque esté acreditado el abono o reparto de beneficios en las anualidades anteriores por parte de otras entidades pertenecientes al mismo grupo Eads, tal circunstancia no conlleva la concurrencia de la situación de discriminatoria denunciada, fundamentando tal fallo en los siguientes argumentos:

“no se olvide que el punto de partida, ya repetido, es el de un sistema perfilado de manera unilateral por la dirección del grupo, cuya estandarización se proyectó para 2005, siendo discrecional su establecimiento por las empresas integrantes. Éstas lo abonarán, en su caso, con fondos propios, en función de las circunstancias concurrentes, es decir, si obtuvieron beneficios y a quienes no reciben otros elementos retributivos vinculados a resultados (según la presentación inicial del Plan), lo que implica necesariamente la falta de homogeneidad que trata de solucionarse con la implantación generalizada en un determinado momento no vencido; hasta entonces la existencia de la aplicación selectiva a que refiere no sólo la demanda, sino también el informe de la Inspección de Trabajo, responde a la concurrencia de todos esos parámetros, enervando la aplicabilidad de un tratamiento igual cuando los elementos objeto de comparación no lo sean, y para ello hubiera sido imprescindible la constatación de que las situaciones puestas en conexión ocupan una posición equiparable, o tienen los elementos de homogeneidad imprescindibles, no bastando a tal efecto la mera pertenencia al grupo indicada ni el hecho de que el mecanismo de cálculo de una de las partes del sistema se realice de forma genérica, vinculado a los resultados del grupo— que, sin embargo no lo abona la matriz, no existe un fondo común— y totalizando el número de trabajadores para obtener una cifra igual, pues la aplicación final va a depender de la situación de la empresa en concreto”.

C) Fondo de Garantía Salarial

- a) Excepción de prescripción opuesta por el FOGASA, respecto de la deuda que los trabajadores reclaman al empresario, en el proceso seguido frente a la empresa como obligada directa, y en el que fue citado cumpliendo con el mandato del artículo 23.2 LPL: respuesta expresa en el fallo de la sentencia a la excepción planteada por el FOGASA

En el supuesto que resuelve la STS de 14 de octubre de 2005, I.L. J 1920, reitera de nuevo el TS que el FOGASA, en el proceso seguido por los trabajadores frente a la empresa, puede oponer la excepción de prescripción de su posible responsabilidad subsidiaria respecto de la deuda que los trabajadores reclaman al empresario y que tal formulación exige una respuesta expresa del órgano judicial, no sólo en los fundamentos, sino también en el fallo de su sentencia.

A esta cuestión se refieren también las anteriores SSTs de 22 de octubre de 2002, I.L. J 2451, de 24 de noviembre de 2004, I.L. J 2431, y de 28 de abril de 2005, I.L. J 846.

b) Responsabilidad subsidiaria: alcance en los supuestos en que ya se ha hecho efectiva previamente la responsabilidad directa del 40% de la indemnización

La cuestión planteada en la STS de 18 de noviembre de 2005, I.L. J 2100, es determinar el alcance de la responsabilidad subsidiaria del FOGASA en supuestos de empresas de menos de 25 trabajadores cuando ya se ha hecho efectiva la responsabilidad directa del 40% de la indemnización por el FOGASA, y concretamente si aquella está sujeta también a los límites del artículo 33.2 ET, debiendo descontarse del tope máximo el indicado 40%.

El TS señala que no existen dos indemnizaciones separadas, sino una única, que se hace efectiva, de forma directa y subsidiariamente, sin que en ningún caso la suma de ambas pueda superar los topes máximos previstos en el artículo 33.2 ET, de modo que dicho precepto representa el límite de la responsabilidad total del FOGASA, directa y subsidiaria. Por ello, el FOGASA deberá abonar el 60% de la indemnización legal determinada de acuerdo con la forma y topes previstos en el artículo 33.2 ET, descontando del indicado tope máximo lo ya percibido del 40% directamente.

c) Responsabilidad subsidiaria: procede. Nuevos vínculos laborales entre las mismas partes contratantes con solución de continuidad

En la STS de 20 de septiembre de 2005, I.L. J 1853, se señala que la responsabilidad subsidiaria del FOGASA no es única e irrepetible en aquellos casos en que se suceden en el tiempo, y con determinadas soluciones de continuidad, varios contratos de trabajo entre el mismo trabajador y la misma empresa.

El TS indica que mantener que una vez constituida una relación laboral entre una determinada empresa y un determinado trabajador y finalizada la misma con asunción de responsabilidad subsidiaria del FOGASA ya no hay posibilidad legal de que el mismo asuma una nueva responsabilidad de la misma índole ante futuros vínculos laborales concertados entre las mismas partes contratantes resulta excesivo y que, sobre todo, no se compagina con el texto y el significado del artículo 33.1 ET, que no establece restricción alguna al respecto, siempre y cuando no se ponga de manifiesto que quienes suscriben, con solución de continuidad, sucesivos contratos de trabajo tratan de ocasionar un fraude a los intereses públicos propios del FOGASA.

d) Responsabilidad subsidiaria: no procede. Indemnización pactada por empresa insolvente en conciliación judicial

En STS de 23 de noviembre de 2005, I.L. J 2086, se reitera la doctrina jurisprudencial plasmada en anteriores SSTs de 26 de diciembre de 2002 y de 23 de abril de 2004, I.L. J 2716 y 389, respectivamente, en donde se cuestionó si el FOGASA debe o no responder, en caso de insolvencia empresarial, de la indemnización pactada entre la empresa y el

V. Dinámica de la Relación Laboral

trabajador en conciliación administrativa, tras reconocer la empleadora la improcedencia del despido de dicho trabajador.

En los pronunciamientos indicados se señala que la doctrina en la materia ya ha sido unificada, a partir de la STS de 4 de julio de 1990, recaída en un recurso “en interés de la ley”, votada en Sala General, y cuya doctrina se ha seguido por otras SSTs posteriores, como las de 22 de diciembre de 1998, de 17 de enero de 2000 y de 26 de diciembre de 2002, en donde se ha concretado que lo que el precepto estatutario pone a cargo del FOGASA son las prestaciones que sustituyen obligaciones incumplidas por un empresario insolvente en materia de salarios e indemnizaciones por cese, y que estos conceptos dinerarios no se atienden sin más sino que es preciso disponer de un título habilitante que la norma exige.

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

Por lo que respecta a la doctrina sentada por la conocida Sentencia del TJCE de 12 de diciembre de 2002, por la que se resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha acerca de si el artículo 33.1 ET respetaba o no el Derecho Comunitario, y, en concreto, la Directiva 80/987/CEE del Consejo, indica el TS que en dicha Sentencia se resolvió una consulta relacionada con los salarios de tramitación, y que el principio de igualdad de trato que utilizó el TJCE en el indicado pronunciamiento no puede extenderse a este supuesto concreto en que lo único que se reclama y se pactó en la conciliación judicial fue una “indemnización por despido” que en modo alguno tiene la consideración de salario de conformidad con nuestra legislación –artículo 26 ET–.

A la indemnización, saldo y finiquito pactados en conciliación extrajudicial se refiere la STSJ de Madrid de 24 de mayo de 2005, I.L. J 1659.

2. JORNADA DE TRABAJO

A) Anual. Implica ausencia de retribución adicional los años bisiestos. ¿Deben las empresas abonar un día más de salario los años bisiestos?

Ésta es la cuestión que analiza la STS de 27 de octubre de 2005, I.L. J 1937.

En el caso concreto planteado la respuesta que ofrece el Tribunal es negativa, si bien condicionada por el hecho de que el convenio colectivo por el que se regía la empresa contemplaba un módulo salarial anual y no diario.

A *sensu contrario* cabe entender que vendrán obligadas a satisfacer esta jornada extraordinaria aquellas empresas que tengan acordado su salario en módulo diario.

Esta obligación podrá afectar a la totalidad de la plantilla, si el convenio colectivo fija el salario diario para la totalidad de categorías profesionales, o tan sólo como suele ser habitual, para determinadas categorías profesionales que cotizan en referencia a una base diaria y no mensual (Oficiales de primera, segunda, tercera y especialistas incluidos en los grupos 8 y 9 de cotización).

B) Horas extraordinarias

a) Retribución por debajo del valor de la hora ordinaria. Ilegalidad

En crónicas anteriores, ya hemos hecho referencia a la nueva línea jurisprudencial del TS, que inadmite de forma radical, declarando nulos, los convenios o acuerdos colectivos que pacten o permitan la retribución de las horas extraordinarias en precio inferior al que se tenga estipulado para la hora ordinaria.

La última Sentencia que comentamos fue la STS de 4 de julio de 2005, I.L. J 1193.

Esta línea doctrinal se consolida y mantiene en las SSTS de 27 de noviembre de 2005, I.L. J 1801 y de 6 de octubre de 2005, I.L. J 1828.

En ambas se concluye que el artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores posee carácter de norma de derecho necesario absoluto lo que la convierte en indisponible para la negociación colectiva. Ello atendiendo, no sólo a una interpretación literal del texto (en “ningún caso el valor de la hora extraordinaria puede ser inferior al valor de la hora ordinaria”) sino también atendiendo a la finalidad perseguida por el mismo cual es el de minimizar o restringir estos excesos de jornada.

El criterio anterior que permitía negociar el valor de la hora extraordinaria por debajo del valor de la hora ordinaria quedó reflejada entre otras, en la STS de fecha 27 de febrero de 1995, recurso 981/2004, que señalaba con apoyo en otros fallos anteriores que:

”es lícita y válida la disposición o cláusula de un convenio colectivo en la que se fija el valor de la hora extraordinaria en cuantía inferior a la que resultaría de una interpretación excesivamente rigurosa del artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores pues tal cláusula encuentra apoyo en lo que establece el artículo 37.1 de la Constitución Española y los artículos 82 y siguientes del citado Estatuto, dado que la libertad negocial que a las partes sociales que intervienen en la negociación colectiva reconocen estos preceptos permite pactar módulos para el cálculo de las horas extraordinarias e incluso cuantías que resulten inferiores a las que derivan de la interpretación mencionada, pues esa libertad negocial que consagra el artículo 37.1 de la Constitución legitima que las partes sociales, a la hora de pactar las condiciones económicas, repercutan las subidas salariales convenidas en la negociación colectiva en la forma en que estimen más conveniente, en los distintos

V. Dinámica de la Relación Laboral

elementos de la estructura salarial, aunque ello suponga que la retribución de las horas extraordinarias no alcance aquella cuantía (..)”.

Este criterio ha sido superado en la actualidad por la Sentencia que comentamos y otras anteriores (Sentencias del Tribunal Supremo Sala de lo Social de fechas 14 de marzo de 2005, I.L. J 472; 21 de diciembre de 2004, I.L. J 257; 22 de diciembre de 2004, I.L. J 249; 12 de enero de 2005, I.L. J 36; 24 de febrero de 2005, I.L. J529; 14 de marzo de 2005, I.L. J 472).

Se explica en todas ellas cómo la doctrina anterior se enmarcaba en un contexto en el que el valor de la hora extraordinaria había sido encarecido bruscamente por el legislador en el ánimo de erradicar la realización de las horas extraordinarias (primero en un 25% en la Ley de Jornada Máxima y después en un 50% con la Ley de Relaciones Laborales).

De esta manera cuando las horas extraordinarias en la negociación colectiva se pactaban por debajo de lo dispuesto en el Estatuto de Trabajadores (75% de recargo) se entendía lícito por la anterior jurisprudencia, máxime si el trabajador disfrutaba de otro tipo de compensaciones dentro de los mandatos legales.

Pero, con posterioridad se aprobaría la Ley 11/1994, la cual desgrava las horas extraordinarias, remitiendo a la negociación colectiva la fijación de su abono, que “en ningún caso” podrá ser inferior a la hora ordinaria.

Ante este cambio legislativo, entiende la Sala que no hay motivo que justifique mantener la disponibilidad del valor de la hora extra por la negociación colectiva, cuando el anterior recargo excesivamente gravoso (75%) ha desaparecido.

Es éste el motivo por el que en la actualidad se sostenga que el artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores se trata de una norma de derecho necesario absoluto que convierte en indisponible para la negociación colectiva la cuantía mínima de las horas extraordinarias.

En este sentido señala la Sala respecto al contenido del artículo 35.1 del ET y su relación con el derecho a la negociación colectiva lo siguiente:

“(…) El principio consagrado en el artículo 37.1 de la Constitución, que como vulnerado se denuncia en el recurso, al garantizar el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, no impide al legislador situar a los convenios colectivos en un escalón jerárquicamente inferior al que ocupan las disposiciones legales y reglamentarias conforme lo dispuesto en el artículo 3.1.b) del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 85.1 de la propia Ley”.

b) Carga de la prueba. Corresponde al trabajador

Afirma la STSJ de Asturias de 1 de abril de 2005, I.L. J 1739, que la carga de la prueba en las reclamaciones de horas extraordinarias exige del actor una prueba detallada de las

horas realizadas y fechas en que se suceden sin que las posibles ambigüedades de la empresa al contestar la demanda puedan ser interpretadas en sentido favorable a la accionante.

Con este pronunciamiento, la Sala de Andalucía se alinea en la línea clásica jurisprudencial que exige al actor una prueba rigurosa, estricta, y detallada de la realización de cada una de las horas extraordinarias reclamadas. Esta doctrina que se contiene entre otras en la STS de 11 de junio de 1993, recurso 660/1992, es seguida en la actualidad por algunos TTSSJ, como es el caso del TSJ de Andalucía (Sevilla) en Sentencia de 23 de enero de 2001, I.L. J 1203.

Frente a esta línea clásica seguida por la Sentencia que comentamos, se va abriendo cada vez con más contundencia a nivel de distintos TTSSJ una doctrina Jurisprudencial que dulcifica este rigorista en beneficio del derecho a la tutela judicial efectiva y en el ánimo de corregir supuestos de indefensión que, en ocasiones, puede provocar la doctrina clásica.

Ejemplo de esta postura se contiene en la STSJ de Canarias (Las Palmas) de fecha 30 de abril de 2001, I.L. J 1450, que sostiene la inversión de la carga de la prueba cuando el empresario incumple su obligación de llevar registro diario de trabajo (artículo 35.5 del ET) y de otorgar al trabajador una copia del resumen anual de horas extraordinarias. En el mismo sentido puede consultarse la STSJ de Baleares de 21 de mayo de 2001, I.L. J 1272.

C) Tiempo de presencia. No lo es el tiempo de inactividad de los guardas de establecimientos educativos o sanitarios franceses

¿Puede la regulación de un estado nacional, regular autónomamente el concepto de tiempo de trabajo definido en el artículo 2 de la Directiva 93/104 sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo?

Éste es el tema que analiza la STJCE de 18 de octubre de 2005, I.L. J 1883.

El pronunciamiento nace a raíz del conflicto existente entre las definiciones que de tiempo de trabajo contiene la Directiva Comunitaria y las que se contienen en el ordenamiento jurídico francés (Decreto 2001-1384 relativos a educadores, enfermeros, ayudantes técnicos sanitarios o de quienes les reemplacen asumiendo la responsabilidad de la vigilancia nocturna).

Esta norma parte de la existencia de importantes lapsos de inactividad en este tipo de tareas de guardia nocturna, motivo por el que dispone que el cómputo de estas horas debe hacerse a través de la siguiente norma de equivalencia: cada período de nueve horas de vigilancia nocturna en las habitaciones de guardia se computarán como 3 horas de trabajo efectivo, añadiéndose media hora más por cada sesenta minutos suplementarios.

V. Dinámica de la Relación Laboral

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se muestra contundente al privar de posibilidad de regulación estatal al margen de las definiciones contenidas en la Directiva en base a los siguientes argumentos principalmente:

1º. Los conceptos de “tiempo de trabajo” regulados en la Directiva son conceptos comunitarios que es preciso definir atendiendo al texto y finalidad de la directiva, y no contemplando los ordenamientos de los estados miembros.

2º. La directiva comunitaria 93/104 no contempla una categoría intermedia entre los periodos de trabajo y los de descanso, toda vez que para definir el tiempo de trabajo no se atiende a la intensidad del trabajo desempeñado por el trabajador por cuenta ajena ni al rendimiento de éste.

En consecuencia, concluye el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que:

“la Directiva 93/104/CE del Consejo debe ser interpretada en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado Miembro que en relación con los servicios de guardia que prestan los trabajadores al servicio de ciertos centros sociales y médico-sociales en régimen de presencia física en el propio lugar de trabajo, establece a efectos del cómputo del tiempo de trabajo efectivo, un sistema de equivalencia como el que es objeto del litigio principal, cuando no resulta garantizado el respeto al conjunto de disposiciones mínimas establecidas en esta Directiva con el objetivo de proteger de manera eficaz la seguridad y salud de los trabajadores (...)”.

A la vista de esta doctrina cabe preguntarse cuál será la trascendencia de la misma para el ordenamiento jurídico español, toda vez que en el mismo existe el RD 1561/1995 que regula expresamente las horas de presencia.

Al respecto cabe precisar que la Directiva 93/104 no resulta aplicable a los sectores de transporte por carretera, aéreo, por ferrocarril, marítimo, de la navegación interior, de la pesca marítima, de otras actividades marítimas y de las actividades de los médicos en período de formación.

Por su parte, el RD 1561/1995 regula el tiempo de presencia en relación únicamente a los diferentes sectores del transporte y en el trabajo en el mar.

En lo que se refiere a los diferentes tiempos de transporte, se ocupa tanto del transporte de viajeros como del de mercancías, así como para empresas que realicen actividades auxiliares de los mismos (artículo 10.2 del RD 1561/1995).

Al respecto, no cabe sino plantear la duda de si cuando la Directiva 93/104 excluye de su aplicación el transporte por carretera, se refiere a mercancías solamente, o también al transporte de viajeros.

Lo que sí parece claro es que la industria auxiliar de estos últimos, no estaría excluida de la Directiva 93/104, siéndole aplicable la doctrina del TJCE acerca de la inadmisibilidad para los mismos del tiempo de presencia.

D) Reducción de jornada. Derecho de los trabajadores a concretar el horario de la jornada en cualesquiera de los turnos

¿Tienen los trabajadores que soliciten reducción de jornada por guarda legal, derecho a elegir un turno fijo de prestación de servicios o tan sólo pueden elegir horario dentro del sistema de turnos existente en la empresa de forma previa a la solicitud de reducción?

Ésta es la cuestión que analiza la **SAN de 28 de febrero de 2005, I.L. J 1715**.

En ella, una trabajadora de una gran superficie que se encuentra sometida a turnos de mañana y tarde, incluidos fines de semana, interesa la elección de horario en un único turno, a fin de compatibilizar el cuidado del menor y la prestación de servicios.

Argumenta la Audiencia Nacional que si nuestra legislación permite la reducción horaria *dentro de la jornada ordinaria*, cabe interpretar la compatibilidad del mismo con la concreción horaria dentro de un único turno.

Apoya su tesis en que cualquier interpretación de estas cuestiones debe venir orientada por el fin principal que persigue la reducción de jornada que no es otro que el propio interés del menor.

A juicio de la Sala una interpretación contraria, esto es fijar el horario en turno de mañana una semana, en turno de tarde la siguiente (y así sucesivamente):

“afecta gravemente a la planificación familiar, de forma que dificulta en gran medida la atención y cuidado de las personas a cargo de quien insta la reducción de su jornada, precisamente para su cuidado cotidiano (...)”.

Pese a esta doctrina, se cuida la Sala de precisar que la misma no alcanza a la pretensión de algunos trabajadores de concentrar la reducción de jornada en determinados días de la semana, o de cómputo anual.

Especialmente litigioso en esta materia, está siendo la pretensión de algunos trabajadores que prestan servicios sábados o domingos, de concentrar su reducción de jornada en período de lunes a viernes, o de lunes a jueves.

Si bien no existe jurisprudencia unificada, y parece que la doctrina contenida en la Sentencia de la Audiencia Nacional se mostraría contraria a esta petición, la realidad es que

son más los pronunciamientos que vienen concediendo la acumulación de jornada, que aquellos otros que la vienen desestimando.

A favor de la acumulación de la reducción de jornada (excluyendo sábados o domingos) pueden citarse entre otras la reciente Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Bilbao de fecha 23 de mayo de 2006.

3. MOVILIDAD FUNCIONAL

A) Movilidad externa

a) Concurrencia del supuesto legal

Según la doctrina sentada, entre otras, por las SSTS de 1 de diciembre de 1967 y 17 de diciembre de 1970, para que concurra la figura de la encomienda de funciones superiores no es preciso que se ejecuten todas y cada una de las tareas de la categoría superior, pero sí se han de realizar cuanto menos las *funciones básicas y esenciales* de la misma. Principio que ha de ser objeto de las siguientes aclaraciones.

En primer lugar, no es suficiente a estos efectos que las funciones ejercidas excedan claramente “de las que son atribuidas a la categoría propia, sino que es preciso que entren de lleno en las asignadas a la categoría superior y sean llevadas a cabo no sólo en posesión de un título sino en función del título que de modo específico habilita o capacita para su realización” (STSJ de Asturias de 27 de octubre de 2000, I.L. J 2293, recurso 3307/1999). La STS de 22 de noviembre de 2000, u.d., I.L. J 2617 (recurso 2828/1998) puntualiza la anterior afirmación advirtiendo que no existe realización de funciones de categoría superior cuando las nuevas funciones se corresponden a un puesto de libre designación, de naturaleza no necesariamente laboral y no regido por el convenio colectivo.

Es además necesario, en segundo lugar, “la perfecta acreditación de que efectivamente se están desempeñando fundamentalmente estas funciones y no parte de las mismas”, lo que no sucede cuando el trabajador destina la mayor parte de su jornada a la realización de las funciones propias de su categoría profesional (STS de 18 de septiembre de 2004, I.L. J 1934 (recurso u.d. 2615/2003). El ejercicio “marginal y meramente instrumental” de funciones externas a la categoría no determina, pues, movilidad vertical. Terminología empleada en la **STS de 31 de octubre de 2005**, u.d., (recurso 188/2004), I.L. J 2117. Cabe añadir a este respecto probatorio que la confusión material de funciones dentro de la empresa, la inexistencia de una adscripción personal absoluta de funciones, no sirve por sí sola para acreditar la realización material de las funciones propias de una categoría por una persona concreta. Razonamiento deducible de la **STS de 3 de noviembre de 2005**, u.d., (Rec. Ud. 1516/2003), I.L. J 2095, al manifestar que aun cuando “es hecho probado que las tareas y actividades del centro son atendidas sin distinción alguna por el personal con categoría de educador y de especialista en puericultura, tal hecho no acredita, si son los especialistas en puericultura los que realizan funciones de categoría superior

o bien son los educadores los que realizan las funciones de la categoría de especialistas en puericultura”.

En tercer y último lugar, la conjunta realización de funciones propias de la categoría ostentada no perjudica apreciar la efectiva realización con la trascendencia aludida de funciones superiores, tal y como se aprecia en la **STS de 19 de diciembre de 2005**, u.d., (recurso 3336/2004), I.L. J 2197, que reconoce el derecho a las retribuciones propias de la categoría superior materialmente desempeñada, en el caso a examen las propias de un oficial de 1ª administrativo a una auxiliar administrativo.

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 artículo 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 artículo 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 u.d. de 24 de julio de 2000, 15 de noviembre de 2000, 4 de junio de 2001 y 25 de junio de 2002, 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 artículo 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 (u.d.), de 8 de febrero, 18 de marzo, 29 de abril, y 23 de mayo de 2003, I.L. J 334, 483, 261, 1067 (recursos números 2420, 2147, 4076 y 4318/2002) 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. Línea consolidada en la **STS de 3 de noviembre de 2005**, u.d., I.L. J 2095 (recurso u.d. 1516/2003), que conoce, desestimando, la reclamación de cantidad de un especialista puericultor que ha realizado funciones de educador –idéntico supuesto al inadmitido en las **SSTS de 21 y 22 de noviembre de 2005**, u.d., (recursos 4555 y 4553/2004), I.L. J 2249 y 2145 por falta del requisito de la identidad en las sentencias contrastadas–.

c) Garantías del trabajador: retribuciones por realización de funciones de superior categoría

a') Órdenes emanadas de órgano incompetente, realización de funciones de superior categoría y retribución

La aplicación de la normativa sobre movilidad funcional del Estatuto de los Trabajadores pende, como es sabido, de la naturaleza del vínculo contractual y no del carácter público o privado del sujeto empresario. Es verdad, sin embargo, que la investidura de uno u otro carácter, público o privado del mismo, determina la existencia, cuando menos, de una problemática singular, específica. Es éste el caso que se produce cuando el empleador es una Administración Pública y las órdenes de realización de funciones superiores emanan no de la autoridad competente sino del funcionario superior jerárquico del trabajador.

Según la doctrina sentada por el Tribunal Supremo desde su Sentencia de 4 de junio de 1996, y seguida, por ejemplo, en la STS de 1 de febrero de 2005, (recurso 6153/2003), I.L. J 665 el derecho, *ex* artículo 39.3 y 4 ET, a la retribución por la realización de funciones de superior categoría no queda sin efecto porque formalmente su atribución no se haya realizado por el órgano administrativo que ostenta esa competencia en materia de personal. En palabras de esta última resolución judicial, “esto podrá ser un defecto del acto de atribución que determinará en su caso la anulabilidad del mismo –no es, desde luego, un supuesto de nulidad absoluta–, pero no libera a la Administración de la obligación de hacer frente, como empresario, a las consecuencias del ejercicio de su poder de dirección a través de una organización jerárquica con una cadena de mando que ella misma ha establecido y de la que debe responder”. Esta doctrina se concreta también en la reciente de la Sala de lo Social, STS de 28 de octubre de 2004, reiterada por las SSTs de 8 de junio y 17 de noviembre de 2005 (recursos 3623/2004 y 3677/2004), I.L. J 1163 y 2260, afirmando que en tales casos no es exigible que la asignación de las funciones superiores se haya efectuado por el órgano competente, y que el derecho a las retribuciones correspondientes a las funciones efectivamente realizadas surge con independencia de cual sea la autoridad o jerarquía administrativa que la haya ordenado.

b') Diferencia con los complementos salariales

El artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores consagra como garantías del trabajador objeto de movilidad vertical ascendente el derecho a la percepción de las retribuciones propias del encuadramiento profesional superior efectivamente desempeñado y el derecho al ascenso, si a ello no obsta el convenio colectivo (tal y como recoge *ad exemplum*, la STSJ de Baleares de 31 de marzo de 2004 (recurso de suplicación 97/2004), I.L. J 2048, o a la cobertura de la vacante superior (supuesto éste contemplado en la STSJ de Baleares de 11 de mayo de 2004 (recurso de suplicación 167/2004), I.L. J 2050, cuando el ejercicio continuado de las funciones propias de la misma se produce al menos durante un período de seis meses en el transcurso de un año o de ocho en el transcurso de dos años. Este derecho a percibir retribuciones superiores al desempeño de funciones de encuadramiento profesional superior no debe confundirse con el derecho a la consolidación de los complementos salariales, cuestión esta independiente, de naturaleza salarial y cuya

solución ha de partir, precisamente, de aplicar el régimen jurídico del salario, no de esta institución.

Cuestión afrontada por la STSJ de Cataluña de 18 de marzo de 2005 (recurso de suplicación 3721/2004), I.L. J 1267, desestimando la pretensión del trabajador de mantener la percepción de un complemento con base en su naturaleza de complemento de puesto de trabajo, en concreto una prima de incentivos en función de la producción según la resolución judicial. Y también abordada en la STSJ de La Rioja de 5 de mayo de 2005, (recurso de suplicación 89/2005), I.L. J 1665, cuyo contenido se sintetiza a continuación. El artículo 64 apartado g) del X Convenio del Ente Público “RTVE”, “Radio Nacional de España, SA” y “Televisión Española, SA”, regula un complemento salarial denominado “complemento de polivalencia”, determinando su entidad, “el 12% sobre el nivel correspondiente a la categoría profesional que ostente el trabajador”. No obstante, no aborda este precepto su definición que sólo puede entenderse recurriendo al artículo 7, apartado 2, de idéntica norma colectiva, atribuyendo el derecho a percibir tal complemento a aquellos trabajadores que realicen funciones propias de categorías profesionales recogidas en distinto grupo o subgrupo. Derecho reconocido a un locutor comentarista que realiza además *ab origine* funciones de redactor. Reconocimiento que no lleva aparejado el propio del interés por mora del artículo 29.3 ET dado el carácter controvertido, no pacífico, de su reconocimiento.

B) Movilidad interna

La movilidad funcional “interna”, horizontal u ordinaria se ve 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 fundamentales 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 (recurso 6346/2002), I.L. J 1121. 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 (recurso 4394/2000), I.L. J 1173.

La STS de 31 de octubre de 2005, u.d. (recurso 188/2004), I.L. J 2117, citada, realiza una interpretación más amplia de estos límites al amparo del artículo 39.3 ET al afirmar que el ejercicio marginal y meramente instrumental de funciones externas a la categoría —en el caso la asignación permanente y sistemática a los locutores, redactores y ayudantes de redacción de atribuciones propias de los operadores de sonido— carece de la entidad

suficiente como para lesionar la dignidad, la formación o la promoción de los trabajadores afectados, límites de la movilidad ordinaria.

4. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

A) Conflicto colectivo. El cambio de los descansos en sábados y domingos de la plantilla de auxiliares de clínica adoptado unilateralmente por la empresa supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que debió seguir los trámites del artículo 41 del ET. Nulidad de la decisión empresarial

Los trabajadores venían descansando alternativamente el sábado y el domingo de una semana y el domingo de la siguiente, si perjuicio de que ocasionalmente y por necesidades del servicio se encomendase por el gerente del Centro la prestación de servicios en domingos o festivos a algunos de aquéllos. A partir del 6 de febrero de 2003, la Dirección del Centro estableció unilateralmente con carácter obligatorio la prestación de servicios durante los domingos y festivos en turnos sucesivos regulares y obligatorios, aplicándoseles la compensación económica correspondiente.

La STS de 16 de septiembre de 2005, I.L. J 1689, conoce del recurso contra la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ quien declaró que entraba tal modificación en la capacidad o potestad de organización que la negociación colectiva otorgaba a la demandada. El Alto Tribunal señala que “esta regulación tradicional y continuada de su jornada, que afectaba a todo el personal laboral del centro, tenía una evidente y no negada naturaleza colectiva, y se refería tanto al horario como a la jornada, razón por la que, si la demandada pretendía su modificación tal y como se advierte en la sentencia de contraste, el Servicio Madrileño de Salud debió cumplir con la exigencia prevista en el artículo 41.4 ET, e iniciar previamente el período con los representantes de los trabajadores con el contenido que exige la repetida norma. No se trataba por tanto de una simple reorganización consistente en atribución individual de jornadas laborales que pudiese autorizar el artículo 25 del CC para el personal laboral de la Comunidad de Madrid, sino de dejar sin efecto las condiciones colectivas de trabajo establecidas en el Centro, actuación para la que era exigible el cumplimiento de los referidos trámites”.

B) Conflicto colectivo. La deflación del escalado de comisiones no supone una modificación sustancial de condiciones de trabajo. No se suprime el sistema de incentivos. Actuación de la empresa ajustada a derecho

Desde 1998, por la empresa de forma unilateral se produce un nuevo método de cálculo de comisiones e incentivos para vendedores, esto cálculos se llevan a cabo sobre la facturación, así como la aplicación sobre el neto de materiales, fijándose que la Dirección de la empresa podrá modificar el sistema de comisiones, los objetivos e incentivos. Con fecha 15 de junio de 2004 la empresa realiza un comunicado interno dirigido a los Delegados y Vendedores, determinando la necesidad de llevar a cabo la deflación del escalado de comisiones vigentes en la misma proporción que las subidas de las tarifas, reservándose la empresa la facultad de adoptar esta medida en caso de futuras subidas de tarifas que pudieran producirse con ocasión de la evolución de los precios del acero. El 15 de no-

viembre de 2004 se produce un comunicado análogo, bajando nuevamente el escalado de comisiones vigente en un 4%.

La cuestión que se somete a consideración a la Audiencia Nacional es si estamos ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo o se trata, como refiere la empresa de una adaptación a las circunstancias del mercado la política comercial, pero sin cambiar el sistema retributivo. Para la **SAN de 24 de enero de 2005**, I.L. J 1702, el mecanismo descrito no supone el carácter sustancial pretendido en la demanda, pues aunque efectivamente se proyecta sobre el sistema retributivo, tan sólo afecta a las tablas de porcentajes finales de aplicación, con el objetivo de paliar la incidencia de los incrementos del precio del acero; no se suprime el sistema de incentivos, ni se cambia su estructura, sino que se adecuan puntualmente tales porcentajes en función del mayor coste total asumido. No se trata de modificación sustancial sino de una adaptación del sistema existente en el extremo concreto del escalado de las tablas vigentes, manteniéndose incólume el concepto de comisión acuñado en el año 1998.

C) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Incumplimiento de trámite del artículo 41.1 ET. Nulidad de la medida. (Modificación del prorrateo de las pagas extraordinarias)

La empresa procedió a modificar el sistema de retribuciones, así las pagas extraordinarias que se venían retribuyendo prorrateándose en doce mensualidades, se abonaran en quince pagas, conforme dispone el artículo 66.4 del CC Estatal de empresas de Seguridad. La **SAN de 14 de febrero de 2005**, I.L. J 1716, examina el supuesto y señala que se evidencia una alteración colectiva por la empresa de forma unilateral del contenido de la relación laboral, sin ni siquiera abrir un período consultivo con la representación de los trabajadores siendo requisito indispensable e ineludible el cumplimiento de los requisitos formales del artículo 41.4 ET, por lo que su incumplimiento provoca la nulidad de la medida.

D) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. No sujetas a los trámites del artículo 41 ET. Su impugnación puede realizarse a través del proceso ordinario y la acción no está sujeta al plazo de caducidad de 20 días

En la **STS de 10 de octubre de 2005**, I.L. J 1827, la trabajadora venía prestando servicios en virtud de contrato a tiempo parcial, los sábados y vísperas de festivos, la empresa desde 1998, oferta a la trabajadora la posibilidad de trabajar días adicionales, pactándose ello durante esos días al mes. La trabajadora remitió comunicación de que mantenía la condición más beneficiosa de no trabajar los domingos. Desde febrero de 2002, la empresa no ofrece la posibilidad de trabajar en días adicionales a la trabajadora. Ésta reclama judicialmente diferencias de cantidades lo que es estimado por el Juzgado de instancia y la Sala de lo Social acoge la excepción de inadecuación de procedimiento por cuanto debió acudir a la modalidad de modificación sustancial de condiciones de trabajo. La sentencia reitera la doctrina judicial contenida en la **STS de 18 de septiembre de 2000** (recurso 4566/1999), y así se destaca: a) Al haber desconocido la empresa en la adopción de su decisión modificativa todas las exigencias del artículo 41 ET, no cabe hablar desde un

plano formal y a efectos de una posible caducidad de la acción, de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, por más que la medida sí pueda implicarla de fondo. b) ... cuando no se cumplen por el empleador las exigencias de formales del precepto (artículo 41 ET), no puede entenderse que la medida se ajusta a lo establecido en el artículo 41 ET, siendo entonces el proceso ordinario el adecuado para reclamar frente a la medida y no el especial del artículo 138 LPL... c) En suma, que “la decisión patronal podrá considerarse como modificación sustancial de condiciones de trabajo a efectos procesales y sustantivos, sólo en la medida en que pueda ser reconocible o identificada como tal, por haberse adoptado cumpliendo las exigencias de forma del artículo 41 ET”.

E) Conflicto colectivo. Desestimación. Modificaciones de las condiciones de trabajo no sustanciales. Diferencias con éstas

La STS de 10 de octubre de 2005, I.L. J 1896, examina la diferencia entre la modificación de condiciones de trabajo sustancial y no sustancial y señala que “la calificación de sustanciales de las modificaciones contractuales constituye un concepto jurídico indeterminado cuya precisa delimitación no está exenta de polémica. El TCT estimó que una interpretación racional de tal expresión obligaba a concluir que una modificación de las condiciones del contrato adquiere la categoría de sustancial cuando objetivamente implica una mayor onerosidad de la prestación de los trabajadores”(…) “La doctrina estima que ha de valorarse la importancia cualitativa de la modificación impuesta, su alcance temporal y las eventuales compensaciones pactadas, pues de tales circunstancias dependerá que la intensidad del sacrificio que se impone al trabajador haya de ser calificado como sustancial o accidental.”(…) “La modificación impuesta a los trabajadores, consistente en entrar media hora más tarde al trabajo saliendo media hora más tarde, en segmentos horarios que no afectan a los transportes públicos y únicamente durante los meses de verano no puede calificarse de sustancial”.

F) Conflicto colectivo. Desestimación. Modificación no sustancial —no sobrepasa los límites del *ius variandi*— de las condiciones de trabajo de los viajantes o vendedores

En el ámbito de la empresa se produjo una reducción de la escala de las comisiones como consecuencia del incremento del precio del acero y la consiguiente repercusión en el incentivo de las tarifas de precios de venta al público. No obstante, en el ámbito de la empresa existe un manual de procedimiento donde consta la capacidad de la empresa de modificar el sistema de comisiones, los objetivos e incentivos, como en los contratos de trabajo existen cláusulas similares a las del manual. La STS de 2 de noviembre de 2005, I.L. J 2069, después de recoger la doctrina jurisprudencial sobre el concepto de modificación sustancial (STS de 3 de diciembre de 1987), llega a la conclusión de que no se trata el supuesto de una modificación sustancial pues existe la posibilidad de adoptar una medida como la presente en base a que se encuentra implícita la autorización en el manual de procedimiento, como también en las propias cláusulas del contrato, y por tal la medida no sobrepasa los límites del *ius variandi*.

G) Modificación de las condiciones de trabajo. Impugnación. Plazo de caducidad

La STS de 2 de diciembre de 2005, I.L. J 2151, reitera la doctrina jurisprudencial (STS de 18 de septiembre de 2000, recurso 4566) en el sentido de que sólo se puede considerar como modificación sustancial a efectos sustantivos y procesales aquella que pueda ser reconocible e identificada como tal, por haberse adoptado cumpliendo las exigencias de forma del artículo 41 ET. En caso contrario la acción habrá de seguir los cauces del procedimiento ordinario, o el de conflicto colectivo, y ni una ni otra estarán sometidas a plazo de caducidad.

H) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Ejecución de sentencia. Desestimación. Competencia funcional apreciable de oficio

La STS de 21 de noviembre de 2005, I.L. J. 2204, examina el acceso o no al recurso de suplicación del auto que de ejecución de una sentencia en proceso de modificación de condiciones de trabajo, ejecución conforme a lo previsto en los artículos 277 a 279 LPL. La referida sentencia recogiendo la dictada en fecha 6 de octubre de 2005, en cuanto señala que, “En definitiva, prescindiendo de consideraciones *de lege ferenda*, que no son del caso, es lo cierto que la admisión de recursos de suplicación en fase de ejecución de sentencia está legalmente condicionada a que previamente haya sido susceptible de tal recurso la sentencia ejecutoria (artículo 189.2 LPL). Se trata de una norma de indubitada constitucionalidad, como ha declarado el Tribunal Constitucional en el auto núm. 301/1993, de 5 de octubre, partiendo de la consideración de que el derecho al recurso es un derecho de configuración legal: afirma dicho auto, al respecto, que el derecho al recurso, en cuanto garantía constitucional de los justiciables en el proceso, únicamente comprende los derechos legalmente previstos, fuera del proceso penal (...). Y, por otra parte, se ha respetado en el presente caso el derecho a la tutela judicial efectiva, en la medida en que el auto de 16 de diciembre de 2002 da una respuesta razonada y fundada en derecho, con independencia de que se cuestione su contenido (...) El hecho de que el artículo 138.6 LPL se remita a las normas de la readmisión en el despido (artículos 277 a 279 LPL) y al artículo 50.1.c) ET no justifica la admisión del recurso de suplicación. Basta señalar que todo ello es en el trámite de ejecución de la sentencia del proceso especial (lo que comporta la vigencia al efecto del artículo 189.2), y que la remisión lo es a extremos concretos –normas sobre solicitud de la ejecución, comparencia y decisión judicial en el caso de los preceptos primeramente citados, y especificación de la causa de extinción en la cita del segundo precepto– sin referencia a extremos relativos a la impugnación de la resolución judicial”.

Otro de los puntos que examina el recurso es la admisión de pruebas documentales y alegaciones en el trámite de recurso de reposición a los efectos de lo dispuesto en el artículo 189.1.d) en cuanto señala que “contra las sentencias dictadas por reclamaciones que tengan por objeto subsanar una falta esencial del procedimiento (...) siempre que se haya formulado la protesta en tiempo y forma y hayan producido indefensión”. Por tanto como señala la sentencia, se requiere, “no sólo la existencia de ‘una falta esencial del procedi-

miento' sino también el concurso de otros dos requisitos que son, 'la protesta en tiempo y forma' y que, 'hayan producido indefensión'. Requisitos estos, que con independencia de que pueda o no apreciarse falta esencial del procedimiento, lo cierto es que no concurren en el supuesto de autos. La parte actora, ninguna protesta formalizó en esta materia, ni en el escrito por el que impugna el recurso de reposición, ni en el acto de comparecencia celebrado posteriormente, como se desprende de lo recogido en el fundamento jurídico segundo de esta resolución y, tampoco existe indefensión dados los traslados, que del escrito de reposición y de las alegaciones formuladas en el acto de comparecencia se hicieron a la recurrente, en donde pudo alegar lo que a su derecho conviniese sobre existencia de los quebrantamientos procesales que en el presente recurso denuncia".

I) Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Concepto. Alteración de los aspectos fundamentales de la relación. Extinción contractual. Incumplimiento empresarial. Perjuicio profesional. El nuevo puesto nada tiene que ver con el trabajo desempeñado por el actor ni con su formación de jurista

El demandante, abogado y con categoría de Técnico ferroviario superior, viene trabajando para la entidad pública empresarial FEVE, a partir del año 2003 como secretario del Consejo de Administración, y por la Entidad se acordó su traslado como Presidente del Comité de Calidad para implantar y desarrollar la Norma UNE-ISO 9001 en los talleres de Santander, por lo que instó la extinción del contrato al amparo del artículo 50.1.a) del ET, así como una indemnización de daños y perjuicios por atentado a los derechos fundamentales dada la conducta discriminatoria de la empresa. La sentencia de instancia estimó la demanda, recurrida en suplicación, fue conocida por la **STSJ de Cantabria de 12 de diciembre de 2005**, I.L. J 2290, la cual después de analizar y rechazar las modificaciones de hechos pretendidas e integrar como salarios los conceptos de "complemento consolidado" y "dietas" por asistencia al Consejo de Administración, toda vez que por resolución de la Comisión Interministerial de Retribuciones se autorizó tal concepto, examina el derecho pretendidamente vulnerado.

La señalada sentencia reitera el contenido del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto requiere de una doble exigencia, por una parte que la empresa unilateralmente introduzca una modificación sustancial de las condiciones de trabajo y por otra que esta modificación redunde en perjuicio de la formación profesional o de la dignidad. Respecto al "perjuicio en la formación profesional, la idea de profesionalidad se vincula con el derecho reconocido a los trabajadores de promoción dentro de la empresa y en este sentido la misma queda afectada desde el momento en el que al trabajador se le disminuye la categoría de la función que tenía asignada o los cometidos anteriores con la intensidad sustancial ya examinada. Es decir, el perjuicio específico debe guardar proporción, por su gravedad, con la reacción extintiva a la que va a dar lugar, ya que no basta con una mera contrariedad para el proyecto profesional". En esencia y concretándolo al supuesto de hecho la referida sentencia señala que "Las nuevas funciones, asignadas a quien antes ejerció como abogado e incluso responsable de los servicios jurídicos, se refieren al desarrollo e implantación de norma UNE ISO 9001 en los talleres de Santander, es decir, para un puesto que, fuera de las oficinas centrales, distante un kilómetro y medio de lugar en el que tenía situado su lugar de trabajo el actor, no guarda relación alguna con los cometidos que vino desempeñando durante más de veintitrés años, y tampoco probada la idoneidad de este último,

exigencia de conocimientos jurídicos, cuando el último y breve presidente era un ingeniero industrial; a fin de cuentas, la mayoría de los cometidos que supone dicha presidencia nada tienen que ver con el asesoramiento jurídico y reflejan un significado técnico de otro tipo (previsión de consumo de repuestos, gestión, control y evaluación de reparaciones, recepción y entrega de material asegurando los índices de fiabilidad y disponibilidad comprometidos, proposición de mejoras técnicas que deben implantarse en vehículos); tampoco el puesto se encuentra recogido en el organigrama de esta unidad de la empresa o de otras unidades, ni descritas las funciones como tal presidente del comité de calidad, sin embargo (...) No se acredita que el actor haya recibido una formación específica que le habilite para el ejercicio con plenas garantías de sus nuevos cometidos y, al contrario, lo que sí se demuestra es que, alejadas éstas de las estrictas labores jurídicas, asesoramiento y defensa judicial y extrajudicial, la formación, o al menos la práctica y actualización de tales saberes, tenderán a resentirse”. Y además esta modificación trasciende además a la dignidad profesional del actor, “que equivale al respeto que merece ante sus compañeros de trabajo y ante sus jefes, como persona y como profesional. Se le sitúa en una posición que, por las circunstancias que se dan en ella, provoca un menoscabo en dicho respeto, porque se le priva de posibilidades de acción como jurista de gran valía, de lo que esta Sala ha sido testigo a lo largo del tiempo, y se crea en los demás una impresión de caída en desgracia combinada con el hecho de la degradación efectiva. Uno de los supuestos más característicos, es decir, la de una situación humillante frente a los compañeros y jefes, se produce precisamente en los supuestos en los que la pérdida de responsabilidad derivada de la modificación de las funciones determina que el trabajador deba recibir instrucciones de aquellos sobre los que tenía mando efectivo o que ostentaban una menor jerarquía en la empresa (STS de 29 de enero de 1990, Ar. 229 o del TSJ de Cataluña de 15 de junio de 1995, AS. 2396)”. Asimismo se le hace depender “jerárquica y funcionalmente del director gerente de talleres (que, con una edad de 28 años, tiene una antigüedad de sólo cuatro años, y un nivel salarial inferior y funciones de programador) o de la persona en la que el director gerente de talleres delegue”. Por tanto se entiende que se dan los elementos de la extinción del contrato de trabajo al amparo del artículo 50.1.a) ET.

En lo que se refiere al atentado al derecho fundamental, la sentencia que se analiza señala que lo examinado desvela un “ejercicio discriminatorio, si bien embozado bajo la apariencia de una importante reorganización empresarial: la pertenencia del actor al anterior equipo de la dirección de Recursos Humanos encargado de la negociación colectiva en una situación de conflicto, la desvinculación con la empresa de los anteriores integrantes del equipo de dirección, uno de ellos a través de sentencia que declaró nulo el despido con referencia además a la adscripción política del nuevo presidente de FEVE, la dimisión del actor como secretario del consejo, la desaparición de la asesoría jurídica laboral y de las tres asesorías jurídicas de zona, lo que hizo que éste perdiera la condición de gerente, pese a ser el abogado más antiguo y de más elevado rango. Pero, sobre todo, la designación de abogados externos, sin que, como expresa la sentencia, se explique la necesidad, condiciones y emolumentos, ni la repercusión económica, cuando el actor, como matiza la fundada y exhaustiva resolución de instancia, era catalogado de ‘gran profesional’.

V. Dinámica de la Relación Laboral

Todas estas circunstancias revelan un clima de persecución, motivado por una actitud e hostigamiento y discriminatoria, con repercusión en su salud y motivo de que no haya trabajado un solo día en su nuevo cometido, lo que no puede imputársele, como se hace. Y no quedan desvirtuadas por la existencia de un cambio político con incidencia, lógica, en los órganos de dirección, presencia de un nuevo organigrama o implantación de un plan de desarrollo de sistemas de gestión de calidad, que son argumentos formales para ocultar, con dicha apariencia, la importante degradación profesional no justificada a la que hemos hecho referencia”.

J) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Alteración unilateral del empresario de plus salarial creado por pacto de ambas empresas. Nulidad de la decisión empresarial

Los trabajadores de la empresa, como compensación económica a la introducción de un tercer turno de trabajo, pactaron la implantación de un nuevo concepto retributivo denominado PACOM, éste absorbió a los anteriores pluses de distancia y nocturnidad regulados en Convenio Colectivo. La empresa unilateralmente a partir de una determinada nomina efectuó desglose del señalado concepto distinguiendo el PACOM salarial del extrasalarial. Instada por el Comité de Empresa demanda y conocida por el Juzgado a quo declaró nula la decisión empresarial. La **STSJ de Valencia de 4 de octubre de 2005**, I.L. J 2324, examina el recurso y señala que lo pactado por las partes fue la creación de un plus nuevo, que, si bien, se integra en parte por otros pluses recogidos en el convenio, es algo distinto de aquéllos y no la mera suma de componentes. Por tanto la conclusión es que se trata de un complemento de carácter salarial, pues se trata de “compensar el establecimiento del tercer turno de trabajo implantado por la empresa, mediante el abono de una cantidad fija e igual para todos los trabajadores afectados por ese tercer turno, con lo que encajaría perfectamente en el núm. 1 del artículo 26 ET”. Ello determina confirmar la sentencia.

5. EXCEDENCIAS

A) Excedencia: despido improcedente. Contenido de la opción

En la **STS de 14 de octubre de 2005** (recurso 4006/2004), I.L. J 1924, se debate cuál es el régimen jurídico aplicable en cuanto a los efectos del despido improcedente de trabajadores que en el momento del despido estaban en excedencia. Mientras la sentencia recurrida reconoce al trabajador el reingreso a su puesto de trabajo, condenando a la empresa al pago de una indemnización y al pago de los salarios de tramitación desde el 12 de diciembre de 2001 hasta la notificación de la sentencia, sin hacer referencia alguna a la opción a favor del empresario, en la de contraste se condena a que se reponga al demandante en la situación de excedente en que se encontraba en el momento del cese o bien le abonara una indemnización calculada en función de la antigüedad acumulada hasta el paso a la situación de excedente, al salario actual y sin condena al pago de salarios de tramitación.

Para la doctrina del Tribunal Supremo, “cuando el despido se produjo el actor se encontraba en excedencia, situación en la que no llevaba a cabo ninguna prestación efectiva

de servicio, no recibiendo, por tanto, remuneración de clase alguna, razón por la cual el cese o despido no puede colocarle en una situación más favorable o ventajosa que la propia de la excedencia en que se encontraba, por ello, de acuerdo con lo establecido en los artículos 56 del ET y 108, 109 y 110 de la LPL, se ha de condenar a la empresa a que, o bien reponga al demandante en la situación de excedente en la que se encontraba en su momento del cese, o bien le abone la indemnización reconocida en la sentencia cuyo montante no se ha discutido concediendo a la empresa el derecho de optar entre cualquiera de estas dos alternativas, lo que se llevará a efecto en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente sentencia, sin que proceda condenar al pago de salarios de tramitación, habida cuenta que el cese o despido del actor se produjo estando en excedencia y en esta situación no se devenga retribución.”

B) Excedencia voluntaria: carga de la prueba de la existencia de vacante

La STS de 6 de octubre de 2005 (recurso 3876/2004), I.L. J 1998, analiza, en unificación de doctrina, un supuesto de discrepancia entre resoluciones. En la primera se afirma que la carga de la prueba acerca de la existencia de vacante incumbía a la trabajadora y ésta no la soportó, en cambio la de contraste se apoyó en el criterio de que la aludida carga probatoria gravitaba sobre la empresa, y ésta no había acreditado la inexistencia de vacante.

El TS ha tenido ya ocasión de ocuparse del problema relativo a la atribución de la carga probatoria sobre algunos aspectos de la relación laboral, ya bajo la vigencia de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), cuyo artículo 217 ha venido a sustituir la regulación que en la materia se contenía anteriormente en el artículo 1214 del Código Civil, en la Sentencia de 25 de enero de 2005 (recurso 6290/2003), refiriéndose a un supuesto de falta de liquidez de la empresa.

Aplicando dicha doctrina general, cabe concluir que no cabe duda acerca de que es la empresa, y no el trabajador, quien tiene la mayor disponibilidad de los elementos probatorios acerca de la existencia o inexistencia de determinada vacante en un momento concreto, no sólo porque a su alcance se encuentra la pertinente documentación, sino además porque la posible inexistencia, pese a tratarse de un hecho negativo, puede perfectamente probarla, en el caso de ser cierta, por cualquiera de los demás medios admitidos en derecho, entre ellos la testifical a cargo del personal conocedor del hecho.

JESÚS R. MERCADER UGUINA

CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO

ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ

DAVID LANTARÓN BARQUÍN (COORDINADOR)

FERNANDO BREÑOSA ÁLVAREZ DE MIRANDA

ANA BELÉN MUÑOZ RUIZ

MONTSERRAT RUIZ CUESTA

CRISTINA ARAGÓN GÓMEZ

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. **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.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica recoge la doctrina judicial relativa a la extinción del contrato de trabajo y al despido, emanada del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, incluida en la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, números 13 a 16 del año 2005.

La sistemática observada en ella intenta separar, en la medida de lo posible, la exposición de las cuestiones relativas a la extinción del contrato de trabajo, en general, de aquellas otras, más específicas, concernientes al despido. Estas últimas se desglosan atendiendo a las tres categorías que de este último contempla el legislador, reseñando los aspectos

que en cada una de ellas son objeto de consideración –con mayor o menor profusión o intensidad– en la doctrina judicial. Posteriormente, se abordan los aspectos relativos a la impugnación del 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 STSJ de Cantabria de 12 de diciembre de 2005 (recurso 976/2005), I.L. J 2290, recoge un supuesto de extinción contractual por voluntad del trabajador tras las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo llevadas a cabo por la empresa de manera unilateral con asignaciones impropias de la categoría profesional del actor y con claros indicios de discriminación y hostigamiento hacia el trabajador. El Tribunal, ratificando la resolución de instancia impugnada, afirma que:

“En el supuesto se justifica tal degradación profesional con hechos patentes. Las nuevas funciones, asignadas a quien antes ejerció como abogado e incluso responsable de los servicios jurídicos, se refieren al desarrollo e implantación de norma UNE ISO 9001 en los talleres de Santander, es decir, para un puesto que, fuera de las oficinas centrales, distante un kilómetro y medio de lugar en el que tenía situado su lugar de trabajo el actor, no guarda relación alguna con los cometidos que vino desempeñando durante más de veintitrés años, y tampoco probada la idoneidad de este último, exigencia de conocimientos jurídicos, cuando el último y breve presidente era un ingeniero industrial; a fin de cuentas, la mayoría de los cometidos que supone dicha presidencia nada tienen que ver con el asesoramiento jurídico y reflejan un significado técnico de otro tipo (previsión de consumo de repuestos, gestión, control y evaluación de reparaciones, recepción y entrega de material asegurando los índices de fiabilidad y disponibilidad comprometidos, proposición de mejoras técnicas que deben implantarse en vehículos); tampoco el puesto se encuentra recogido en el organigrama de esta unidad de la empresa o de otras unidades, ni descritas las funciones como tal presidente del comité de calidad, sin embargo. Al contrario, lo probado respecto a la falta de entidad, al menos actual, de la nueva ocupación es que al anterior presidente del comité de calidad se le reconocieron los hechos que sustentaron de la demanda de rescisión y que el contrato de trabajo, tras destinarle a este puesto, se extinguió con fundamento en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores. No se acredita que el actor haya recibido una formación específica que le habilite para el ejercicio con plenas garantías de sus nuevos cometidos y, al contrario, lo que sí se demuestra es que, alejadas éstas de las estrictas labores jurídicas, asesoramiento y defensa judicial y extrajudicial, la formación, o al menos la práctica y actualización de tales saberes, tenderán a resentirse.

Pero tal modificación trasciende además a la dignidad profesional del actor, que equivale al respeto que merece ante sus compañeros de trabajo y ante sus jefes, como persona y como

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

profesional. Se le sitúa en una posición que, por las circunstancias que se dan en ella, provoca un menoscabo en dicho respeto, porque se le priva de posibilidades de acción como jurista de gran valía, de lo que esta Sala ha sido testigo a lo largo del tiempo, y se crea en los demás una impresión de caída en desgracia combinada con el hecho de la degradación efectiva. Uno de los supuestos más característicos, es decir, la de una situación humillante frente a los compañeros y jefes, se produce precisamente en los supuestos en los que la pérdida de responsabilidad derivada de la modificación de las funciones determina que el trabajador deba recibir instrucciones de aquellos sobre los que tenía mando efectivo o que ostentaban una menor jerarquía en la empresa (STS de 29 de enero de 1990, Ar. 229 o del TSJ de Cataluña de 15 de junio de 1995, AS. 2396)."

Un supuesto similar, con fallo en sentido contrario, lo encontramos en la **STSJ de Galicia de 30 de mayo de 2005** (recurso 2025/2005), I.L. J 1648, en el que el trabajador extingue la relación laboral denunciando un presunto acoso moral consistente en medidas como la disminución de tareas o la retirada del teléfono móvil de empresa que venía utilizando. El Tribunal desestima el recurso planteado por la trabajadora afirmando que:

"De entrada, no se han declarado probadas amenazas, coacciones, insultos, vejaciones, ninguneos, críticas o deméritos profesionales o de la vida personal, manifestaciones típicas del acoso moral. Ciertamente, sí se ha producido una disminución de las tareas de la trabajadora —hecho probado cuarto—, aunque su existencia está asociada a una reestructuración general de la actividad productiva derivada de la transmisión de la titularidad de la empresa —hecho probado quinto—, lo que, sin duda alguna, aleja la conducta empresarial de una actuación individualizadamente dirigida a persona/s concreta/s, como es la del acoso moral.

Ni esa disminución de tareas —aun menos en cuanto no se acreditó la pérdida de unas funciones de dirección nunca antes asumidas—, asociada a una reestructuración general de la actividad productiva derivada de la transmisión de la titularidad de la empresa, ni la privación de un teléfono móvil —explicable asimismo en esa reestructuración como además alega la empresa recurrida—, nos permiten considerar, sin mayores aditamentos, la existencia de una conducta que, como el acoso moral, se caracteriza por una finalidad perversa de destrucción de la víctima y por su carácter complejo, continuado, predeterminado y sistemático."

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

En el análisis sobre la validez de un contrato extinguido, al no estar el trabajador en posesión de la titulación académica correspondiente para el desempeño del puesto de trabajo, la **STSJ de Cantabria de 20 de octubre de 2005** (recurso 940/2005), I.L. J 2327, confirma la nulidad de la relación contractual y, en consecuencia, su extinción manifestando que:

"El vicio en el consentimiento se produce por un comportamiento artificioso, engañoso y malicioso del actor, consistente en la manifestación de que posee un título de formación profesional de segundo grado específico inexistente, atribuyéndose una cualificación profesional no adquirida legal o reglamentariamente, cuya incorporación a la Bolsa de Trabajo,

creada en virtud de la convocatoria expresada en el ordinal fáctico tercero, determina que la empresa demandada contratara al trabajador, en base a la asignación de una puntuación en el proceso de selección, al que no tendría, siquiera, acceso de haber manifestado la realidad de su falta de titulación, circunstancia personal del candidato que, por ello, se determina como un presupuesto fundamental de la contratación, máxime cuando el hecho tiene una influencia decisiva en el acceso a la bolsa de empleo, sin otro derecho que el de exigir al empleador el cumplimiento de las obligaciones económicas derivadas del tiempo trabajado bajo el extinguido contrato nulo, a tenor de lo previsto en el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores.”

3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CAUSAS QUE LO MOTIVAN

En dos sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se declara la improcedencia de los despidos disciplinarios efectuados basándose en unas faltas que, a pesar de haber existido, carecen de la entidad suficiente como para motivar una decisión extintiva de estas características.

De este modo, en la **STSJ de Madrid de 11 de octubre de 2005** (recurso 3159/2005), I.L. J 2310 –sobre un caso de despido por falta de ingreso de la recaudación obtenida en el tiempo marcado por la empresa– se afirma que:

“estamos ante una desobediencia a las órdenes emanadas de la dirección de la empresa pero teniendo en cuenta que no consta que desde el 9 de noviembre de 1993 haya incurrido en conducta semejante a la acreditada, y que la misma no supone una evidente y flagrante oposición a las órdenes del empleador pues fue debida a negligencia en su actividad, los hechos acreditados no pueden ser sancionados con la extinción del contrato de trabajo pues estamos ante faltas graves pero no muy graves, lo que lleva a estimar el motivo y el recurso y declarar la improcedencia del despido con los efectos legales inherentes a tal declaración”.

Asimismo, la **STSJ de Madrid de 31 de mayo de 2005** (recurso 1023/2005), I.L. J 1556, dirime un litigio sobre un despido por desobedecer una orden concreta de la empresa que implicaría una superación de la jornada ordinaria. Según la Sala:

“es evidente que no estamos ante una desobediencia grave, atendiendo a la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, por todas Sentencia de 18 de abril de 1991, según la cual para que una desobediencia en el trabajo sea susceptible de ser sancionada como despido, es necesario que se trate de un incumplimiento grave, trascendente e injustificado, sin que una simple desobediencia que no se traduzca en un perjuicio para la empresa pueda ser sancionada con la extinción del contrato de trabajo, requiriendo también nuestro Alto Tribunal que se trate de una resistencia terminante, persistente y reiterada al cumplimiento de la orden, que quebrante manifiestamente lo establecido en los artículos 5 y 20 del Estatuto de los Trabajadores, lo que aquí no concurre, al no constar siquiera que la orden se le reiterase, ni se indica en la carta de despido; y, lo que, en ningún caso puede apreciarse,

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

es un abuso de confianza, porque para ello es necesaria una actuación oculta o engañosa del trabajador que desempeña una función basada en la confianza, no existiendo aquí una imputación compatible con incumplimientos de esta naturaleza, por todo lo cual, en ningún supuesto de los contemplados el despido podría declararse procedente, debiéndose de calificar de improcedente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores”.

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

Las faltas de asistencia o absentismo laboral constituyen el motivo de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas en la STSJ de Navarra de 17 de mayo de 2005 (recurso 153/2005) I.L. J 1747, por un lado, y la STS de 5 de octubre de 2005 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3648/2004), I.L. J 1865, por otro. Ambas consideran el despido ajustado a derecho a tenor de lo establecido en el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores. La primera de ellas establece que:

“en el supuesto enjuiciado, inalterado el relato fáctico de la sentencia, del mismo se desprende que el demandante, respecto a las jornadas de trabajo que tenía asignadas en julio de 2004 presentó un índice individual de absentismo del 75%, ya que de 20 jornadas laborales tuvo 15 días de ausencia al trabajo, y en agosto un índice del 57%, pues de 7 jornadas laborales 4 días dejó de asistir al trabajo por encontrarse en situación de incapacidad temporal. E igualmente se declara probado que en los indicados meses el absentismo total de la plantilla en el ámbito productivo fue del 8,29% en julio y del 8,14% en agosto, y el índice de absentismo total de la plantilla del 7,064% y 5,768%, respectivamente.

Expuesto lo anterior, asiste la razón a la empresa recurrente en cuanto no resulta admisible ninguno de los motivos esgrimidos en la instancia para declarar la improcedencia del cese, ya que, frente a lo que se indica en la sentencia referida, el precepto tiene un sentido claro que no permite alternativas interpretativas como la utilizada. El precepto, y en cuanto aquí interesa, remite a la concurrencia de un preciso número de faltas de asistencia. Las mismas deben representar, al menos, un 20% ‘de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos (...) siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 5% en los mismos períodos de tiempo’. Son, por ello, las jornadas hábiles que resulten de esos dos meses el único referente a tener en cuenta para determinar la procedencia o legitimidad de la decisión empresarial. Cabe pensar que de haber pretendido la norma dotarse de otro sentido más restrictivo nada más fácil hubiera resultado precisar el mismo, excluyendo del cómputo aquellos meses en los que por el número de días laborables no pudiesen considerarse como ordinarios. Desde la perspectiva interpretativa con la que consideramos obligado aplicar el citado precepto no podemos sino admitir las infracciones denunciadas, cuando el porcentaje de faltas de asistencia en el período de referencia supera ampliamente el porcentaje del 20% en dos meses consecutivos y el índice de absentismo total de la plantilla rebasa el 5% en el mismo período”.

Por su parte la STS de 5 de octubre de 2005 desestima el recurso interpuesto por el trabajador contra la decisión extintiva adoptada por la empresa centrándose en el cómputo de los períodos de ausencia o absentismo de cara a la calificación de la procedencia del despido. De este modo, la Sala afirma que:

“El análisis del precepto ofrece como aspectos relevantes el establecimiento de dos períodos en los que acotar las ausencias. El artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores formula dos posibilidades de cómputo, o bien las faltas alcanzan el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25% en cuatro meses discontinuos. En ambos casos lo que cuenta son los períodos en conjunto. Se trata de, o bien de dos meses o bien de cuatro. Ése es el extremo relevante para la norma y el hecho de que no se tenga en cuenta un solo mes y de que el período se prolongue a dos o cuatro meses tiene por objeto registrar una inasistencia persistente, con reducción o aumento proporcional del porcentaje. La distinta distribución observa dos parámetros.

En el caso de los dos meses, éstos serán consecutivos y el volumen de faltas, el 20% de las jornadas hábiles. En el caso de los cuatro meses, éstos serán discontinuos, en un período de doce y el volumen de faltas se eleva al 25%. A un período menos prolongado y más concentrado corresponde un porcentaje inferior, a un período no sólo más largo sino más dilatado debido a su discontinuidad, se eleva el porcentaje al 25%. Es evidente que el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores está tomando en consideración períodos integrados por dos o cuatro meses y que a ellos se refiere el porcentaje. A esta interpretación se ajusta la sentencia recurrida, por lo que el recurso deberá ser desestimado, sin que proceda la imposición de costas al ostentar el recurrente la condición de trabajador.”

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

A) La caducidad de la acción

La STS de 4 de octubre de 2005 (recurso de casación para unificación de doctrina 3318/2004), I.L. J 1811, aclara que no se excluye del cómputo del plazo de caducidad de la acción de despido el día de fiesta local del domicilio del trabajador al no ser día festivo en el lugar donde se halla la sede del juzgado competente. La propia Sala argumenta que:

“c) Dado que el único debate en este recurso, es, si es inhábil, a efectos del cómputo del plazo de caducidad, no sólo los festivos en la localidad sede del Juzgado, sino también el domicilio del actor, cuando éste es distinto, la referencia a la localidad que se contiene en el artículo 182 LOPJ debe entenderse referida a la sede del Juzgado, como esta Sala dictase en su Sentencia de 18 de septiembre de 1989, pues en dicho lugar es donde se practican las actuaciones judiciales, por tanto no puede descontarse como inhábil el 22 de septiembre de 2003 fiesta local en el domicilio de la trabajadora, como ésta pretende.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

d) En consecuencia, si en el caso de autos el despido se produjo el 7 de septiembre de 2003, y el cómputo del plazo de 20 días se inició el día 9, pues el 8 era fiesta autonómica en Asturias, debiendo descontarse también el 14 y 21 de septiembre por ser domingo, así como el período comprendido desde el 23 de septiembre al 23 de octubre por la reclamación previa, además, de no tener en cuenta el 1 de noviembre, por ser festivo y el 2 de noviembre, por domingo, resulta que el plazo de caducidad finalizó el 3 de noviembre de 2003, (lunes) estando por tanto caducada, la demanda cuando se presentó el 5 de noviembre de 2003.

e) Con tal decisión no existe vulneración del artículo 24 CE, como alega la actora, pues como recuerda la sentencia de instancia, citando doctrina constitucional, el requisito de la tutela judicial no puede conducir a que los órganos judiciales prescindan de los requisitos que las leyes procesales establecen, ya que el derecho al recurso, ha de acomodarse a lo establecido en las leyes procesales.”

Por otro lado, la **STS de 28 de diciembre de 2005** (recurso de casación para unificación de doctrina 3522/2004), I.L. J 2193, en un supuesto sobre la suspensión del plazo de caducidad de la acción de despido (artículo 59.3 ET) tras presentación de papeleta de conciliación por parte de un trabajador que prestaba sus servicios para la Administración afirma que:

“Esos supuestos excepcionales son los que convierten la suspensión del plazo de caducidad de la acción impugnatoria, pero a condición de que en el caso concurren estos tres requisitos: Primero. Que quede patente y manifiesta la voluntad impugnatoria del trabajador despedido, extremo que se evidencia por sí solo con la presentación de la papeleta de conciliación con anterioridad a la demanda; Segundo. Que la Administración empleadora tenga conocimiento de la presentación de la papeleta de conciliación con anterioridad a la demanda y, consiguientemente, de la pretensión del trabajador y Tercero. Que no se haya indicado al litigante la vía impugnatoria a seguir. Todas estas circunstancias concurren en este caso; no hay constancia de que en la comunicación escrita del despido entregada al trabajador se hiciera indicación alguna acerca de los trámites a seguir para su impugnación, incumpliendo lo mandado en el artículo 89.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al disponer que las resoluciones expondrán los recursos que contra las mismas procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estime oportuno. De la voluntad impugnatoria del despedido no cabe duda alguna pues, además de solicitar una entrevista con las autoridades municipales a los tres días de ser despedido, presentó la papeleta de conciliación y posteriormente la demanda, y tampoco puede dudarse de la concurrencia del otro requisito, pues al acto de conciliación celebrado el 19 de diciembre asistió un representante de la Corporación demandada, y antes del 28 de diciembre en que se presentó en el Juzgado la demanda impugnando del despido.”

B) El procedimiento por despido

En las **SSTS de 30 de septiembre y 5 de diciembre de 2005** (recursos de casación para unificación de doctrina 1992 y 2818/2004), I.L. J 1799 y 2209, se rechaza la excepción

de litispendencia aunque esté pendiente un proceso sobre cesión ilegal de trabajadores. No concurre, en estos supuestos, la necesaria identidad objetiva ni de causa de pedir.

6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

El bajo rendimiento de un trabajador justifica su despido siempre que concurren los requisitos legales exigidos para tales supuestos. En este sentido la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 1 de julio de 2005** (recurso 1023/2005), I.L. J 2320, confirma el despido procedente llevado a cabo por la empresa afirmando que:

“Efectivamente, el actor fue objeto de un anterior despido en el que la empresa le imputó la misma falta pero no se estimó acreditada; igualmente se le advirtió por carta de su lento rendimiento, puesto que mientras los compañeros del actor despachan las transferencias y cometidos en horas del mismo día, el demandante tarda de ordinario más de un día o los cumplimenta al día siguiente (concorre pues la nota de reiteración y continuidad). Respecto a la voluntariedad o intencionalidad del trabajador, el Alto Tribunal (Sentencia de 7 de enero de 1987) establece que la voluntariedad en el rendimiento, se presume concurrente cuando no hay impedimento ajeno al trabajador que justifique de alguna forma la baja del rendimiento, comparado éste con el que obtiene sus compañeros. Por lo que, acreditado por la empresa el bajo rendimiento del actor correspondía al mismo probar la existencia de alguna causa justificativa de dicha disminución (concorre pues la nota de voluntariedad o intencionalidad del trabajador). No efectuada dicha prueba por el demandante, el bajo rendimiento acreditado y prolongado en el tiempo es causa suficiente para justificar el despido.

En suma, acredito el bajo rendimiento del actor, la sanción de despido impuesta por la empresa demandada resulta proporcionada a la entidad de la falta cometida.”

Otra causa diferente de despido lo hallamos en la **STSJ de Baleares de 4 de octubre de 2005** (recurso 460/2005), I.L. J 2328, en el que se aprecia una vulneración de la obligación principal del trabajador (empleado de Correos y Telégrafos) por dejar correspondencia a su cargo en su moto, exponiéndola a un alto riesgo de extravío, pérdida o sustracción y por llevarla a su domicilio lo cual constituye una conducta expresamente prohibida que, además, derivó en un excesivo retraso en la entrega de los envíos. La Sala, a tenor de los hechos, declara que:

“El comportamiento del actor causa graves perjuicios a su empresa y a los usuarios de un servicio de interés general, cual el postal, la importancia social y económica de cuyo buen funcionamiento no es preciso resaltar pues resulta notoria. Frente a esa conducta reiterada no cabe en derecho exigir a la empresa que continúe dando empleo y retribuyendo a quien admite que, por las razones de exclusivo alcance personal que sean, no reúne las condiciones indispensables para ejecutar las tareas que se le encomiendan y que, por el contrario, desempeñan con total normalidad los demás trabajadores de su misma categoría.”

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

Por otro lado, la STSJ de Galicia de 28 de octubre de 2005 (recurso 4072/2005), I.L. J 2322 aborda el despido del administrador de una sociedad que, valiéndose de sus funciones y al margen del consejo, modificó, en su provecho, el salario y los incentivos a percibir. El TSJ argumenta que:

“el actor como ejecutor de las facultades de administración, representación, etc., de la empresa no podía modificar su retribución en ninguno de sus aspectos, esto es, tanto el salario base como los incentivos ni la forma de cobro de una y otra, ello era una facultad del Consejo, por lo que al actuar al margen del mismo, elevándose la retribución fija y variable, como al determinar la forma de percepción de la variable mediante el cargo a la empresa de gastos personales propios, como si fueran de aquélla, ha actuado fraudulentamente y por tanto quebranta la buena fe contractual, alcanzando tal hecho extrema gravedad por afectar, no sólo económicamente, al patrimonio societario sino por cuanto la forma de percepción de las retribuciones variables con tal modalidad constituye de una parte un sobresueldo, al ahorrarse el desembolso de impuestos, y, de otra, un posible fraude a la Hacienda Pública con el consiguiente riesgo fiscal para su principal, con consecuencias de toda índole para la misma, en consecuencia, tal actuación constituye un quebrantamiento grave y culpable que justifica el despido producido”.

7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

En la STS de 7 de noviembre de 2005 (recurso de casación para unificación de doctrina 5175/2004), I.L. J 2245 la cuestión litigiosa es la extinción de un contrato temporal cuando ha sido precedido por otros también temporales para la prestación de unos mismos servicios de teleoperaciones. En el caso en cuestión, queda probado que el último de los contratos es lícito pero la relación laboral del recurrente era ya indefinida por la irregularidad de los dos primeros contratos temporales calificándose, por tanto, como improcedente el despido llevado a cabo. La Sala lo argumenta del siguiente modo:

“Es plenamente aplicable al caso, por lo tanto, la doctrina que, derivada de la causalidad de la duración limitada del contrato de trabajo, aplica la sentencia de esta Sala de 5 de mayo de 2004 (recurso 4063/2003), según la cual la irregularidad del primero de los contratos laborales sucesivos, sin solución de continuidad, convierte la relación laboral en indefinida. Dicha sentencia transcribe el razonamiento siguiente, contenido en la Sentencia de 21 de marzo de 2002: ‘Cuando un contrato temporal deviene indefinido por defectos esenciales en la contratación, la novación aparente de esta relación laboral ya indefinida, mediante la celebración de un nuevo contrato temporal sin práctica solución de continuidad, carece de eficacia a tenor de lo dispuesto en el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores’.

Por eso es errónea la interpretación y aplicación de los preceptos y de la doctrina expuestos que hace la sentencia recurrida, e hizo también antes la de instancia, por más que contenga extensa y ponderada fundamentación de la decisión adoptada, y que, en cumplimiento de

cuanto establece el artículo 226 de la Ley de Procedimiento Laboral, y de conformidad con el razonado informe del Ministerio Fiscal, habrá de ser casada y anulada para resolver el debate de suplicación mediante revocación de la sentencia de instancia y estimación de la demanda, previa la de los recursos de suplicación y de casación para la unificación de doctrina interpuestos por el demandante en lo que hacen referencia a la empresa empleadora, sin que se haya ofrecido fundamento alguno para extender a las empresas codemandadas, nuevas contratistas del renovado servicio de teleoperaciones, las consecuencias de la calificación de la improcedencia del despido sobre el que versa la acción, que son las impuestas en los artículos 56.1 del Estatuto de los Trabajadores y 110.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, sin perjuicio de lo que establecen sobre el pago de los salarios de tramitación sus respectivos artículos 57 y 116 al 119.”

Otro supuesto diferente lo hallamos en la **STSJ de Cataluña de 6 de mayo** (recurso 1725/2005), I.L. J 1647, en la que se califica como improcedente el cese de un trabajador extranjero pese a no poseer permiso de trabajo. El Tribunal afirma que:

“La reciente jurisprudencia del Alto Tribunal, reflejada en su Sentencia de 29 de septiembre de 2003 viene a establecer que el contrato de trabajo del extranjero autorizado no es un contrato nulo y, siendo ello así, no puede verse privado el trabajador de una protección que en nuestro sistema de relaciones laborales es inherente al contrato de trabajo, conclusión que se reafirma aun de manera más patente en la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, que reforma la 4/2000 cuando en el párrafo 1.º del número 3 del artículo 36 alude concretamente al extranjero no autorizado para trabajar, que es a tenor de lo dispuesto en el número 1 el que carece del permiso de residencia o autorización de estancia, y establece que en tal caso los empresarios deben obtener previamente autorización del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y que la carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero.

En el presente caso, aparte de que el permiso de trabajo y residencia no estaba denegado, sino suspendido, es de plena aplicación la doctrina expuesta porque la modificación posterior producida por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, no modifica ni altera el contenido del artículo 36.

Por tanto, y en aplicación de lo preceptuado en el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores no cabe más que declarar la improcedencia del despido de que ha sido objeto el recurrente con las consecuencias fijadas para el mismo en el artículo 56 del mismo texto legal.”

B) Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización

La **STS de 2 de diciembre de 2005** (recurso de casación para unificación de doctrina 6380/2003), I.L. J 2152, se pronuncia en un caso de despido improcedente de un candi-

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

dato proclamado a elecciones sindicales afirmando que es este quien posee el derecho de opción. La Sala declara que:

“en relación con las garantías de los representantes de los trabajadores, y en concreto la cuestión de si dicha opción aparte de a los representantes elegidos, puede ampliarse a los candidatos proclamados a los puestos de miembros del Comité, con cita de la Sentencia 38/1981, de 23 de noviembre, del T. Constitucional una interpretación coordinada del artículo 56.4 ET, con la doctrina que citaban permitía concluir que el referido derecho de opción entre la readmisión y la indemnización en el concreto supuesto del despido declarado judicialmente improcedente, como regla general corresponde a quien en el momento del despido fuera ‘un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical’ e, igualmente al presentado o proclamado como candidato a la elección o al nombramiento de representante de los trabajadores”.

Otro supuesto es el recogido en la **STS de 22 de septiembre de 2005** (recurso de casación para unificación de doctrina 2574/2004), I.L. J 1688, en la que se debate si, en un caso por despido declarado improcedente de una trabajadora por extinción de un contrato eventual “por aumento de actividad” por finalización de los servicios para los cuales se le contrató, la opción entre la readmisión o la indemnización corresponde a la empresa o al trabajador, cuando, en este último caso así lo establece el Convenio aplicable. La sentencia concluye afirmando que:

“en el Convenio Colectivo de aplicación al supuesto de autos la previsión de opción a favor de los trabajadores se halla incluida dentro de un precepto relativo a la política de empleo, y con independencia de que el despido sea o no disciplinario, como específica ‘Garantía de empleo’ del artículo 28.1 al establecer la previsión de que ‘en caso de ser declarado un despido improcedente, el trabajador tendrá derecho a elegir entre la indemnización o la readmisión’. El Convenio en cuestión, reconoce como una garantía genérica frente a cualquier ‘despido improcedente’ la opción a favor del trabajador y así habrá que estimarlo, de conformidad con la legalidad de este tipo de pactos que esta Sala ha aceptado en reiteradas sentencias –por todas en la de 5 de octubre de 2001– (que cita otras muchas en el mismo sentido)”.

a) La indemnización: cuantía y cálculo

La **STSJ de Cataluña de 15 de diciembre** (recurso 6096/2005), I.L. J 2291, determina que –en un supuesto de reconocimiento de la empresa de la improcedencia del despido– el plus de transporte no ha de computarse a efectos de cálculo de la indemnización correspondiente ya que dicho complemento no tiene naturaleza salarial al tener carácter voluntario. La indemnización se calcula conforme al salario del convenio que legalmente es de aplicación. El TSJ determina que:

“Por esto no puede sostenerse que ahora la empresa deba seguir abonando el plus voluntario que abonaba cuando en conjunto pagaba unos salarios muy inferiores a los legales, y que esto deba seguir haciéndolo mientras no compense adecuadamente su importe, pues no hay compensación posible en este caso, dado que los aumentos no provienen de la

razón de ser de la institución de la compensación, que es sólo la absorción de los abonos voluntarios con los incrementos legales, pero no la absorción de los abonos ilegales con los importes debidos. En tales casos se impone la aplicación de la norma sobre el salario debido, conforme al ámbito de aplicación del Convenio Colectivo de que se trate, salarios en base a los que ha de calcularse la indemnización por despido conforme al artículo 56 ET. Así lo ha declarado la jurisprudencia, que ha declarado que el salario base de las indemnizaciones por despido es el percibido o el debido percibir en el momento del despido.”

Otro caso diferente es el resuelto en la **STS de 3 de noviembre de 2005** (recurso de casación para unificación de doctrina 3400/2004), I.L. J 2094, en el que se trata de aclarar si se está en presencia o no de un grupo de empresas de cara a calcular el tiempo de servicios determinante de una indemnización por despido. Es decir, la cuestión controvertida reside en si se debe computar desde el inicio de la prestación de servicios en la última empresa o si se debe acumular el período anterior trabajado en otra compañía cuando en ambas sociedades coinciden administradores, accionistas y participaciones societarias. La Sala, reiterando su propia doctrina, afirma que:

“el grupo de empresas a efectos laborales no es un concepto de extensión equivalente al grupo de sociedades del Derecho Mercantil. El reconocimiento del grupo de empresas en el ordenamiento laboral, cuyos efectos se manifiestan sobre todo en la comunicación de responsabilidades entre las empresas del grupo, exige la presencia de una serie de factores atinentes a la organización de trabajo; y estos factores, sistematizados en la Sentencia de 3 de mayo de 1990 y en otras varias posteriores como la de 29 de mayo de 1995, la de 26 de enero de 1998 y la de 26 de diciembre de 2001, configuran un campo de aplicación normalmente más restringido que el del grupo de sociedades. En concreto, estos factores específicos del grupo de empresas en el ordenamiento laboral consisten en la existencia de un funcionamiento integrado de la organización de trabajo, o en la prestación de trabajo indistinta o común a las empresas del grupo, o en la búsqueda artificiosa de dispersión o elusión de responsabilidades laborales.

En consecuencia, de acuerdo con la propia doctrina jurisprudencial, la mera presencia de administradores o accionistas comunes (STS de 21 de diciembre de 2000, recurso 4383/1999 y STS de 26 de diciembre de 2001, recurso 139/2001), o de una dirección comercial común (STS de 30 de abril de 1999, recurso 4003/1998), o de sociedades participadas entre sí (STS de 20 de enero de 2003, recurso 1524/2002) no es bastante para el reconocimiento del grupo de empresas a efectos laborales. Esta doctrina ha sido reiterada últimamente en la Sentencia de 8 de junio de 2005.

Siendo así que entre ‘AHV’ y ‘Acenor’ no se ha acreditado la existencia de los rasgos específicos del grupo de empresas a efectos laborales, se ha de llegar a la conclusión de que el tiempo de servicio a tener en cuenta para el cálculo de la indemnización de despido a cargo de ‘AHV’ sólo comprende el prestado por cuenta de la propia empresa condenada ‘AHV’ y no el anterior acumulado en la empresa ‘Acenor’”.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

b) Salarios de tramitación

En la STS de 21 de diciembre de 2006 (recurso de casación para unificación de doctrina 105/2004), I.L. J 2222, se determina que la puesta a disposición de un vehículo a un trabajador no tiene la consideración de salario en especie y no cabe ser computado, por tanto, a efectos de salarios de tramitación. En este sentido la Sala aclara que:

“la puesta a disposición del automóvil por parte de la empresa no tuvo como finalidad proporcionarle una retribución por su trabajo, sino que respondió a la necesidad de su utilización para el buen desempeño de su labor, ya que constituye un hecho notorio que resulta inherente al cometido de todo jefe de ventas la necesidad de desplazarse con habitualidad, bien para controlar la labor de los vendedores que, en su caso, puedan depender de él, o bien para visitar directamente a determinados clientes. Por consiguiente, debe descartarse, ya desde este momento, la idea de que la principal función que la atribución del uso del automóvil estuviera llamada a cumplir fuera la de formar parte de la retribución (salario en especie), sino que el vehículo constituía claramente un medio o ‘herramienta’ necesaria (‘necesita para el desempeño...’, dice literalmente el relato histórico) para el normal desarrollo de su labor por parte del empleado”.

8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

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

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 18 de julio de 2005 (recurso 1297/2005), I.L. J 2319, califica el despido objetivo llevado a cabo como viciado de nulidad, a pesar de que el puesto de trabajo carecía de sentido por la modificación de las técnicas de su desempeño, ya que en la fecha en que se adopta la decisión extintiva el contrato de trabajo se encontraba suspendido por estar en situación de incapacidad temporal.

La vulneración de la garantía de la indemnidad queda sobradamente probada en la STS de 6 de octubre de 2005 (recurso de casación para unificación de doctrina 2736/2004), I.L. J 1894, porque, tal y como establece la Sala:

“En el presente caso, no sólo concurren sólidos indicios, sino que no existe la más leve duda acerca de que fue el ejercicio, por parte de la trabajadora, de la acción para obtener la declaración de indefinidad de su relación laboral con la Administración autonómica, lo que motivó la decisión de ésta en el sentido de dar por resuelta la relación laboral, sin haber intentado siquiera dicha Administración acreditar lo contrario. Esta conducta resulta claramente incardinable en el artículo 55.5 del ET y en el artículo 108.2 de la LPL, que califican como nulo aquel despido que tenga por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, habiéndose infringido por parte de la resolución recurrida –al declarar el despido simplemente improcedente y no nulo– los citados preceptos legales, así como el artículo 24.1 de la Constitución, ya que no se otorgó

a la trabajadora la tutela judicial efectiva, al desconocer la garantía de indemnidad a la que tenía derecho.”

LEX NOVA

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

Sumario:

1. Libertad sindical. A) Representatividad de los sindicatos. B) Secciones y delegados sindicales. C) Derechos y garantías de los representantes sindicales. D) Régimen interno de los sindicatos. E) Libertad sindical y negociación colectiva. F) Proceso de tutela de la libertad sindical. **2. Representación unitaria de los trabajadores.** A) Delimitación. B) Procedimiento electoral. C) Comité intercentros. D) Derechos y garantías de los representantes de los trabajadores. **3. Conflictos colectivos.** A) Conflictos jurídicos y conflictos de intereses. B) Conflictos colectivos y conflictos individuales y plurales. C) Proceso de conflicto colectivo e impugnación de Convenios colectivos. D) Competencia jurisdiccional. E) Legitimación y representación procesal. **4. Derecho de huelga.** A) Servicios de mantenimiento. B) Descuentos salariales. C) Despidos.

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Representatividad de los sindicatos

La representatividad sindical, como índice de medición de la audiencia electoral de un sindicato y requisito de acceso a un estatus sindical especial, dotado de mayores derechos, es objeto de análisis, desde distintas perspectivas, en la **STS de 2 de noviembre de 2005**, I.L. J 2003 (modo de cómputo en el ámbito interno de la empresa Telefónica), y en la **STS de 15 de noviembre de 2005**, I.L. J 2053, y la **STS de 9 de diciembre de 2005**, I.L. J 2155 (criterio para la atribución de subvenciones).

En el supuesto de la **STS de 2 de noviembre de 2005**, I.L. J 2003, se cuestiona el cómputo de la audiencia electoral de los sindicatos, a efectos de determinación de su nivel de representatividad en la empresa Telefónica, conforme a su normativa laboral específica (artículo 263), teniendo en cuenta que ésta precisa la audiencia en referencia literal a los comités de empresa, sin mencionar a los delegados de personal (sólo designados en Ceuta y Meli-

lla, en atención al número de trabajadores). Por el sindicato Unión Telefónica Sindical se pretende el cómputo exclusivo de la representatividad en los comités de empresa, toda vez que en ellos obtuvo 73 representantes sobre 730, el 10%, por tanto, que le permite el acceso a la condición de sindicato más representativo en la empresa, de acuerdo con la referida normativa interna, y la exclusión de los dos delegados de personal elegidos en Ceuta y Melilla, cuyo cómputo le impediría acceder a tal condición. La Sala desestima esta pretensión, por entender que la participación, la representación y la representatividad se refieren a todos los órganos de representación unitaria en las empresas y centros de trabajo, tal y como se precisa con carácter general en el artículo 6.2.a) de la LOLS, y que lo pretendido por el sindicato actor “supondría privar al cuerpo electoral de trabajadores de la empresa que presta servicios en las ciudades de Ceuta y Melilla de su participación representativa al eliminar, en suma, sus votos del cómputo a estos efectos”, en una interpretación que, de aceptarse, implicaría la nulidad de la cláusula debatida.

Respecto de la atribución de subvenciones en atención a la representatividad, la **STS de 15 de noviembre de 2005**, I.L. J 2053, estima la existencia de una lesión al derecho de la libertad sindical de la Coalición sindical independiente de trabajadores de Madrid, Unión Profesional, por su exclusión del régimen de subvenciones a los sindicatos para formación, previsto en el Convenio colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid 2001-2003, toda vez que, conforme a esta norma (artículo 69.1.4), el reparto de las subvenciones litigiosas se debía hacer entre los sindicatos con mayor implantación en ese ámbito de forma proporcional a su representación en el Consejo regional de la función pública, y el sindicato demandante formaba parte de este órgano con una representatividad del 8,63%. Por otra parte y con cita en la doctrina precedente (Sentencia de 10 de junio de 2003 y Sentencias del Tribunal Constitucional 20 y 26/1985), la Sala recuerda que “no es un criterio objetivo y razonable atribuir estas asignaciones en exclusiva a las centrales más representativas, como medida proporcionada (...); pudiéndose producir, además, una inducción o presión indirecta para la afiliación de los trabajadores a determinados sindicatos (...)”.

Por su parte, también en el supuesto de la **STS de 9 de diciembre de 2005**, I.L. J 2155, se cuestiona, en un proceso de tutela de la libertad sindical, la interpretación de la cláusula del Convenio colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid 2001-2003 (artículo 69.1.4), relativa a la distribución de subvenciones a favor de los sindicatos con mayor implantación en ese ámbito, y la adecuación del reparto acordado por el Consejo regional de la función pública (a los sindicatos con un 15% de representatividad y en proporción a su participación en ese órgano), con el derecho de libertad sindical de la organización demandante (CEMSATSE, que no ostenta esa representatividad aunque sí forma parte del referido órgano). La Sala resuelve en primer lugar la excepción de inadecuación de procedimiento alegada por la Administración recurrente, declarando que el proceso de impugnación de Convenios colectivos pretendido por esa parte no se ajusta al suplico de la demanda, en el que se reclama determinada cantidad y no la nulidad de la regla convencional litigiosa, sino su diferente aplicación.

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

En cuanto al fondo del debate, la Sala parte de la doctrina general de que la mayor representatividad no es un criterio suficientemente justificado (objetivo, razonable y ponderado) para la atribución de subvenciones, pues resulta contrario al principio de igualdad, y puede favorecer la posición de fuerza de unos sindicatos respecto de otros y la injerencia empresarial en su actuación, especialmente en la negociación colectiva. No obstante y frente al pronunciamiento estimatorio adoptado en la instancia precedente por la Audiencia Nacional, y también frente al criterio mantenido por la sentencia anteriormente expuesta, también de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en este caso se entiende que reconocer el derecho del sindicato actor a la subvención solicitada supondría mantener la injustificada desigualdad entre sindicatos, no ya en atención a la mayor representatividad, pero sí en consideración a la suficiente representatividad para integrarse en el Consejo regional de la función pública. A este respecto, añade que lo procedente sería haber instado la nulidad de la cláusula convencional litigiosa, y no pretender su aplicación e interpretación diferente con base en otro criterio también discriminatorio.

B) Secciones y delegados sindicales

En el período de referencia tan sólo dos sentencias abordan con carácter principal cuestiones relativas a las secciones y los delegados sindicales (**SAN de 7 de febrero de 2005**, I.L. J 1713, y **STS de 18 de noviembre de 2005**, I.L. J 2066), en ambos casos para reiterar el cambio de doctrina jurisprudencial en relación con el ámbito de constitución y de designación de secciones y delegados sindicales en sentido propio (artículo 10 LOLS): el mismo que el de la representación unitaria, es decir, el centro de trabajo y no la empresa. Curiosamente, además, las dos resoluciones resuelven el mismo proceso, en instancia y casación ordinaria.

La primera de ellas, la **SAN de 7 de febrero de 2005**, I.L. J 1713, con cita y extensa transcripción de la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, rectificada con la Sentencia de 21 de noviembre de 1994, posteriormente reiterada (Sentencias de 10 de noviembre de 1998, 20 de julio de 2000, 10 de abril de 2001, 13 de junio de 2001 o 15 de marzo de 2004), declara la licitud de una decisión empresarial de no reconocer como delegado sindical en sentido propio, con los derechos y garantías establecidos en el artículo 10.3 de la LOLS, a un representante del sindicato UGT, por no reunir en el centro de trabajo de referencia los requisitos exigidos legalmente, esto es, una plantilla de al menos 250 trabajadores y presencia del sindicato en el comité de empresa (artículo 10.1 LOLS).

En este caso se trataba de un delegado sindical reconocido como tal en el ámbito de la empresa, por reunir en éste las referidas exigencias legales conforme el anterior criterio jurisprudencial (que permitía al sindicato optar entre el ámbito de empresa o de centro de trabajo para la constitución de secciones sindicales y la designación de delegados sindicales), que tras el cambio de jurisprudencia ve negada esa condición por parte de la empresa, por no tener ningún centro de trabajo con plantilla de al menos 250 trabajadores.

Recurrida esta sentencia en casación ordinaria, la **STS de 18 de noviembre de 2005**, I.L. J 2066, confirmando el pronunciamiento impugnado, reitera que el ámbito de consti-

tución de las secciones sindicales y, consecuentemente, de la designación de delegados sindicales en sentido propio, con los derechos y garantías previstos en el artículo 10.3 de la LOLS, es el mismo que el de la representación unitaria, esto es, con carácter general, el centro de trabajo, y no, opcionalmente para el sindicato, la empresa o el centro de trabajo, por lo que las exigencias legales para su constitución (al menos 250 trabajadores y presencia del sindicato en el comité de empresa, artículo 10.1 LOLS) deben reunirse en ese ámbito. Insiste en este sentido en la doctrina mantenida por las Sentencias de 10 de noviembre de 1998, 15 de marzo de 2004, 9 de junio de 2005 y 14 de junio de 2005, y en que la admisión del ámbito de empresa a opción del sindicato, conforme al anterior criterio jurisprudencial, no implica por sí solo la existencia de un pacto tácito, concesión empresarial vinculante o derecho adquirido, sino una “mera tolerancia por causa de inercia, evidentemente ineficaz para sustentar la titularidad de un derecho por parte del sindicato al que hubiera de atribuirse eficacia enervante de la facultad empresarial de ajustar la situación al criterio jurisprudencial interpretativo de la norma aplicable”.

Por lo demás, la Sala también desestima la pretendida motivación antisindical de la empresa, alegada por el sindicato actor y recurrente con base en la proximidad entre la decisión empresarial de desconocer los derechos del hasta entonces delegado sindical y el inicio de un proceso de negociación colectiva, tanto por su falta de participación en los diferentes procesos de negociación del Convenio de la empresa demandada, como por la revisión anual de éste y su fácil proximidad temporal con la actuación impugnada.

C) Derechos y garantías de los representantes sindicales

En relación con estas cuestiones, como viene siendo cada vez más frecuente, el protagonismo de los pronunciamientos judiciales se refiere a la garantía de indemnidad de los representantes sindicales, esto es, a su derecho a no sufrir perjuicio o menoscabo en sus condiciones laborales (no sólo económicas), como consecuencia del ejercicio y desempeño de sus funciones de representación (**STC de 10 de octubre de 2005**, I.L. J 1753, **STC de 12 de diciembre de 2005**, I.L. J 2079, **STC de 20 de diciembre de 2005**, I.L. J 2106, y **STS de 10 de noviembre de 2005**, I.L. J 1969). Junto a estas resoluciones sobre indemnidad, también se incluye en este epígrafe la relevante **STC de 7 de noviembre de 2005**, I.L. J 1956, sobre el uso de los medios informáticos de la empresa para el ejercicio de los derechos de información sindical.

La **STC de 10 de octubre de 2005**, I.L. J 1753, estimatoria de un recurso de amparo, declara que la decisión del Servicio Andaluz de Salud de denegar el nombramiento de un trabajador (personal estatutario con categoría de pinche), liberado sindical, como celador en “situación especial en activo”, una vez realizado el correspondiente concurso de contratación interna, con su valoración como candidato con mejor puntuación, vulnera su derecho de libertad sindical al condicionarse el acceso a la plaza a la prestación efectiva de servicios y, con ello, al cese en su condición de liberado sindical.

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

En este sentido y con cita de su anterior Sentencia 70/2000, de 13 de marzo, adoptada en un supuesto semejante, el Tribunal Constitucional reconoce que el crédito horario constituye parte del contenido adicional del derecho de libertad sindical, y que del desempeño de funciones sindicales no pueden derivarse consecuencias perjudiciales para el trabajador (garantía de indemnidad), incluidas las relativas a la promoción económica y profesional, como ocurre en el supuesto debatido; sin que, en sentido contrario, por la Administración demandada se haya acreditado y justificado de manera suficiente y concreta la adecuación, la razonabilidad y la proporcionalidad de la medida propuesta, más allá de la genérica alegación del carácter estatutario de la relación.

En términos muy similares y en aplicación de la misma doctrina, la **STC de 20 de diciembre de 2005**, I.L. J 2106, también de amparo, estima la concurrencia de una lesión del derecho de libertad sindical de un trabajador, liberado sindical, que ve denegada su situación de comisión de servicios en la Administración, por verificarse que tal denegación es consecuencia de su referida condición de liberado sindical. En este sentido, a pesar de pretenderse que la cuestionada denegación se derivaba del carácter temporal de la situación administrativa de comisión de servicios y de la desaparición de las circunstancias urgentes y de inaplazable necesidad que la justificaron, se reconoció la posibilidad de su prórroga si se producía la reincorporación al puesto de trabajo, lo que implicaba el cese en la condición de liberado sindical.

En el supuesto de la **STC de 12 de diciembre de 2005**, I.L. J 2079, se cuestiona igualmente en amparo el ajuste con el derecho de libertad sindical, también en sus expresiones de indemnidad retributiva, igualdad y tutela judicial efectiva (estas dos últimas subsumidas en aquél), de un trabajador liberado de su obligación de prestación laboral por el desempeño de funciones de representación, de determinadas decisiones de empresa (Ayuntamiento de Fuengirola), consistentes en la supresión de un complemento salarial de puesto de trabajo y en el cambio de su dependencia jerárquica y del sistema control del crédito horario.

Las sentencias de instancia y suplicación que desestimaron la demanda y el recurso correspondientes, entendieron que las actuaciones referidas reflejaban un conflicto entre las partes y constituían indicios de vulneración del derecho de libertad sindical del actor, si bien consideraron justificadas las actuaciones empresariales por motivos ajenos a este derecho, en aplicación del criterio de alteración de la carga de la prueba en los procesos de tutela de los derechos fundamentales. En relación con la supresión del complemento salarial de puesto, por entender que la decisión empresarial respondía al criterio mantenido por la Sala de suplicación en anteriores ocasiones, y respecto de los cambios impuestos en la dependencia jerárquica del demandante y en el sistema de control de su crédito horario, por apreciar una reordenación organizativa ajena a un móvil antisindical, que no producía además menoscabo o limitación alguna en el derecho de libertad sindical debatido.

En ese contexto, la STC de 12 de diciembre de 2005 estima parcialmente el recurso de amparo, en relación con la indemnidad retributiva y la supresión del referido complemento salarial de puesto, por entender que el razonamiento de las resoluciones impugnadas

das, limitado al análisis de la prueba indiciaria y a la inversión de la carga de la prueba, fue insuficiente desde la perspectiva de la tutela del derecho de la libertad sindical, “pues en relación con el complemento salarial reclamado el problema no consistía en determinar si su supresión podía considerarse un indicio de discriminación sindical, en la medida en que pusiera de manifiesto un ánimo empresarial de perjudicar al actor por razón de su actividad sindical, sino, lisa y llanamente, si dicha supresión implicaba, de manera objetiva, un impedimento u obstáculo al ejercicio de dicha actividad”. Como consecuencia del limitado alcance de las resoluciones impugnadas en relación con la tutela del derecho de libertad sindical cuestionado, que queda imprejuizada en cuanto al fondo, el pronunciamiento de amparo del Tribunal Constitucional delimita también su objeto, en el sentido de reponer las actuaciones hasta el momento anterior a dictarse sentencia en el primer grado jurisdiccional.

Por el contrario y en relación con las otras dos decisiones empresariales cuestionadas, el Tribunal Constitucional estima que los órganos judiciales cuyas resoluciones se recurren en amparo realizaron una adecuada ponderación del derecho constitucional invocado, al apreciar la existencia de indicios de su vulneración (situación de conflicto), con la consecuente inversión de la carga de la prueba, y examinar la justificación y la proporcionalidad de tales medidas (necesidades organizativas y de funcionamiento e inexistencia de limitación o menoscabo del derecho de libertad sindical).

Por último, la **STS de 10 de noviembre de 2005**, I.L. J 1969, en aplicación de la referida doctrina sobre la garantía de indemnidad de los representantes de los trabajadores, declara el derecho de los representantes sindicales en el Servicio Vasco de Salud que desarrollen su actividad en turnos rotatorios a que se les compute como tiempo de trabajo efectivo el denominado “solape” (“tiempo efectivo de trabajo consistente en la prolongación en diez minutos de la jornada diaria y destinados a la transmisión de los oportunos ‘partes’ de cambio de turno”), aun cuando no realicen su actividad en la jornada correspondiente como consecuencia del desempeño de sus funciones de representación durante su crédito horario.

Finalmente, en el supuesto de la trascendente **STC de 7 de noviembre de 2005**, I.L. J 1956, se cuestiona en amparo la constitucionalidad de una decisión de la entidad bancaria BBVA de dejar de permitir el uso sindical del servidor y del correo electrónico de la empresa para difundir información sindical y laboral a los trabajadores, tras haber sufrido el 13 de febrero de 2000 un colapso en el servidor como consecuencia del envío masivo de correos electrónicos.

Tras enmarcar el derecho de información sindical en la vertiente funcional o de actividad del contenido esencial del derecho de libertad sindical, y la puesta a disposición de medios, obligaciones o cargas a la empresa con ese objeto, tanto en la ley, como en el Convenio e incluso a través de la voluntad unilateral de ésta, en el contenido adicional o promocional de este derecho fundamental, el Alto Tribunal reconoce que las previsiones legales sobre derechos y medios de información sindicales y, en particular, sobre el tablón

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

de anuncios a disposición de los representantes sindicales en las empresas (artículo 8.2.a) LOLS), no obliga a éstas a implantar y a poner a disposición de aquéllas medios informáticos a modo de “tableros virtuales”, en una interpretación extensiva y actualizada de las referidas normas legales.

Sin embargo, una vez que en la empresa demandada existían tales medios y venían utilizándose pacíficamente con fines de información sindical desde febrero de 1999, el Tribunal Constitucional estima que la privación injustificada de los mismos constituye una vulneración del derecho de libertad sindical de los recurrentes en amparo, asistiendo a éstos el derecho a su utilización ponderada, siempre que no se perturbe la actividad normal de la empresa (lo que no ocurre, en principio, si los correos se reciben en tiempo y lugar de trabajo), que no se ocasionen gravámenes o costes adicionales a ésta, y que prevalezca su interés productivo en la utilización de las correspondientes herramientas y servicios informáticos (lo que justificaría, en su caso, el establecimiento de condiciones y limitaciones para el uso sindical).

D) Régimen interno de los sindicatos

Dos muy diferentes cuestiones relativas al régimen interno de los sindicatos se plantean en la **SAN de 3 de febrero de 2005**, I.L. J 1714, y en la **STS de 11 de octubre de 2005**, I.L. J 2282. En la primera se trata de una impugnación de unos estatutos sindicales por similitud de denominación e identidad de siglas con otro sindicato, y en la segunda se cuestiona la competencia objetiva para el conocimiento de la impugnación de sanciones sindicales.

La **SAN de 3 de febrero de 2005**, I.L. J 1714, desestima una demanda de impugnación de los estatutos del sindicato “Afluación Sindical Independiente”, interpuesta por el sindicato “Alianza Sindical Independiente”, por entender que entre una y otra denominación no existe coincidencia que induzca a confusión, incluso a pesar de la identidad de las siglas de una y otra organización. En este sentido, entiende que los términos “sindical” e “independiente”, comunes a ambas entidades, son “de uso común, repetitivo e intercambiable entre sujetos, sin que puedan singularizar e individualizar a ninguno de ellos”, y que las expresiones “afiliación” y “alianza” son diferentes. Por otra parte, respecto de la identidad de las siglas, la Sala considera que no es significativa cuando se trata de sindicatos pequeños, identificados por su nombre completo y no por su acrónimo, a diferencia de lo que ocurre con las grandes organizaciones sindicales. Por lo demás y de manera “incidental y colateral”, también se tiene en cuenta que el sindicato demandado se integró en la Unión Sindical Obrera, con extinción de su personalidad jurídica, antes de la celebración del juicio.

Por su parte, la **STS de 11 de octubre de 2005**, I.L. J 2282, declara la incompetencia objetiva de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional para resolver una demanda de la Asociación profesional y sindical de profesores de religión de educación secundaria y primaria de la Comunidad de Madrid, por la que impugnaba su expulsión de la Federación Estatal de Asociaciones de profesores de religión de Comunidades Autónomas. Aplicando

el criterio de las Sentencias de 26 de marzo de 2001 y de 19 de mayo de 2004, relativas a la competencia para la impugnación de sanciones impuestas por organizaciones sindicales a sus representantes o delegados internos, la Sala estima que en estos casos la competencia objetiva de la jurisdicción social viene determinada por la esfera de la persona sancionada, sea ésta física (como en el caso de estas sentencias) o jurídica (como en el supuesto ahora debatido), y no por la repercusión o efectos de la sanción en la propia organización sindical. De este modo, y una vez que la Asociación sancionada y demandante es de carácter autonómico, la competencia objetiva le correspondería a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia.

Por lo demás y en relación con el motivo adecuado para plantear esta cuestión en casación ordinaria y formalizar el correspondiente recurso, la STS de 11 de octubre de 2005 precisa que se trata de la letra b) del artículo 205 de la LPL (incompetencia o inadecuación de procedimiento), y no de la letra a) (abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la Jurisdicción), sin perjuicio de que el error en esta determinación pueda superarse cuando no impida conocer el alcance real de la denuncia y su fundamentación, como es el caso.

E) Libertad sindical y negociación colectiva

Son bastante numerosas las sentencias que en el período de referencia tratan cuestiones relativas a la libertad sindical y a la negociación colectiva, en algunos casos a través del proceso de conflicto colectivo y en otros, en procesos de tutela de la libertad sindical. En éstos, por lo demás, también se adoptan algunos interesantes pronunciamientos adicionales de carácter procesal. Se trata de la **STS de 19 de septiembre de 2005**, I.L. J 1795; la **STS de 20 de septiembre de 2005**, I.L. J 1685, la **SAN de 28 de febrero de 2005**, I.L. J 1706, la **SAN de 21 de marzo de 2005**, I.L. J 1722, y la **SAN de 4 de abril de 2005**, I.L. J 1755.

La **STS de 19 de septiembre de 2005**, I.L. J 1795, reiterando el criterio de las anteriores Sentencias de 26 de julio de 1995 y 26 de junio de 1998, en relación con una demanda de conflicto colectivo destinada a la modificación de determinados complementos retributivos, en cumplimiento de una previsión establecida en Convenio colectivo, recuerda que el “mero incumplimiento de una norma de un convenio colectivo no constituye en sí mismo una violación de la libertad sindical ni del derecho a la negociación colectiva”.

En el supuesto de la **STS de 20 de septiembre de 2005**, I.L. J 1685, se cuestiona si la convocatoria de determinadas plazas de ejecutivos de ventas en la empresa Telefónica, tramitada a través de la denominada “comisión de seguimiento”, creada en cumplimiento de las previsiones del Plan Social adoptado en la negociación de un anterior expediente de regulación de empleo, con exclusión del sindicato CGT, no firmante del expediente ni, por ende, participante en dicha comisión, supone una actividad negociadora y, por tanto, la referida exclusión de esta organización vulnera sus derechos de libertad sindical y de negociación colectiva.

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

El Tribunal Supremo desestima el conflicto colectivo planteado por el sindicato recurrente, por entender que la debatida convocatoria de plazas supone tan sólo un acto de gestión y administración del Plan Social, que la comisión de seguimiento no es propiamente una comisión negociadora ni ha actuado como tal, y que uno y otra se enmarcan en un expediente de regulación que aquella organización sindical no firmó.

En un contexto parecido, en el supuesto de la **SAN de 28 de febrero de 2005**, I.L. J 1706, se cuestiona, en demanda de conflicto colectivo, la adecuación con los derechos de libertad sindical del Sindicato Libre de Correos y Telecomunicaciones (SLCT), de su exclusión en la firma de determinados acuerdos de desarrollo del Convenio colectivo de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos y en la Comisión de contratación de esta empresa.

Partiendo de que tal exclusión fue voluntariamente decidida por el sindicato demandante, toda vez que participó en las reuniones y negociaciones, tanto del Convenio como de sus acuerdos de desarrollo, incluido el relativo a la creación de la Comisión de contratación, aún no constituida, negándose posteriormente a su firma, la Sala desestima su pretensión, teniendo en cuenta, además, que los repetidos acuerdos y Comisión tienen “claros y definidos tintes no negociadores, sino meramente aplicativos y de administración de lo convenido”, y que, en todo caso, siempre es posible su adhesión o firma extemporánea a lo pactado.

Por el contrario, la **SAN de 21 de marzo de 2005**, I.L. J 1722, declara la existencia de una vulneración del derecho de libertad sindical del sindicato UGT, por no haber sido convocado para la constitución de determinadas comisiones para la cobertura de vacantes por parte de la Compañía Logística de Hidrocarburos, tal y como se había pactado en Convenio colectivo y en acuerdo de mediación, entendiéndose, además, que las funciones desarrolladas en tales comisiones tienen cierto componente negocial.

Con carácter previo y desde el punto de vista procesal, la SAN de 21 de marzo de 2005 desestima la excepción de falta de litisconsorcio pasivo alegada por la empresa demandada, en relación con los trabajadores eventualmente afectados por el litigio, por entender que, tratándose de un proceso de tutela del derecho de libertad sindical, “los trabajadores posibles perjudicados no tenían cabida en la Comisión Mixta que se impugna”, a diferencia de lo que ocurriría si se hubiera planteado una demanda de conflicto colectivo. También en el terreno procesal, y una vez declarada la existencia de la vulneración del derecho de libertad sindical de la organización actora, la Sala fija una indemnización compensatoria del daño moral sufrido de tres mil euros, considerando el menoscabo de la imagen del sindicato ante los trabajadores de la empresa, y el componente sancionatorio y preventivo de la indemnización.

Por último, en el supuesto de la **SAN de 4 de abril de 2005**, I.L. J 1755, se cuestiona la eventual existencia de una vulneración del derecho de libertad sindical de una sección sindical, por su no participación (falta de acuerdo) en un proceso de negociación de una modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo (supresión de automóviles de empresa para el personal comercial).

Con carácter previo, se desestiman las excepciones de caducidad y falta de legitimación pasiva, opuestas por las demandadas. La primera, por tratarse de un proceso de tutela de los derechos de libertad sindical y entenderse aplicable el plazo general de prescripción de un año y no el de caducidad de las acciones de impugnación de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo. La segunda, alegada por una de las secciones sindicales que acordaron la modificación, con base en una pretendida falta de capacidad para convocar las reuniones negociadoras, por su participación en ellas y por su interés en el mantenimiento de lo pactado.

En cuanto al fondo del asunto, también se desestima la pretendida lesión del derecho de libertad sindical de la sección actora, toda vez que fue convocada y participó en todas las reuniones de negociación de la modificación, salvo en la última, a la que parece que también fue convocada, e incluso le fue propuesta la reiteración de esta última reunión con el objeto de reconducir la situación, eliminándose con ello todo vestigio de posible actuación discriminatoria y lesiva de sus derechos de libertad sindical.

F) Proceso de tutela de la libertad sindical

Aparte de los pronunciamientos de alcance procesal de las recién expuestas sentencias de la Sala de lo Social Audiencia Nacional (**SAN de 21 de marzo de 2005**, I.L. J 1722, y la **SAN de 4 de abril de 2005**, I.L. J 1755), de manera más específica y exclusiva, la **STS de 21 de julio de 2005**, I.L. J 1841, con cita de la jurisprudencia anterior y de la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTS de 20 de junio de 2000 y 26 de enero de 2005, y SSTC 7/1983 y 13/1983), recuerda que aunque los derechos fundamentales son imprescriptibles, las acciones para su tutela están sometidas a los plazos generales de prescripción, en aras de la seguridad jurídica.

Por otra parte, para el cómputo del plazo general de prescripción de las acciones (un año, ex artículo 59 ET), y teniendo en cuenta la pluralidad y sucesión de lesiones de la libertad sindical que se imputan a la empresa demandada, la Sala entiende que no resulta aplicable analógicamente la figura penal del delito continuado (artículo 74 CP), tanto por no estar prevista en relación con los delitos contra la libertad sindical, como por estimarse que “dada la relevancia y especificidad del bien jurídico protegido, cada una de ellas, individualmente considerada, produce una lesión independiente contra la que se debe accionar, so pena de prescripción”, como, en fin, por no acreditarse la unidad de propósito o intención lesiva de la empresa.

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA DE LOS TRABAJADORES

Las sentencias sobre representación unitaria de los trabajadores en el período de referencia no son muy abundantes, aunque sí bastante originales en algún caso, especialmente por tratar cuestiones relativas a su regulación convencional, como su delimitación (**SAN de 19 de abril de 2005**, I.L. J 1758), el desarrollo del procedimiento y la campaña elec-

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

toral (STS de 17 de octubre de 2005, I.L. J 1982), el comité intercentros y su utilización de un local en exclusiva en la empresa (SAN de 26 de abril de 2005, I.L. J 1763), o la mejora de sus derechos de información activa respecto de los trabajadores (STS de 7 de diciembre de 2005, I.L. J 2194). También debe destacarse en este bloque la relevante STS de 19 de diciembre de 2005, I.L. J 2216, que reconoce el derecho de los representantes unitarios a permisos retribuidos para la negociación del Convenio colectivo de su empresa, sin imputarlo a su crédito horario general y, en menor medida, la SAN de 28 de febrero de 2005, I.L. J 1711, y la STSJ de Madrid de 16 de mayo de 2005, I.L. J 1656, también en relación con el crédito horario, y la STSJ de Galicia de 6 de mayo de 2005, I.L. J 1655, sobre la extensión de las garantías de los representantes de los trabajadores en supuesto de despido, a los candidatos sindicales.

A) Delimitación

En el supuesto de la SAN de 19 de abril de 2005, I.L. J 1758, se cuestiona qué debe entenderse por “representación legal de los trabajadores” a efectos de aplicación de una previsión de un Convenio colectivo, en la que se permite que por acuerdo entre aquella y la empresa se prorrateen las pagas extraordinarias. Esta sentencia interpreta en términos amplios la citada referencia, en el sentido de incluir tanto a los representantes unitarios como a los sindicales, sin que sea preciso, además, que sea mayoritaria, con independencia de la eficacia personal, general o limitada, del acuerdo, en función de la representatividad de los sujetos que lo adopten.

B) Procedimiento electoral

En el supuesto de la STS de 17 de octubre de 2005, I.L. J 1982, se cuestiona, en un proceso de impugnación de Convenio colectivo, la validez de determinadas cláusulas de un Acuerdo sobre materia electoral en el sector de grandes almacenes. En particular, una relativa a la composición de los colegios electorales, que seguía criterios diversos a los establecidos en el sistema de clasificación profesional, otra referida a la ordenación de la campaña electoral, que exigía el acuerdo entre las organizaciones sindicales y la empresa, y otra destinada a evitar que los procesos electorales trasciendan a los clientes.

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo estima que las dos últimas previsiones vulneran los derechos electorales y de libertad sindical alegados por el sindicato demandante y recurrente, al establecer límites en el proceso electoral no previstos legalmente. En cuanto a la primera regla impugnada, la Sala desestima el motivo, puesto que al no precisarse legalmente la composición de los colegios electorales (especialistas no cualificados y técnicos y administrativos), es razonable la distribución de los trabajadores (cajeros) atendiendo a sus funciones (de mayor o menor responsabilidad) y no a los grupos profesionales del sistema de clasificación y encuadramiento (grupo profesional y grupo de iniciación).

C) Comité intercentros

En el supuesto de la SAN de 26 de abril de 2005, I.L. J 1763, se cuestiona, en un proceso de conflicto colectivo, el derecho del comité intercentros de la empresa “Transmediterrá-

nea” a disponer de un local en exclusiva en la empresa para el desarrollo de sus funciones de representación, teniendo en cuenta que así se venía reconociendo hasta el traslado de la sede de la empresa.

Partiendo de las previsiones del Convenio colectivo, como norma creadora y reguladora del comité intercentros (artículo 63.3 ET), en el que se dispone que se “darán las máximas facilidades” para el desarrollo de las funciones del repetido comité, y considerando adicionalmente la disponibilidad de despachos en los locales de la empresa, la Audiencia Nacional reconoce el derecho reclamado.

D) Derechos y garantías de los representantes de los trabajadores

En materia de derechos de información y en un proceso de impugnación de un Convenio colectivo, la **STS de 7 de diciembre de 2005**, I.L. J 2194, declara que la facultad reconocida en Convenio a los representantes de los trabajadores, de publicar o distribuir por los puestos de trabajo publicaciones de interés laboral o social, comunicándolo a la empresa, y siempre que no sea superior a tres minutos, supone una simple mejora de los derechos de información establecidos legalmente, en modo alguno abusiva.

Respecto del crédito horario de los representantes unitarios de los trabajadores, la relevante **STS de 19 de diciembre de 2005**, I.L. J 2216, estima que el tiempo empleado para la negociación del Convenio colectivo de su empresa, siempre que coincida con su horario de trabajo, debe considerarse como permiso retribuido, al igual que se reconoce legalmente para los representantes sindicales (artículo 9.2 LOLS), sin que deba imputarse, en su caso, al crédito horario que se les reconoce con carácter general para el desempeño de sus funciones de representación [artículo 68.e) ET].

A este respecto, la Sala parte del reconocimiento que se hace en el Convenio 135 de la OIT respecto de los representantes de los trabajadores, sin distinción, de “las facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones” en las empresas, entre las que se incluye la negociación colectiva. También entiende que el crédito horario del que disfrutaban los representantes unitarios tiene por finalidad posibilitar otras actividades en beneficio de los trabajadores, diferentes a la negociación colectiva, “orientada en provecho, tanto de los trabajadores como de las empresas”. Por último, considera que una interpretación contraria menoscabaría el derecho a la negociación colectiva de los representantes unitarios en las empresas, al imponerles el peso de la negociación a costa de su propia retribución, y lesionaría indirectamente el derecho de libertad sindical, al favorecer que las empresas eligieran como interlocutores negociales a los representantes unitarios, frente al mayor coste que podría derivarse de la negociación con los delegados sindicales, cuyo tiempo de negociación sí se considera expresa y legalmente como permiso retribuido (artículo 9.2 LOLS).

En el supuesto de la **SAN de 28 de febrero de 2005**, I.L. J 1711, se cuestiona, en demanda de conflicto colectivo, el devengo de determinadas compensaciones económicas del per-

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

sonal comercial de la empresa Altadis por trabajo fuera de la oficina (“labor de campo”, dietas y medias dietas), durante el tiempo destinado al crédito horario, cuando se trate, claro está, de representantes de los trabajadores.

Tras reconocer la adecuación del proceso de conflicto colectivo, por entenderse que la cuestión debatida constituye un conflicto jurídico de interpretación de las cláusulas del Convenio relativas a la compensación de gastos por trabajo fuera de la oficina, que afecta a un grupo homogéneo de trabajadores, más allá de la eventual individualización de las consecuencias del pleito, la Sala desestima la demanda en cuanto al fondo, por considerar que las cantidades debatidas no tienen naturaleza salarial sino compensatoria de gastos efectivamente realizados y susceptibles de control empresarial, que no deben incluirse por ello en la garantía de indemnidad retributiva de los representantes de los trabajadores durante el desempeño de sus funciones en su crédito horario.

Por su parte, en el supuesto de la **STSJ de Madrid de 16 de mayo de 2005**, I.L. J 1656, se cuestiona la regularidad de la privación ordenada por una empresa, del derecho de los miembros del comité de uno de sus centros de trabajo a utilizar vehículos de aquélla para el desempeño de sus funciones de representación y de su mayor crédito horario respecto del establecido legalmente, teniendo en cuenta que ambas decisiones se producen en el contexto de una huelga convocada en el proceso de negociación de un Convenio colectivo y de elección de representantes de los trabajadores en sus otros centros de trabajo.

Con carácter previo y procesal, la Sala estima en primer lugar la adecuación del proceso de tutela de derechos fundamentales para la articulación de la demanda de los actores, miembros del comité de empresa privados de los referidos derechos, pues en el contexto de una huelga para presionar en un proceso de negociación colectiva, los derechos cuyo mantenimiento se pretende van más allá de su titularidad singular y concreta, afectando a cualesquiera representantes de los trabajadores en la empresa y también a los trabajadores representados.

En relación con el fondo de la cuestión, la Sala reconoce que la mejora de derechos cuestionada se derivaba del hecho de que el comité de empresa actor había asumido hasta octubre de 2003 la representación de otros centros de trabajo, pero que una vez elegidos representantes propios en esos centros carecía de justificación la disposición de vehículos de empresa o el incremento del crédito horario con funciones de representación, por lo que entiende fundada la decisión empresarial de privar a los miembros del comité demandante de tales mejoras. No obstante, reconoce que el recorte del crédito horario, con el correspondiente descuento salarial, producido entre la convocatoria de las huelgas (en mayo de 2003) y la elección de representantes en los otros centros de trabajo, sí supone una vulneración del derecho de huelga de los actores, por venir causado únicamente por el ejercicio de este derecho fundamental.

Por último y respecto de las garantías de los representantes de los trabajadores en caso de despido, en el supuesto de la **STSJ de Galicia de 6 de mayo de 2005**, I.L. J 1655, se cuestiona la calificación y efectos de un despido sin causa justificada de una trabajadora antes de la presentación de su candidatura sindical a elecciones a representantes de los

trabajadores. Una vez acreditado que el despido fue anterior a ese momento, y verificada su desconexión causal con esa circunstancia, tanto por el desconocimiento empresarial de la intención de la trabajadora de presentarse a las elecciones, como por la concurrencia de una disputa entre ambas partes en fechas próximas al despido, relativa a la distribución semanal de la jornada y con una amenaza de despido, la Sala confirma la declaración de improcedencia de esta decisión de la empresa. Respecto de las consecuencias de esta declaración, se estima que tampoco le corresponde a la trabajadora la opción entre la readmisión y la indemnización, puesto que aunque ya era candidata electa en el momento de dictarse sentencia de instancia, en la fecha del despido aún no era ni siquiera candidata. Por lo demás y como consecuencia de ambas declaraciones, también se reconoce la limitación de los salarios de tramitación hasta la fecha del acto de conciliación en que la empresa reconoció la improcedencia del despido.

3. CONFLICTOS COLECTIVOS

Las sentencias sobre conflictos colectivos en el período de analizado se refieren, todas ellas, a la modalidad procesal de conflicto colectivo. Debe destacarse de ellas su elevado número, especial e inusualmente las procedentes de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, y el incremento en el planteamiento de cuestiones procesales, no sólo en relación con la adecuación del procedimiento en atención al objeto y alcance del conflicto (colectivo y jurídico), planteada como excepción de inadecuación de procedimiento o de falta de acción, sino también respecto de la delimitación con el proceso de impugnación de Convenios colectivos, la competencia jurisdiccional, o la legitimación y representación procesales.

A) Conflictos jurídicos y conflictos de intereses

Como es sabido, el proceso de conflicto colectivo ante la jurisdicción social se circunscribe a los conflictos jurídicos, esto es, a los destinados a resolver una cuestión relativa a la interpretación o aplicación de una norma estatal o convencional o una decisión o práctica de empresa de índole colectiva (artículo 151.1 LPL y Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2003), sin que puedan articularse a través suyo los denominados conflictos económicos o de intereses, destinados a la modificación del orden preestablecido o a implantar nuevas condiciones laborales, cuya resolución debe encauzarse a través de medios extrajudiciales como la negociación, la mediación o el arbitraje (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2004).

En aplicación de esta doctrina, la SAN de 18 de enero de 2005, I.L. J 1698, declara la adecuación del proceso de conflicto colectivo para articular una demanda relativa a la interpretación de una cláusula de un Convenio colectivo, referida a la excepción sobre el descanso de fin de semana por necesidades de servicio, por entender que no se trata de un conflicto de intereses que pretende modificar lo pactado, sino de un conflicto jurídico que pretende clarificar un concepto frente al criterio mantenido por la empresa.

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

También la **SAN de 8 de marzo de 2005**, I.L. J 1718, desestima la alegación de falta de acción e inadecuación del proceso de conflicto colectivo opuesta por las asociaciones patronales demandadas, en relación con una demanda relativa a la aplicación progresiva de las cláusulas sobre congelación del complemento de antigüedad establecidas en los últimos Convenios colectivos nacionales de comercio de papel y artes gráficas, por entender que se trata de una cuestión actual y de carácter interpretativo o aplicativo, y no de una pretensión modificativa de la normativa aplicable.

Por el contrario, la **SAN de 31 de enero de 2005**, I.L. J 1695, declara la inadecuación del proceso de conflicto colectivo en relación con una demanda sobre determinados derechos de información de los delegados sindicales, toda vez que se trataba de derechos no previstos en la Ley Orgánica de Libertad Sindical ni en Convenio colectivo, y, por tanto, el conflicto no es de naturaleza jurídica sino de intereses o de regulación.

También se cuestiona el objeto y alcance de un conflicto derivado de modificaciones de condiciones de trabajo a efectos de enmarcarlo en la modalidad procesal de conflicto colectivo en la **SAN de 31 de enero de 2005**, I.L. J 1704. En este caso se insta, a través de un proceso de conflicto colectivo, que la adopción por parte de la empresa Telefónica de medidas de movilidad o modificación de condiciones de trabajo que pudieran tener “consecuencias sobre los niveles de empleo y actividad-acoplamiento actuales” sea negociada y acordada con los representantes de los trabajadores y/o aceptada voluntariamente por los afectados, de conformidad con lo previsto en Convenio colectivo y en el Plan Social de la empresa.

La SAN de 31 de enero de 2005 declara la inadecuación del proceso de conflicto colectivo por falta de acción en relación con la pretensión de futuro, por tratarse de una consulta condicionada por factores variables y sobre medidas no adoptadas e inciertas. Por el contrario, declara la adecuación del proceso respecto de las decisiones de movilidad y modificación ya tomadas, aun cuando el debatido proceso de reubicación de personal ya había culminado, puesto que se trata de un supuesto de modificación sustancial de condiciones de trabajo de un conjunto homogéneo de trabajadores, actual, y susceptible de revisión judicial por la vía del conflicto colectivo.

B) Conflictos colectivos y conflictos individuales y plurales

A efectos de determinar el ámbito de la modalidad procesal de conflicto colectivo, la jurisprudencia ha declarado reiteradamente que el conflicto colectivo, frente al individual y al plural, viene delimitado por la concurrencia de un elemento subjetivo, constituido por la afectación de un grupo genérico de trabajadores, como conjunto estructurado a partir de una circunstancia homogénea y no como mera pluralidad de trabajadores singularmente considerados, y de un elemento objetivo, conformado por la presencia de un interés indivisible en su configuración general respecto del expresado grupo genérico, sin perjuicio de su eventual y ulterior individualización; mientras que en el conflicto individual se ven involucrados derechos que corresponden a cada trabajador en particular y la solución de la controversia depende de las condiciones y características singulares que concurren en cada uno (Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1999,

16 de marzo de 1999, 18 de noviembre de 1999, 15 de enero de 2001, 14 de marzo de 2001, 29 de marzo de 2001, 30 de abril de 2001, 11 de junio de 2001, 28 de noviembre de 2001, 17 de julio de 2002, 22 de julio de 2002, 28 de octubre de 2002, y 11 de diciembre de 2003, entre otras muchas).

En aplicación de esta doctrina, declaran la adecuación del proceso de conflicto colectivo la **SAN de 7 de febrero de 2005**, I.L. J 1710, la **SAN de 28 de febrero de 2005**, I.L. J 1711, ya expuesta [crónicaVII.2.D)], y la **SAN de 28 de febrero de 2005**, I.L. J 1715. Por el contrario, estiman la inadecuación de esta modalidad procesal, la **SAN de 17 de enero de 2005**, I.L. J 1699, la **SAN de 19 de abril de 2005**, I.L. J 1757, la **SAN de 27 de abril de 2005**, I.L. J 1754, la **STS de 7 de octubre de 2005**, I.L. J 1817, la **STS de 13 de octubre de 2005**, I.L. J 1818, la trascendente **STS de 7 de diciembre de 2005**, I.L. J 2087 (conversión en fijos de los trabajadores interinos de Correos), y *obiter dicta*, la **STS de 2 de noviembre de 2005**, I.L. J 1960.

La **SAN de 7 de febrero de 2005**, I.L. J 1710, declara la adecuación del proceso de conflicto colectivo en relación con una demanda de interpretación de una cláusula del Convenio colectivo de la empresa AENA, relativa a la desprogramación de servicios por asistencia a cursos de formación y a su aplicación empresarial, por afectar de manera homogénea y conjunta a los trabajadores en régimen de turnos y de jornadas especiales, sin perjuicio de su eventual y ulterior individualización.

También la **SAN de 28 de febrero de 2005**, I.L. J 1715, estima la adecuación del proceso de conflicto colectivo en relación con una demanda en la que se insta “la declaración del derecho de los trabajadores que reduzcan su jornada por guarda legal o por motivos familiares a determinar y concretar el horario en que van a prestar sus servicios a lo largo de la jornada laboral, en cualquiera de los turnos de trabajo existentes en la empresa” Leroy Merlin, SA, de acuerdo con la normativa aplicable. A este respecto, considera que en el conflicto planteado y en relación con la cuestión debatida y los trabajadores afectados, concurren los elementos subjetivo y objetivo de generalidad que constituyen un conflicto colectivo conforme a la doctrina del Tribunal Supremo (Sentencias de 25 de junio de 1992, 12 de mayo de 1998, 17 de noviembre de 1999, 28 de marzo de 2000, 12 de julio de 2000, 15 de enero de 2001, 6 de junio de 2001 o 27 de mayo de 2004), cuestionándose una práctica general de la empresa (la que impide la elección de turno), sin perjuicio de la eventual individualización de las consecuencias del litigio.

En sentido contrario, la **SAN de 17 de enero de 2005**, I.L. J 1699, declara la inadecuación del proceso de conflicto colectivo en relación con una demanda de reconocimiento de determinados derechos económicos previstos en Convenio colectivo (“plus personal de adecuación salarial”), respecto de los trabajadores afectados por una subrogación de empresas (entre Iveco Pegaso, SA e Iribus Ibérica, SL), por entender que se no se trata de un conflicto colectivo de carácter genérico, sino de un conflicto plural de un grupo concreto y determinado de cuatro trabajadores, ingresados en la empresa de origen y transferidos a la de destino en un período concreto.

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

También la **SAN de 19 de abril de 2005**, I.L. J 1757, con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2000 y 17 de junio de 2004, declara la inadecuación de la modalidad procesal de conflicto colectivo para la impugnación de un concurso de provisión interna para la cobertura de vacantes en la empresa AENA, por instarse cuando ya se ha producido la adjudicación provisional o definitiva de las plazas, y, por tanto, verse afectados trabajadores singularizados, añadiéndose por ello una falta de litisconsorcio pasivo y la incompetencia funcional de la Audiencia Nacional.

En un planteamiento más complejo, la **SAN de 27 de abril de 2005**, I.L. J 1754, desestima una demanda de conflicto colectivo interpuesta por el Banco Pastor para la interpretación de una cláusula del Convenio relativa al cálculo de la paga de beneficios de los trabajadores prejubilados en el año 2003, por entenderse que el objeto del conflicto no se corresponde realmente con la delimitación realizada por la empresa actora, al afectar a sujetos diferentes de los determinados en la demanda (a la totalidad de los trabajadores de la empresa), declarándose por ello la falta de acción.

También la **STS de 7 de octubre de 2005**, I.L. J 1817, declara la inadecuación de la modalidad procesal de conflicto colectivo para la impugnación de las contrataciones administrativas realizadas por el Servicio Canario de Empleo, en el entendimiento, por parte del sindicato actor, de que se trata de relaciones laborales encubiertas, por estimar que no concurren los elementos de generalidad subjetiva y objetiva que delimitan el conflicto colectivo, al ser necesario valorar la adecuación a la legalidad de cada uno de los contratos realizados, y sin que, por ello, sea posible predicar el efecto de cosa juzgada sobre los litigios individuales, propia de las sentencias de conflicto colectivo (artículo 158.3 LPL).

La **STS de 13 de octubre de 2005**, I.L. J 1818, declara la inadecuación del proceso de conflicto colectivo en relación con una reclamación de diferencias salariales e igualdad retributiva referida a tres trabajadores (uno al dictarse la resolución de instancia) por el desempeño de funciones de diferente categoría, por entender que no concurren los elementos de generalidad objetiva y subjetiva que configuran el conflicto colectivo, puesto que ni existe un grupo genérico de trabajadores (inicialmente se trata de tres y posteriormente se reduce a uno), ni el interés suscitado es homogéneo (en los trabajadores afectados concurren circunstancias diferentes con relevancia en relación con la cuestión debatida).

Por su parte, la más trascendente **STS de 7 de diciembre de 2005**, I.L. J 2087, declara la inadecuación del proceso de conflicto colectivo en relación con una demanda instada por tres sindicatos minoritarios de la empresa Correos y Telégrafos, SA en la que reclamaban la declaración de fijeza de todos los trabajadores con contratos de interinidad por vacante por tiempo superior a tres meses, con base en la transformación del antiguo ente público en sociedad anónima de carácter privado y en la consecuente aplicación del artículo 4 del RD 2720/1998, de 18 de diciembre, que prescribe esa vigencia máxima para los contratos de interinidad por vacante en las empresas privadas. Tras haberse estimado esta pretensión en la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, la del Tribunal Supremo declara la inadecuación de la modalidad procesal de conflicto colectivo, por entender que entre los trabajadores afectados por la situación descrita (unos doce mil) pueden con-

currir circunstancias diversas que alteran el elemento de generalidad que caracteriza al conflicto colectivo (en particular, la distinción entre los contratados antes y después de la referida transformación en sociedad anónima, contemplada en la propia Ley 14/2000, que dispuso el cambio de estatus), y que podrían afectar a la tutela judicial individual de los derechos de trabajadores afectados.

Por último, la **STS de 2 de noviembre de 2005**, I.L. J 1960, estima que la pretensión de anular una cláusula común a una pluralidad de contratos de duración determinada de profesores de religión en centros de enseñanza públicos de la Comunidad de Madrid, por la que se renunciaba a la indemnización por extinción del contrato, no se ajusta por su objeto de condena al carácter declarativo del proceso de conflicto colectivo en el que se articula. No obstante, no declara la inadecuación del proceso de conflicto colectivo iniciado, por no haberse opuesto tal circunstancia por ninguna de las partes ni por el Ministerio Fiscal, y por no poder apreciar tal excepción, con la correspondiente anulación de actuaciones, de oficio, al no encontrarse en los supuestos excepcionales en que se permite una actuación con ese alcance en el artículo 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional, y violencia o intimidación del Tribunal).

C) Proceso de conflicto colectivo e impugnación de Convenios colectivos

La delimitación entre el proceso de conflicto colectivo y el de impugnación de Convenios colectivos, de notables similitudes (artículo 151.2 LPL), es también objeto de frecuente planteamiento ante la jurisdicción social, especialmente teniendo en cuenta que en el primero pueden articularse pretensiones interpretativas y de aplicación de cualesquiera normas paccionadas e incluso la impugnación directa de determinados acuerdos o pactos colectivos diferentes de los Convenios colectivos estatutarios, y que el segundo se limita, en principio, a la impugnación por legalidad o lesividad de Convenios colectivos estatutarios o de eficacia general (artículo 161 LPL).

Desde esta perspectiva, la **SAN de 25 de febrero de 2005**, I.L. J 1717, declara la adecuación del proceso de impugnación de Convenio colectivo en relación con una demanda de nulidad de un acuerdo entre la empresa El Corte Inglés y su comité intercentros, sobre modificación del régimen de jornada y descanso y su inaplicación a los trabajadores con jornada reducida y a tiempo parcial, y no la del proceso de conflicto colectivo, alegada por la empresa, por instarse la nulidad de un acuerdo, con independencia de su carácter y eficacia, y no determinada aplicación o interpretación de su contenido.

También la **STS de 13 de octubre de 2005**, I.L. J 1818, declara la adecuación del proceso de impugnación de Convenios colectivos para el cuestionamiento de un protocolo negocial de dudosa naturaleza estatutaria, sin que a tal efecto sea relevante la naturaleza del acuerdo impugnado. En este sentido, precisa que en la Ley de Procedimiento Laboral “no se ha previsto un trámite único y específico para debatir las controversias relativas a la impugnación de los convenios colectivos, sino que ha estructurado el sistema de manera

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

tal que el trámite de conflicto colectivo sirve para ventilar las controversias que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, o de una decisión o práctica de empresa, y también para la impugnación de todo tipo de convenios colectivos, así es que para debatir cuestiones de esta naturaleza habrá que acudir al conflicto colectivo, sin otras singularidades que las relativas a la legitimación de las partes, a la presencia del Ministerio Fiscal y a la aportación de ciertos documentos”.

Por su parte, la **STS de 13 de octubre de 2005**, I.L. J 2112, estima que aunque el proceso adecuado para instar el reconocimiento de legitimación para negociar un Convenio es el de conflicto colectivo (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1997), por tratarse de una cuestión autónoma relativa al derecho a negociar, una vez firmado el acuerdo, con anterioridad a la demanda, el proceso adecuado para cuestionar la legitimación negocial es el de impugnación del Convenio colectivo, en la medida en que la legitimación constituye un presupuesto de validez de éste, que pierde su autonomía al finalizar la negociación y alcanzarse el acuerdo.

Por el contrario, la **STS de 31 de octubre de 2005**, I.L. J 2116, declara la adecuación del proceso de conflicto colectivo para la impugnación de una resolución del Ministerio de Defensa de 1993 relativa al régimen de guardias médicas, por provenir de un acuerdo de la comisión paritaria del Convenio y no tratarse, por tanto, de un Convenio colectivo, al no tener esa comisión facultades de negociación ni de modificación de Convenios de eficacia general.

D) Competencia jurisdiccional

En el marco de un proceso de conflicto colectivo, la **STS de 19 de diciembre de 2005**, I.L. J 2168, declara la competencia del orden jurisdiccional social para el conocimiento de una reclamación relativa al derecho de audiencia del comité de empresa para el establecimiento de un sistema de control en la empresa.

Por el contrario, la **STS de 30 de diciembre de 2005**, I.L. J 2230, declara la incompetencia de la jurisdicción social, a favor de la contencioso-administrativa, en relación con una demanda de conflicto colectivo por la que se solicitaba el uso por parte de los trabajadores de la Autoridad Portuaria de Las Palmas, de un inmueble del que fue titular el extinto Organismo Autónomo Organización de Trabajos Portuarios, desafectado de éste con ocasión de su desaparición y cedido inicialmente al Ministerio de Economía y Hacienda y posteriormente al Ministerio del Interior, toda vez que el referido inmueble no pertenece a la empleadora demandada y quedó afecto al régimen de uso de los bienes de titularidad pública, por lo que “todas las peticiones relativas al mismo han de ser sometidas al régimen jurídico administrativo”.

En materia de competencia territorial, la **STS de 14 de octubre de 2005**, I.L. J 1989, declara la competencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en relación con una demanda de conflicto colectivo instada por el sindicato CCOO frente a la empresa Endesa (de ámbito supra autonómico), pero que afecta tan sólo a los trabaja-

dores que prestan servicios en la Comunidad Autónoma de Aragón, al cuestionarse la aplicación del horario previsto en el Convenio colectivo de las empresas eléctricas reunidas de Zaragoza a los trabajadores de nuevo ingreso en la empresa demandada en el referido ámbito geográfico, tras la aprobación del Convenio marco de Endesa.

E) Legitimación y representación procesal

La **SAN de 18 de enero de 2005**, I.L. J 1696, estima la legitimación activa del sindicato CGT para el planteamiento de una demanda de conflicto colectivo en relación con determinado personal del Ministerio de Cultura, excluido de un concurso de traslados convocado en el ámbito de aplicación del Convenio único del personal laboral de la Administración General del Estado, puesto que a pesar de contar en ese ámbito con una representatividad “débil” o “dudosa” (4,3 o 5% de los representantes), cuenta con una innegable implantación.

También la **STS de 10 de octubre de 2005**, I.L. J 1896, reconoce la legitimación activa de la presidenta de un comité de empresa por agrupación de centros delegados, para instar un proceso de conflicto colectivo que afecta a los trabajadores de tales centros, sobre impugnación de una modificación de condiciones de trabajo, a pesar de que en la demanda delimitaba el ámbito subjetivo de la acción respecto de todos los trabajadores de la empresa, toda vez que en el acto del juicio y tras alegarse la excepción de falta de legitimación activa, restringió el ámbito de la acción respecto de aquéllos.

Por su parte, la **SAN de 19 de abril de 2005**, I.L. J 1759, reconoce la legitimación pasiva de una asociación patronal de empresas de trabajo temporal en un conflicto instado por el sindicato CGT en relación con la retribución de los trabajadores puestos a disposición de la entidad bancaria BBVA por parte de empresas de trabajo temporal, con base en su representación institucional de intereses generales y colectivos de las empresas afiliadas.

Por último, la **STS de 10 de octubre de 2005**, I.L. J 2090, estima que la representación de una sección sindical en un proceso de conflicto colectivo de empresa, le corresponde a ésta y a sus delegados sindicales, y no directamente al sindicato ni al secretario de la sección sindical que no tenga la cualidad de delegado [artículos 152.c) LPL y 10.1 LOLS].

4. DERECHO DE HUELGA

Las sentencias en materia de huelga en el período de referencia no son particularmente abundantes. Dos sentencias (**STS de 11 de octubre de 2005**, I.L. J 1877, y **STS de 7 de diciembre de 2005**, I.L. J 2256), declaran en supuestos sustancialmente idénticos, de dos huelgas en la misma empresa, que los servicios de mantenimiento deben negociarse con el comité de huelga, sin que la empresa pueda fijarlos unilateralmente, y menos en el 100% de la actividad, sin justificación expresa y suficiente. Las restantes, menos relevantes desde el punto de vista doctrinal, se refieren al descuento salarial que procede por los días

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

de huelga (SAN de 11 de abril de 2005, I.L. J 1756), y a la calificación del despido de un miembro del comité de huelga por faltas cometidas con ocasión de la misma (STSJ de Valencia de 15 de septiembre de 2005, I.L. J 2314, y STSJ del País Vasco de 18 de octubre de 2005, I.L. J 2300).

A) Servicios de mantenimiento

La STS de 11 de octubre de 2005, I.L. J 1877, confirma en casación el pronunciamiento de la sentencia de instancia recurrida, por el que se declara la existencia de una vulneración del derecho de huelga por la fijación unilateral por parte de la empresa del 100% de la actividad como servicios mínimos (de mantenimiento) en los altos hornos de Aceralia en Asturias, por entenderse que tales servicios deben negociarse con el comité de huelga y por no haberse acreditado la necesidad y justificación de los fijados en su totalidad por la empresa.

La STS de 7 de diciembre de 2005, I.L. J 2256, reitera el pronunciamiento de la anterior STS de 11 de octubre de 2005, en un supuesto sustancialmente idéntico (en otra huelga convocada en la misma empresa), y declara de nuevo la existencia de una lesión del derecho de huelga por la fijación unilateral por parte de la empresa Aceralia del 100% de la actividad como servicios mínimos (de mantenimiento) en los altos hornos, por los mismos motivos (falta de negociación y de justificación).

Adicionalmente, también confirma la indemnización fijada en la instancia jurisdiccional precedente, de 12.000, toda vez que, conforme al criterio jurisprudencial, la lesión del derecho fundamental fue constatada, la demanda solicitó tal indemnización y concretó las bases para su cálculo, y fue impuesta de manera razonada por la instancia judicial, y que, por lo demás, apreció mala fe en la conducta impugnada de la empresa, al contar con una resolución judicial anterior que ya había declarado una lesión al derecho de huelga en idénticas circunstancias (la recurrida en el mismo proceso culminado por la recién expuesta STS de 11 de octubre de 2005).

B) Descuentos salariales

En el supuesto de la SAN de 11 de abril de 2005, I.L. J 1756, y en un proceso de conflicto colectivo interpuesto por el sindicato CGT, se cuestiona el descuento salarial procedente en supuestos de huelga. Con carácter previo, la Sala desestima la excepción de cosa juzgada opuesta por la empresa demandada (Telefónica), en relación con una anterior sentencia dictada en otro proceso de conflicto colectivo y referida al descuento salarial de otra huelga, toda vez que el sindicato actor es diferente en el proceso actual y éste es colectivo y no individual (artículo 158.3 LPL).

En cuanto al fondo de la cuestión debatida, también se desestima la pretensión actora, partiéndose de los criterios jurisprudenciales mantenidos en relación con el descuento salarial por ejercicio del derecho de huelga (Sentencias de 26 de mayo de 1992, 22 de enero de 1993, 24 de enero de 1994 y 18 de abril de 1994). En este sentido, la Sala recuerda que la “retribución a descontar comprende el salario de la jornada no trabajada

y determinados conceptos de ‘salario diferido’”, en el que se incluyen “la parte proporcional de las gratificaciones extraordinarias (y de la participación en beneficios, en ambos casos en el momento de su liquidación), y la correspondiente a la retribución del descanso semanal del período en el que se ha producido la huelga”, con exclusión de “la retribución de los días festivos”, salvo que se encuentren en el período de huelga y sin “descuento alguno en referencia al período de vacaciones”.

C) Despidos

La **STSJ de Valencia de 15 de septiembre de 2005**, I.L. J 2314, confirma en suplicación la declaración de procedencia del despido de una trabajadora, miembro del comité de huelga, por proferir insultos y amenazas y causar daños materiales a la empresa y a los trabajadores no huelguistas, sin que a ello obste cierta imputación global y común de los hechos a todos los miembros del comité de huelga, el eventual carácter legal de la huelga, o la situación de conflicto concurrente.

Por su parte, la **STSJ del País Vasco de 18 de octubre de 2005**, I.L. J 2300, confirma en suplicación la declaración de improcedencia del despido de un trabajador, presidente del comité de empresa y del comité de huelga, acusado por haber tirado un petardo a la salida del centro de trabajo ante el vehículo de un encargado, por estimarse que la falta no reviste la suficiente gravedad para que la sanción sea procedente, en el contexto de conflicto permanente vivido; sin que tampoco pueda calificarse como nula, al concurrir hechos reales e imputables al trabajador sancionado que impiden considerar que el despido esté motivado por el ejercicio de los derechos de huelga y libertad sindical, y que lesione tales derechos fundamentales.

IGNACIO GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ

ÁNGELES CEINOS SUÁREZ

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN

VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA**Sumario:**

1. Legitimación para negociar. 2. Contenido “normativo”. 3. Duración. 4. Ámbito personal. 5. Concurrencia de convenios. 6. Impugnación del convenio colectivo. 7. Administración del convenio colectivo.

De las sentencias reseñadas, incluidas en los números 13 a 16, ambos incluidos, de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, 2005, de Lex Nova, la más relevante es, por la cuestión tratada y la solución a que llega, la del TS de 13 de octubre de 2005, dictada en casación ordinaria y resolviendo la cuestión del cauce procesal adecuado para el conocimiento de la pretensión que persigue el reconocimiento de legitimación para negociar un convenio que aparece ya firmado y registrado en el momento en que se presenta la correspondiente demanda.

1. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR

Momento en que ha de acreditarse. Apunta que dicho momento es el de la constitución de la comisión negociadora del convenio la **STS de 8 de octubre de 2005, I.L. J 2011:**

“Si la confederación sindical demandante, en la fecha de constitución de la mesa negociadora del convenio, contaba con un diez por ciento de los miembros de los comités de empresa o delegados de personal en todo el Estado, tenía derecho a formar parte de la mesa negociadora y su preterición sería determinante de la nulidad de la constitución de aquella mesa. De no ser así, la pretensión carecería del indispensable sustento legal.”

En el grupo de empresas o entes empleadores que actúan bajo una dirección unitaria. Una vez sentado que tal es la situación que subyace en la negociación del convenio colectivo que afecta al ente público RTVE y a sus sociedades (Televisión Española, SA y Radio Nacional de España, SA), la legitimación para negociar en representación de los trabajadores corresponde a los sindicatos que reúnan las condiciones fijadas en el artículo 87.2 del ET, careciendo de ella aquel que no cuente en el ámbito geográfico y funcional del convenio con un mínimo del diez por ciento de los representantes unitarios (STS de 10 de octubre de 2005, I.L. J 1977).

Para la válida constitución de la comisión negociadora de convenios supraempresariales. La mayoría absoluta de representantes unitarios con la que deben contar los sindicatos que pretendan dicha constitución, a la que se refiere el artículo 88.1, párrafo segundo, del ET, ha de calcularse sobre el total de los representantes elegidos en el ámbito del convenio que se trata de negociar, no sobre el total de los pertenecientes a los sindicatos que cuenten con legitimación negociadora “inicial” (STS de 22 de noviembre de 2005, I.L. J 2073):

“Cuando el artículo 88.1 (párrafo) segundo (ET) establece los requisitos de legitimación para conformar el banco social en una comisión negociadora de un convenio supraempresarial como el que aquí se trata de negociar, contiene dos previsiones que no se pueden mezclar por contener cada una de ellas sus propias exigencias; así, por una parte prevé que en la comisión negociadora sólo tienen legitimación para participar los sindicatos que tengan la condición de representativos que requiere el artículo 87, pero, por otra parte y con independencia de lo anterior, requiere que esos legitimados para la negociación ‘representen como mínimo (...) a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal’, o sea, de todos los representantes electos en el ámbito del convenio. La representatividad requerida por el artículo 87 a la que se refiere la primera exigencia del apartado citado del artículo 88 es lo que se conoce como legitimación inicial o básica que sólo requiere un mínimo del 10 % de representatividad y la segunda la que se conoce como legitimación plena o negociadora que requiere un mínimo de la mitad más uno de representatividad.

(...)

La interpretación que mantiene la recurrente, con no estar acomodada a las exigencias legales, conduciría a aceptar la existencia de convenios con fuerza vinculante normativa, o sea, con rango de norma jurídica (...), que, suscritos por una minoría de representantes, obligarían a la mayoría contrariando principios mínimos de producción democrática de normas.”

Cauce procesal para su reconocimiento. La determinación de dicho cauce depende del momento en que se ejercita la acción y, en concreto, del estado en que se encuentra el convenio colectivo en la fecha en que se presenta la correspondiente demanda. Si el convenio está ya firmado y registrado, el cauce procesal adecuado para conocer de la pretensión deja de ser el del procedimiento especial de conflicto colectivo y pasa a ser el también especial de impugnación de convenios colectivos (STS de 13 de octubre de 2005, I.L. J 2112).

De las asociaciones empresariales. Tratándose de un convenio sectorial, que incluye en su ámbito funcional diversos subsectores, el porcentaje de empresarios que permite que una asociación empresarial cuente con legitimación inicial no puede calcularse computando exclusivamente a aquellos que ejerzan su actividad en la totalidad del ámbito funcional y geográfico del convenio. Debe incluirse cualquier empresario “que en el ámbito territorial se dedique a alguna de las actividades que integran el marco funcional del convenio”. Por

VIII. Negociación Colectiva

otro lado, la obtención de aquel porcentaje ha de ir referida al conjunto de los subsectores a los que se extiende éste; no basta con alcanzarlo en alguno cuando ello no supone que la correspondiente asociación empresarial agrupe, como mínimo, en el ámbito funcional y territorial del convenio, al diez por ciento de empresarios que den ocupación a igual porcentaje de trabajadores (STS de 21 de noviembre de 2005, I.L. J 2203).

2. CONTENIDO “NORMATIVO”

Sobre la posibilidad que tiene el convenio colectivo de pactar condiciones de trabajo —en el caso de autos, la jornada correspondiente a un grupo de trabajadores— menos ventajosas que las establecidas en otro anterior, STS de 22 de diciembre de 2005, I.L. J 2164:

“La facultad de los negociadores del convenio es omnímoda, no quedando limitada nada más que por los mandatos de la ley. La forzosa persistencia de condiciones más ventajosas de los convenios colectivos era un mandato legal en las Leyes de 1958 y 1973, que no fue incorporado al Estatuto de los Trabajadores. En los convenios colectivos negociados a su amparo (...) se pueden pactar condiciones más onerosas que las vigentes a su entrada en vigor, principio que se ha dado en denominar principio de modernidad, consagrado en el artículo 86.4 del Estatuto de los Trabajadores.”

3. DURACIÓN

Aplicación retroactiva de los efectos económicos. Limitándose el convenio a disponer, sin más, dicha aplicación retroactiva, no se opone a ella el hecho de que se pretenda con respecto a trabajadores cuyos contratos de trabajo, aunque ya extinguidos en la fecha de entrada en vigor de aquél, no lo estaban en el período al que se extiende la retroactividad (STS de 19 de septiembre de 2005, I.L. J 1686).

Ultraactividad. La previsión del artículo 86.3 del ET, según la cual una vez concluida la duración pactada del convenio denunciado se mantendrá en vigor, en defecto de pacto, su contenido normativo, no puede ser entendida en un sentido literal, de forma que dicha ultraactividad se mantenga indefinidamente, hasta que se alcance acuerdo sobre el convenio que haya de sustituir al anterior. Tal ultraactividad concluye en el momento en que conste el abandono, por ambas partes, del propósito de negociar ese nuevo convenio. Así, STS de 11 de noviembre de 2005, I.L. J 1872, en relación con un supuesto de convenio de empresa denunciado y vencido, respecto al cual consta que ésta y los representantes de los trabajadores han dejado de intentar, desde hace años (1983), la negociación de uno nuevo que lo sustituya y, además, se viene aplicando otro de sector:

“Dicha previsión normativa (la del artículo 86.3 ET) puede interpretarse bien en su estricto sentido literal, de forma que sólo mediante un acuerdo entre las partes podría desaparecer aquella fuerza vinculante que en tal sentido tendría una hiperactividad sin límite, bien aceptando, como lo hace la mayor parte de la doctrina, que un convenio colectivo, aun admitiendo que no puede dejar de aplicarse por el solo hecho de que la empresa no quiera

negociar uno nuevo, tampoco puede durar de forma indefinida por la sola voluntad de los trabajadores derivada del hecho de la denuncia, entendiendo, por ello, con un criterio de interpretación sistemático y finalista, que lo que quiere decir dicho precepto al señalar que ‘se mantendrá en vigor el contenido normativo del convenio’, es que este contenido se mantendrá hasta tanto no se logre un acuerdo expreso si siguen las negociaciones de uno nuevo (...) o hasta que se abandone la negociación de un nuevo acuerdo por ambas partes como consecuencia de la existencia de un convenio de ámbito superior sustitutivo de aquél. Esta segunda interpretación ya ha sido aplicada por esta Sala en STS de 6 de noviembre de 1998 (recurso 1688/1998) (...).

En el presente caso no se ha producido ninguna negociación revisoria del convenio colectivo de empresa desde el año 1983, y no ha habido ninguna denuncia de vigencia del mismo desde el año 1991; por otra parte, consta desde el año 1983 la voluntad empresarial de no negociar un convenio de empresa basada en la existencia de un convenio de sector, sustitutorio de aquél, con lo que es fácil llegar a la conclusión de que hubo un abandono definitivo de la negociación de aquel antiguo convenio por ambas partes fundado en una causa justificativa; todo lo cual conduce a concluir que aquel convenio ha perdido la fuerza normativa que tuvo en su origen, y que ésta no puede seguir defendiéndose al amparo de las previsiones contenidas en el artículo 86.3 ET.”

4. ÁMBITO PERSONAL

Sobre la posibilidad de que la retroactividad de los efectos del convenio comporte la aplicación a personas que en la fecha de entrada en vigor hubiesen cesado en la empresa afectada, STS de 19 de septiembre de 2005, I.L. J 1686.

5. CONCURRENCIA DE CONVENIOS

La aplicación de la regla del párrafo primero del artículo 84 ET requiere la “vigencia” del convenio anterior afectado; tal presupuesto no se da cuando este convenio se encuentra en situación de *ultraactividad*. Así, STS de 21 de diciembre de 2005, I.L. J 2176, con cita de sentencias anteriores de igual Tribunal [en concreto, de las de 23 de octubre de 1995 (recurso 2054/1994) y 2 de febrero de 2004, I.L. J 72, esta última dictada en casación para la unificación de doctrina (véase su reseña en el núm. 20 de esta misma Revista)]:

“El período de vigencia a que el precepto se refiere no puede incluir el posible período de *ultraactividad* del artículo 86.3 ET, pues se trata de dos conceptos diferentes.”

Por lo demás, también advierte la sentencia de la que ahora se da cuenta, siguiendo de nuevo la doctrina de otras anteriores que menciona expresamente, que el efecto derivado de la prohibición de la concurrencia de convenios que contiene citado artículo 84 del ET no es la nulidad del convenio invasor, sino su inaplicación temporal mientras mantenga su vigencia el convenio anterior invadido:

VIII. Negociación Colectiva

“Una reiterada doctrina de esta Sala parte de la base de que lo que en dicho precepto se establece no es una previsión de nulidad del convenio que nace a la luz cuando se hallan vigentes otros convenios, sino que, partiendo de su validez inicial, lo que realmente dispone el legislador es que no podrá ser aplicado en aquellos lugares o ámbitos en los que ya se estuviera aplicando otro que se halle en vigor en ese momento; es lo que se conoce como ineficacia aplicativa frente a nulidad. En tales casos, (...) los dos convenios permanecen vigentes y válidos pero sólo es aplicable el anterior en su ámbito propio en tanto dure su vigencia para pasar a ocupar su lugar el nuevo cuando aquél pierda la vigencia pactada.”

6. IMPUGNACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

La firma y el registro del convenio determinan que la posterior demanda tendente a obtener el reconocimiento de la legitimación para negociar comporte el poner en cuestión la validez de éste. Persiguiéndose, pues, el reconocimiento del derecho a formar parte de la mesa negociadora de un convenio colectivo ya firmado y registrado, el cauce procesal adecuado para conocer de la correspondiente pretensión deja de ser el procedimiento especial de conflicto colectivo y pasa a ser el procedimiento, también especial, de impugnación de convenios colectivos. Tal es el criterio que sigue la **STS de 13 de octubre de 2005**, I.L. J 2112. Las circunstancias expuestas –firma y suscripción del convenio– impiden, a juicio de la Sala, la aplicación al caso de la doctrina establecida en su Sentencia de 21 de octubre de 1997 (recurso 423/1996), en la que se aceptó la adecuación del procedimiento de conflicto colectivo:

“La demandante presentó papeleta de conciliación que tuvo lugar el 15 de mayo de 2002 (...), presentó demanda de conflicto colectivo el 24 de septiembre de 2002, habiéndose aprobado el convenio colectivo el 30 de julio de 2002 (...), es decir, posterior a la aprobación y registro del convenio colectivo. En tales circunstancias no cabe impugnar uno de los presupuestos de validez sin extender dicha impugnación al acuerdo negociado pues al haber sido aprobado, registrado y publicado, la condición autónoma de que gozaría, en otro caso, la cuestión sobre legitimación para intervenir desaparece (...), deviniendo también inadecuado el trámite procesal mediante el cual se ha dirimido la pretensión.”

7. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

Por las comisiones paritarias. Sobre la distinción entre comisiones de negociación y comisiones de interpretación y la posibilidad de excluir de estas últimas al sindicato no firmante del convenio colectivo, **STS de 14 de octubre de 2005**, I.L. J 2114, reproduciendo la doctrina sentada por la Sentencia de igual Sala y Tribunal de 29 de enero de 2004 (recurso 8/2003).

JAVIER GÁRATE

IX. SEGURIDAD SOCIAL**Sumario:**

1. Fuentes. 2. Campo de aplicación. 3. Encuadramiento. 4. Gestión. 5. Financiación.

6. Cotización. 7. Recaudación. 8. Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

A) Concepto de accidente de trabajo. B) Recargo de prestaciones. C) Responsabilidad del empresario. D) Indemnización por daños y perjuicios. 9. Régimen económico, res-

ponsabilidad y garantía de las prestaciones. 10. Asistencia sanitaria. 11. Incapacidad

temporal. A) Dinámica de la prestación. B) Incapacidad temporal y regímenes espe-

ciales. C) Incapacidad temporal y mejoras voluntarias. 12. Maternidad. 13. Regímenes

especiales. 14. Infracciones y sanciones. 15. Procesos de Seguridad Social.

A) Competencia e incompetencia de la Jurisdicción Social. B) Legitimación activa.

1. FUENTES

No existe jurisprudencia en la materia.

2. CAMPO DE APLICACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

3. ENCUADRAMIENTO

La STJ de Asturias de 29 de abril de 2005, I.L. J 1746, tras quedar probado en la sentencia de instancia que el actor no ejerce funciones de dirección y gerencia de la sociedad de la que es socio por mitad y apoderado para desempeñar las funciones delegables del Administrador, y no constar que preste otros servicios para la misma a título lucrativo, entiende que no procede el alta de oficio en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

En la **STS de 9 de diciembre de 2005**, I.L. J 2264, resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina con relación al encuadramiento en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores del Mar, de quien ejerce de continuo labores portuarias de estiba y desestiba. El recurso intenta resolver, si existe en el recurrente un interés actual y efectivo que justifique y legitime al planteamiento del litigio, cuando estando afiliado al Régimen Especial de Seguridad Social de Trabajadores del Mar, postula el estarlo por venir realizando labores de estiba y desestiba. El tribunal reiterando su propia doctrina (SSTS 30 de abril de 2002) admite la existencia de un interés actual en impugnar las declaraciones sobre el alcance temporal de los actos de encuadramiento. El TS recuerda que el acto administrativo de encuadramiento es un acto formal, cuya eficacia se produce fuera de él en el marco de las relaciones materiales de cotización y prestación, advirtiéndole que las declaraciones de retroactividad del encuadramiento que está efectuando la TGSS no resuelven ningún problema de gestión, exceden de su competencia, crean confusión y están produciendo una litigiosidad artificial e injustificada, tal como muestra el presente recurso. Mantiene al tiempo, que mientras se sigan produciendo, la solución no puede ser la de negar a los afectados la posibilidad de reaccionar contra ellas, pues existe un interés en eliminar un acto administrativo que restringe de forma indebida los efectos de un encuadramiento, creando incertidumbre y estableciendo, con apariencia de firmeza y de ejecutividad, una restricción en la esfera jurídica de los interesados.

4. GESTIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

5. FINANCIACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

6. COTIZACIÓN

En la **STS de 18 de noviembre de 2005**, I.L. J 2064, el Tribunal Supremo matiza de nuevo la doctrina asentada en las STSS de 8 de mayo de 1997 y de 23 de septiembre de 1998 sobre responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones. Entiende el Tribunal Supremo que en los supuestos de infracotización no puede ser aplicado el criterio originado en dichas sentencias, según el cual la responsabilidad del empresario es apreciable cuando éste origina un perjuicio para el trabajador quien no puede completar el período de carencia debido a la falta de cotizaciones. Siguiendo a otros pronunciamientos precedentes —entre otras la STSS de 1 de febrero de 2000, de 17 de septiembre de 2001, de 19 de marzo de 2004, de 2 de junio de 2004 y de 17 de noviembre de 2004—, el tribunal considera que el criterio de causalidad del perjuicio no puede asentarse exclusivamente en la afectación al período de carencia ya que en el supuesto de infracotización también

se produce un perjuicio al trabajador en relación al importe de la prestación. Recordemos que esta doctrina del Tribunal Supremo sobre la relación entre responsabilidad y perjuicio iniciada en el año 1997 y que restringe de forma importante la responsabilidad empresarial, también se ha matizado en los supuestos en que la prestación tiene su origen en riesgos profesionales ya que no es exigible aquí período de carencia.

La STS de 22 de noviembre de 2005 I.L. J 2101, determina la existencia de un límite temporal de la responsabilidad de la empresa cesionaria debido al impago de las cotizaciones que correspondían a la cedente. En el caso planteado el Ayuntamiento de Lasarte recurre la sentencia que le declara responsable parcial del pago de una prestación de jubilación de una trabajadora. Se da la circunstancia de que fue la antigua empleadora de dicha trabajadora —una escuela que posteriormente fue incorporada a la red pública de enseñanza vasca— la que incumplió con la citada obligación de dar de alta y de cotizar por la trabajadora durante una serie de años. La sentencia que comentamos hizo suya la doctrina de la STS de 28 de enero de 2004, en concreto la interpretación que hace de los artículos 127.2 LGSS y 44.3 ET y declara la necesidad de limitar en el tiempo la responsabilidad en orden a las prestaciones a la empresa cesionaria. Ello es así porque el artículo 127.2 LGSS hace referencia a la responsabilidad solidaria de cedente y cesionaria para los supuestos en que las prestaciones se hayan causado con anterioridad a la sucesión. En cambio, y según esta doctrina, al causarse la prestación con posterioridad a la cesión sólo puede entenderse aplicable el artículo 44.3 ET que limita la responsabilidad a tres años en las transmisiones *inter vivos* respecto a “a las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión”. Exime pues a la empresa cesionaria, en este caso al Ayuntamiento, por transcurso del plazo previsto.

7. RECAUDACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

A) Concepto de accidente de trabajo

La STS de 21 de septiembre de 2005, I.L. J 1674, llega a la conclusión que el desprendimiento de retina sufrido por el trabajador tenía una etiología común sin relación alguna con el trabajo. El trabajador padecía degeneraciones en la retina periférica de ambos ojos, lo que constituía un factor que favorecía el desgarro y el desprendimiento de retina que puede producirse de manera espontánea. Esas lesiones resultaban incompatibles con la realización de trabajos que supusiesen esfuerzos o levantamiento de peso. Sin embargo, no existía prueba de que el actor sufriera golpe alguno durante el trabajo, por lo que se desestimó el recurso al no darse la existencia de un nexo causal entre el síndrome oftalmológico sufrido por el trabajador y las labores que realizaba en el momento en que conducía.

Según la **STS de 20 de septiembre de 2005**, I.L. J 1798, no es posible considerar accidente *in itinere* si el trabajador parte de un lugar diferente a su domicilio habitual, recorriendo un trayecto o itinerario también diferente del habitual y utilizando un medio de transporte que, aun siendo previsiblemente propio, es lo cierto que se apartaba del que últimamente venía siendo utilizado por el trabajador. Por razonables que sean los motivos particulares que puedan explicar la presencia del trabajador en domicilio diferente del suyo, es lo cierto que la concurrencia de las tres circunstancias expresadas impiden la apreciación de que estemos ante un accidente *in itinere*, pues otra conclusión —desconociendo la exigencia de los elementos geográfico y de transporte— extremaría o desorbitaría el riesgo profesional concertado y asumido por la entidad gestora respecto de los accidentes sobrevenidos con ocasión o con motivo del trabajo.

La **STS de 22 de septiembre de 2005**, I.L. J 2072, señala que no constituye accidente de trabajo la caída desde una azotea debido a que el trabajador había ingerido bebidas alcohólicas. Para el Tribunal Supremo, estamos ante un supuesto de imprudencia extraprofesional —y, por tanto, situada fuera de la órbita laboral, por tratarse de una imprudencia temeraria de las previstas en el artículo 115.4.b) LGSS, contrariamente a la sentencia aportada de contraste, en la que se trataba de imprudencia profesional.

También llega a la conclusión de inexistencia de accidente de trabajo la **STS de 20 de diciembre de 2005**, I.L. J 2157, la dolencia que causó el episodio vertiginoso del trabajador fue una malformación congénita, un angioma venoso o cavernoma. La condición de dolencia congénita evidencia que su génesis no guarda ninguna relación con el trabajo y, declarándose probado que tal enfermedad es independiente de factores exógenos, la crisis pudo haberse producido en cualquier otro momento y lugar, siendo además indicativo el que los síntomas de dificultad en la pronunciación habían comenzado ya seis días antes.

También rechaza la calificación como accidente de trabajo la **STS de 20 de diciembre de 2005**, I.L. J 2158, según la cual no concurre el requisito de tiempo de trabajo. Así, no basta —para que actúe la presunción de laboralidad— con que el trabajador se halle en los vestuarios de la empresa cuando ocurre el episodio, sino que el término legal “tiempo de trabajo” contiene una significación más concreta, equivalente a la del artículo 34.5 ET, referida a la necesidad de que el operario se encuentre en su puesto de trabajo, en el que se presume que se ha comenzado a realizar algún tipo de actividad o esfuerzo —físico o intelectual— que determina una más fácil vinculación del acaecimiento con el trabajo. Interpretación que, según la sentencia, no constituye un rigorismo excesivo, desde el momento en que se trata de delimitar el alcance de una presunción legal, que, dadas las consecuencias que tiene a la hora de calificar un suceso o una enfermedad, debe tener unos límites lo más definidos posibles en aras a la seguridad jurídica de quienes participan en las relaciones de trabajo en que tales eventos ocurren.

Para la **STSJ de La Rioja de 6 de octubre de 2005**, I.L. J 2298, el acoso moral (*mobbing*) es constitutivo de accidente de trabajo. Según dicha sentencia, éste consiste en una agre-

sión del empresario o de alguno de sus empleados, con el conocimiento y tolerancia de aquél, mediante hechos, órdenes o palabras, repetida y duradera en el tiempo, con el fin de desacreditar, desconsiderar y aislar al trabajador, que puede incluso llegar a deteriorar su salud, con objeto de conseguir un auto-abandono del trabajo, produciendo un daño progresivo y continuo a su dignidad.

B) Recargo de prestaciones

En la STSJ de Navarra de 31 de mayo de 2005, I.L. J 1750, se desestima el recurso interpuesto por el trabajador y se mantiene el recargo de prestaciones en un porcentaje del 30%. Según la sentencia, entre la conducta de la empresa y el accidente sufrido por el trabajador se aprecia el nexo causal que justifica la imposición del recargo cuestionado, el cual implica la existencia de una responsabilidad subjetiva que ha de ser imputada a la empresa por vía de culpabilidad, pues se requiere que se haya incumplido alguna norma de seguridad, como sucede en el presente supuesto. Ello, unido a que la conducta del trabajador se califica de imprudente al intentar frenar el camión –si bien no calificable de imprudencia temeraria– hace que, teniendo en cuenta la conducta antedicha, y por el principio de compensación de culpas, se estime adecuada la cuantía del recargo impuesta y mantenida por la sentencia de instancia.

En el caso de la STSJ de La Rioja de 15 de noviembre de 2005, I.L. J 2305, estamos ante un caso claro de falta de resguardos y dispositivos de protección que impidiesen el accionamiento de los equipos de trabajo. Por tanto, queda constatado que la empresa no adoptó las suficientes y adecuadas medidas de seguridad, lo que comporta que se le imponga un recargo del 40% debido a la gravedad de la omisión de dichas medidas. Ver, asimismo, la STSJ de Extremadura de 20 de octubre de 2005, I.L. J 2323.

La STS de 25 de octubre de 2005, I.L. J 1934, desestima el recurso de casación u.d. interpuesto por el INSS y la TGSS, sobre la procedencia o no de la paralización del expediente administrativo. Dicha sentencia concluye que el mandato de la Orden Ministerial de 8 de enero de 1996, por el que se ordena la paralización del expediente administrativo para la imposición del recargo por falta de medidas de seguridad, carece de mandato legal que lo sustente, por lo que no hay razón alguna para la suspensión de un expediente referido a la determinación de la cuantía de la prestación que haya de recibir la víctima del accidente.

C) Responsabilidad del empresario

El Tribunal Supremo, en su STS de 21 de septiembre de 2005, I.L. J 1800, analiza el supuesto de un trabajador que sufrió un accidente de trabajo el mismo día que iniciaba sus servicios, por cuenta de una empresa dedicada a trabajos de desinfección, empresa que había cursado el alta mediante el sistema RED en hora posterior a la del accidente. Se concluye que la responsabilidad directa es de la empresa, por falta de afiliación, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria y del deber de adelantar las prestaciones por la Mutua, o, en su caso, por la entidad gestora. En consecuencia, existe infracción del artículo 32.3.1º del RD 84/1996, ya que este precepto establece que las solicitudes de

alta deberán presentarse por los sujetos obligados con carácter previo al comienzo de la prestación de servicios por el trabajador. Si bien ciertamente se admite el uso de medios electrónicos, informáticos o telemáticos, ello no está previsto como medida excepcional *a posteriori*, sino, muy al contrario, para ser utilizados también previamente cuando el día o días anteriores al comienzo de los servicios fueren inhábiles o si la prestación de servicios se iniciare en horas asimismo inhábiles.

Para la **STSJ de Cataluña de 24 de noviembre de 2005**, I.L. J 2303, no se produce la responsabilidad de la empresa principal, dado que es el hecho de la producción del accidente de trabajo dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal lo que determina la extensión de la responsabilidad en la reparación del daño causado. A la conclusión contraria llega la **STS de 9 de diciembre de 2005**, I.L. J 2212, según la cual el accidente de trabajo se produjo por un método de trabajo manifiestamente inadecuado desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales, estableciendo la responsabilidad solidaria de ambas empresas, la dedicada a la fabricación e instalación de elevadores y la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir.

D) Indemnización por daños y perjuicios

La **STSJ de Asturias de 27 de mayo de 2005**, I.L. J 1772, desestima la pretensión del trabajador accidentado de recibir una indemnización por daños y perjuicios. Según la sentencia, la grúa utilizada por el trabajador llevaba marcado el distintivo CE y había pasado todas las revisiones, incluido el plan específico de seguridad y salud, proporcionando a los trabajadores la formación e información adecuada a los riesgos específicos, disponiendo de un manual de uso de la máquina.

En la **STS de 14 de julio de 2005**, I.L. J 1780, el Tribunal Supremo confirma la STSJ de Galicia de 31 de marzo de 2004, en la que se condenaba al promotor de la construcción de un edificio —y a la vez propietario del solar— solidariamente con la empresa de construcción empleadora del trabajador demandante, al pago de la indemnización de daños y perjuicios que éste reclama por las secuelas del accidente de trabajo que sufrió el 22 de julio de 1996, determinantes de la calificación de incapacidad permanente total para su profesión de albañil. El accidente de trabajo se produjo por desprendimiento de tierra en la zanja en la que trabajaba el operario, debido a carecer de entibados o apeos, habiendo sido declarada la responsabilidad de la empresa constructora por falta de medidas de prevención de riesgos laborales, con imposición de un recargo del 35% de las prestaciones. La condena del promotor al pago de la indemnización de daños y perjuicios viene fundada en la atribución de la naturaleza de empresario principal respecto de la empresa constructora, y por ello responsable solidario con ésta de la obligación litigiosa, a través de la contratación de obras correspondientes a la actividad propia de aquél, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 42 ET y en los artículos 24 y 42.2 de la LPRL.

La **STS de 30 de noviembre de 2005**, I.L. J 2207, analiza un supuesto de póliza de seguro colectivo concertada por RENFE, planteándose la cuestión de si es posible la condena de

la aseguradora al abono completo del importe de la indemnización causada por el trabajador accidentado. La sentencia llega a la conclusión de que hay que condenar a la entidad delegada al pago íntegro en atención a la representación que asume con las demás, añadiendo que puede reclamar o repetir respecto a las otras aseguradoras. Por tanto, se produce un efecto igual al de la solidaridad, pero este efecto no deriva de dicho seguro, sino de la posición representativa del asegurador delegado.

Según la STSJ de Galicia de 5 de julio de 2005, I.L. J 2317, la causa primaria, decisiva y eficiente del accidente radicó en la omisión de la diligencia debida por la empresa de grúas, en el obligado mantenimiento preventivo de la grúa. En aplicación del artículo 1902 del Código Civil ha de comportar la responsabilidad civil extracontractual, así como la de su aseguradora, con fundamento en la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro.

9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍA DE LAS PRESTACIONES

No existe jurisprudencia en la materia.

10. ASISTENCIA SANITARIA

Según la STS de 2 de diciembre de 2005, I.L. J 2021, no cabe anular una Orden Ministerial elaborada por una CA por la que se atribuye a los facultativos de los servicios de prevención de la empresa la consideración de médico de atención primaria del cupo de trabajadores de la misma, ya que ello no significa equiparar, más allá de la posibilidad de prestar asistencia médico-farmacéutica, a los ejercientes de la medicina privada con aquellos que han obtenido su titulación oficial, posibilidad limitada a los trabajadores de su empresa y con sumisión a las instrucciones de los servicios oficiales.

11. INCAPACIDAD TEMPORAL

A) Dinámica de la prestación

En la STS de 27 de septiembre de 2005, I.L. J 1792, se discute si se ha de abonar o no el subsidio de incapacidad temporal una vez agotado el período máximo prorrogado de treinta meses previsto para la incapacidad temporal, cuando transcurre un cierto período de tiempo hasta que el paciente es examinado a efectos de calificarlo con una posible invalidez permanente que finalmente es denegada. Y según dicha sentencia, la percepción del subsidio de incapacidad temporal durante el período intermedio entre el cumplimiento de dicho plazo máximo prorrogado y la fecha posterior en que la entidad gestora resuelve no haber lugar la existencia de invalidez permanente ha de abonarse por la Entidad gestora siempre que el trabajador no preste servicio durante dicho período. Por tanto, durante esa prórroga se mantiene la incapacidad temporal y el abono del subsidio hasta el momento de la calificación de la invalidez permanente ya que no es el trabajador quien ha de sufrir las consecuencias en la demora de la calificación.

En la **STS de 24 de octubre de 2005**, I.L. J 1928, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina se discute el reintegro de cantidades indebidamente percibidas a consecuencia de la retroactividad de la pensión de incapacidad permanente absoluta después de haber permanecido el beneficiario en situación de incapacidad temporal. La empresa le había abonado un complemento del subsidio de incapacidad temporal que continuó abonando durante la prórroga de esta situación. Tras reconocer el INSS la incapacidad permanente, la empresa reclama el abono del exceso. Según la sentencia en tales casos ha de devolverse a la empresa lo abonado en exceso, deduciendo a lo percibido como consecuencia de la retroacción, el importe de la garantía de percepción total.

Según la **STS de 24 de octubre de 2005**, I.L. J 1980, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, para que juegue el supuesto del artículo 44 de la LGSS, es esencial constatar la pasividad del beneficiario al no exigir el pago de un derecho reconocido. Ahora bien, cuando lo que se discute es una diferencia en el importe de la pensión que no ha sido incluida en el acto inicial de reconocimiento, es evidente que se reclama contra una falta de reconocimiento de una parte del derecho y no contra la falta de pago de un derecho ya reconocido. Estamos por tanto en el supuesto del artículo 43 de la LGSS (prescripción de 5 años) y no en el supuesto del artículo 44 (caducidad de 1 año).

En la **STS de 22 de noviembre de 2005**, I.L. J 2129, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, constituye objeto del litigio el determinar si, hallándose un trabajador en situación de incapacidad temporal, durante la cual se inicia un expediente para declaración de una posible incapacidad permanente, expediente que termina con la decisión de denegarle esta última clase de incapacidad, puede o no tal denegación dar lugar a la extinción del subsidio que se venía percibiendo por la incapacidad temporal, cuando el trabajador sigue sin ser dado médicamente de alta y continúa estando impedido para el trabajo. Y según el artículo 1281 de la LGSS, la situación de incapacidad temporal se mantendrá mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, sin que el mero hecho de que, iniciadas actuaciones administrativas tendentes a conseguir una posible declaración de incapacidad permanente, terminen aquéllas con la decisión de no declarar tal incapacidad, pueda dar lugar a la extinción del subsidio establecido en el artículo 129 de la LGSS.

En la **STS de 7 de diciembre de 2005**, I.L. J 2184, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, la cuestión a resolver consiste en determinar si procede imputar la responsabilidad en el pago de la prestación por incapacidad temporal a la empresa, cuando el trabajador había sido dado indebidamente de baja en la Seguridad Social con anterioridad al hecho causante, por lo que en ese momento no se hallaba en situación de alta. Y según la Sala no cabe confundir la situación de descubierto o retraso en el pago de las cotizaciones con la ausencia total de alta al tiempo de producirse el hecho causante, debiendo imputarse la responsabilidad al empresario por falta de alta.

En la **STS de 30 de noviembre de 2005**, I.L. J 2206, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, la cuestión litigiosa consiste en determinar si la nueva regu-

lación establecida por la Ley 24/2001 del importe de la prestación de incapacidad temporal para los supuestos de extinción del contrato de trabajo cuando se está percibiendo dicha prestación, es aplicable a las situaciones de incapacidad temporal surgidas antes de su vigencia, o si por el contrario, esa regulación sólo puede aplicarse a las situaciones de incapacidad temporal posteriores a la fecha en que la reforma entró en vigor. En definitiva, lo que se debate es si el beneficiario ha de percibir la prestación en la cuantía correspondiente a la incapacidad temporal o si esa cuantía ha de ser la de desempleo. Y la Sala entiende como relevante, a efectos de determinar la norma aplicable en casos de sucesión normativa, el propio hecho causante de la prestación. Por tanto, el trabajador que, estando en incapacidad temporal se le extingue su contrato de trabajo, continúa percibiendo la prestación de incapacidad temporal aunque en una cuantía igual a la prestación por desempleo. La prestación de incapacidad temporal se mantiene, lo único que varía es su cuantía y la prestación de desempleo sólo se causa cuando se extingue la situación de incapacidad temporal.

En la **STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de noviembre de 2005**, I.L. J 2313, se discute si el trabajador tiene derecho a ser repuesto al puesto de trabajo que ocupaba con anterioridad al proceso de incapacidad temporal padecido o subsidiariamente a otro que reúna similares características compatibles con la enfermedad que actualmente padece. Y la Sala entiende que el trabajador tiene derecho a ocupar el puesto de trabajo que ostentaba antes de la declaración de incapacidad temporal, dadas las limitaciones físicas que padece, y el empresario tiene la obligación de reservar el puesto de trabajo a dicho trabajador mientras dure la incapacidad temporal.

B) Incapacidad temporal y regímenes especiales

En la **STS de 5 de diciembre de 2005**, I.L. J 2110, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, la cuestión planteada se centra en la aplicación del artículo 43.1 de la LGSS en cuanto al derecho a percibir la prestación de incapacidad temporal en el RETA. Según la normativa de Seguridad Social, en el RETA los interesados podrán optar entre acogerse o no a la cobertura de la protección del subsidio por incapacidad temporal y también podrán optar entre formalizar la cobertura con la entidad gestora correspondiente o con una MTAEPSS. En este marco normativo, el nacimiento del derecho de la prestación económica de incapacidad temporal rige el denominado principio de oficialidad, en virtud del cual, el reconocimiento del derecho al subsidio no está condicionado a la previa solicitud del beneficiario, sino que se hace efectivo de modo directo y automático, una vez presentados los correspondientes partes de baja y confirmación, por lo que al ser innecesaria la solicitud expresa, no cabe oponer la retroactividad de tres meses que establece el artículo 43.1 de la LGSS.

En la **STS de 2 de diciembre de 2005**, I.L. J 2160, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, se discute el mandato de la Disposición Adicional Décima del RD 2319/1993 según la cual: “los trabajadores por cuenta propia o autónomos que se encuentren en situación de incapacidad laboral transitoria, vendrán obligados a presentar, en la forma y con la periodicidad que determine el INSS, declaración sobre la persona que gestiona directamente el establecimiento mercantil, industrial o de otra naturaleza

del que sean titulares o, en su caso el cese temporal o definitivo en la actividad”. Se trata éste de un documento preceptivo que tiene por finalidad el que la entidad gestora pueda realizar un control de la realidad de la situación de baja. Por tanto, presentado el parte de baja sin el documento referido, mientras la situación de baja persiste, debe requerirse al beneficiario para la entrega del documento. Pero si los partes se presentan después que se ha extendido el de alta, ni es posible el requerimiento, ni se puede efectuar el control de veracidad de la citación del beneficiario.

C) Incapacidad temporal y mejoras voluntarias

En la **STS de 7 de noviembre de 2005**, I.L. J 2139, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina se cuestiona si los efectos de la mejora voluntaria pactada por convenio colectivo para la incapacidad temporal se extiende también durante el tiempo de prórroga de ésta, a lo que la sentencia afirma que sí, ya que tratándose de prórrogas de la situación de incapacidad temporal, el artículo 131. bis de la LGSS prevé que durante la prórroga se continúe abonando la prestación de incapacidad temporal hasta el momento de la calificación de la incapacidad permanente.

12. MATERNIDAD

En la **STS de 21 de octubre de 2005**, I.L. J 1987, por aplicación del artículo 13 del RD 1646/1972 la doctrina unificada entiende que en los casos en los que la prestación de servicios no abarca la totalidad del mes de referencia, ya sea éste el anterior, ya sea el mismo mes en el que se produce la situación protegible, el divisor para el cálculo de la base reguladora lo constituyen los días a que la cotización se refiere y no todos los días del mes.

En la **STS de 3 de noviembre de 2005**, I.L. J 2007, antes de la entrada en vigor del RD 1251/2001 era aplicable la Orden de 13 de octubre de 1967 y en este sentido las prestaciones de incapacidad laboral, que así eran entonces, serán efectivas por la Entidad Gestora de forma directa e inmediata en estos supuestos.

Según la **STS de 10 de noviembre de 2005**, I.L. J 2050, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en aplicación de la Directiva 76/207 entiende que la trabajadora podrá disfrutar sus vacaciones durante un período distinto del de su permiso de maternidad y que en el caso de coincidencia, podrá tener derecho a disfrutar de sus vacaciones en un período diferente al establecido por la empresa para la vacación anual. Puede ser objeto de compensación económica el perjuicio causado al trabajador por una actuación antijurídica de la empresa en estos supuestos aunque la vacación anual no es susceptible de compensación económica.

Según la **STS de 29 de noviembre de 2005**, I.L. J 2148, en las prestaciones de maternidad anteriores a la vigencia del RD 1251/2001 el derecho a las mismas surge de forma

automática por la presentación del parte de baja, pues debe aplicarse lo preceptuado en la Orden de 13 de octubre de 1967. Por tanto se ha de presentar en estos casos el parte médico relativo a la maternidad o el informe oficial de maternidad para obtener el derecho a prestación.

13. RÉGIMENES ESPECIALES

Régimen Especial Agrario

La STS de 26 de abril de 2005, I.L. J 1849, aborda, una vez más, un supuesto que ya ha sido objeto de previos pronunciamientos en la STS de 18 de enero de 2005, I.L. J 65, en la STS de 9 de noviembre de 2004, I.L. J 2335, y en la sentencia que recientemente varió la doctrina del Tribunal Supremo (con votos particulares): la STS de 31 de mayo de 2004, I.L. J 883. El supuesto ahora examinado, y sustancialmente similar a los examinados en las sentencias anteriormente citadas es el de un trabajador por cuenta propia del Régimen Especial Agrario, que al fallecer adeudaba doce meses de cotización que fueron satisfechos por los familiares supervivientes antes de solicitar un subsidio temporal a favor de familiares, acreditando el causante un largo período de cotización, y habiendo satisfecho el causante puntualmente las mensualidades correspondientes a los seis meses anteriores a su fallecimiento. La doctrina que se reitera es la de que la literalidad de la norma que exige en el REA que el causante no adeudase un importe superior a seis mensualidades para poder causar prestaciones por muerte y supervivencia es una exigencia que se formula en el Régimen Especial Agrario sin causa suficiente y razonable para ello, dado que el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos no existe idéntica limitación, siendo que en ambos regímenes es el trabajador el responsable del ingreso de sus cotizaciones, y que se trata de prestaciones contributivas. En consecuencia, nuevamente, se resuelve conceder la prestación solicitada, confirmando la de la instancia.

La STS de 10 de noviembre de 2005, I.L. J 2060, analiza cuáles deben ser las rentas computables a los efectos de considerar cumplidos los requisitos de carencia de rentas que se establecen en el artículo 3.1 y 3.2 del RD 5/1997 que regula el subsidio por desempleo en favor de los trabajadores eventuales agrarios. La entidad gestora impugna el hecho de que no se hayan considerado computables dos conceptos: una pensión de viudedad abonada por la Seguridad Social, y una indemnización por fallecimiento en accidente de trabajo, abonada por el Gobierno autonómico. Respecto del primer concepto, el Tribunal considera que la expresión “carecer de rentas de cualquier naturaleza” incluye indubitadamente las pensiones de la Seguridad Social, sin que pueda prevalecer una exclusión basada en la cita que, en la regla segunda del artículo 3.4, se realiza de forma distinta para la “totalidad de las rentas” y las prestaciones y subsidios, ya que el Tribunal considera que la finalidad de la norma es la de reservar el subsidio por desempleo a quienes carezcan de recursos suficientes, y entre tales recursos deben incluirse las prestaciones de la Seguridad Social. Respecto al segundo concepto discutido, la indemnización por fallecimiento, el Tribunal no entra a juzgar el mismo, al considerar que no se ha acreditado la contradicción con una sentencia de contraste.

Régimen Especial de Trabajadores del Mar

En la STS de 10 de octubre de 2005, I.L. J 1907, resuelve, con apoyo de la doctrina ya manifestada en la STS de 15 de abril de 2003, I.L. J 258, un supuesto de encuadramiento en este Régimen especial que afecta a un trabajador contratado por una empresa privada –no estatal– de estiba y desestiba de buques. La controversia radicaba en si el hecho de que se se hubiera reconocido el encuadramiento especial a los “gruistas” que, habiendo prestado primeramente sus servicios para las autoridades portuarias, pasaron a trabajar para las Sociedades Estatales de Estiba y Desestiba, podía ser interpretado en sentido contrario para negar el encuadramiento a todos quienes no trabajasen para una empresa estatal. El Tribunal, a partir de la literalidad del artículo 2 del RD 1864/1974 que engloba en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar a todos los estibadores portuarios, sin precisión alguna del carácter de la empresa para la que trabajasen, concluye que el trabajo como capataz de una empresa privada de estiba debe considerarse como causa del encuadramiento en este Régimen Especial.

14. INFRACCIONES Y SANCIONES

No existe jurisprudencia en la materia.

15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

A) Competencia e incompetencia de la Jurisdicción Social

La STSJ de Murcia de 30 de mayo de 2005, I.L. J 1770, analiza si la jurisdicción social es la competente en el supuesto de que la resolución impugnada se enmarque en el ámbito del reconocimiento de una incapacidad, respecto al dictamen-propuesta emitido por el Equipo de Valoración de Incapacidades. Señala la sentencia que efectivamente la competencia corresponde a la jurisdicción social, ya que en otro caso se provocaría un vacío de control jurisdiccional incomprensible, cercenando arbitrariamente los campos de operatividad jurisdiccional, y sometiendo a la parte afectada a un itinerario procesal injustificable.

B) Legitimación activa

Según la STS de 15 de noviembre de 2005, I.L. J 2063, la Mutua tiene un interés legítimo en el proceso –esto es, que quede sin efecto la resolución administrativa que declara derivado de accidente de trabajo el proceso de incapacidad temporal conocido en el expediente–, por lo que no se advierte razón alguna que pueda fundamentar la limitación de su legitimación activa. Tal interés no es negado por los recurridos, si bien lo contraen al marco procesal de la legitimación para iniciar un proceso que tenga por objeto exclusivamente la determinación de la contingencia. Ciertamente puede ésta postular que,

IX. Seguridad Social

partiendo de las lesiones, afecciones o déficits funcionales apreciados al trabajador, se declare que se deben a un proceso de enfermedad común y no a un accidente laboral o enfermedad profesional. Pero la Mutua puede también mantener, en la defensa de sus intereses, la inexistencia de tales lesiones, afecciones o déficits funcionales, en cuanto con ello sustenta con mayor radicalidad y fuerza su interés legítimo de liberarse de la prestación que le ha sido imputada. En base a estos argumentos, el Tribunal señala que no se trata ya de que la lesión apreciada no es accidente de trabajo sino, más sencillamente y más radicalmente, que no hay lesión. Procede, por ello, devolver las actuaciones a la Sala de Suplicación para que, partiendo de la proclamada legitimación activa de la Mutua demandante, proceda a resolver con libertad de criterio los motivos de los recursos de suplicación que están pendientes de conocimiento por la Sala.

JULIA LÓPEZ LÓPEZ

EUSEBI J. COLÁS NEILA

NURIA PUMAR BELTRÁN

EUGENIA REVILLA ESTEVE

FRANCISCO ANDRÉS VALLE MUÑOZ

CONSUELO CHACARTEGUI JÁVEGA

IGNASI AREAL CALAMA

JOSEP FARGAS FERNÁNDEZ

EVA GARRIDO PÉREZ

X. PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA**Sumario*:**

Consideración preliminar. 1. Prestación por desempleo. A) Introducción. B) Cuestiones generales. C) Nivel contributivo. a) Sujetos beneficiarios. b) Requisitos de acceso a la protección.

c) Contenido y modalidades de la prestación. d) Cuantía y dinámica de la acción protectora.

e) Supuestos especiales. f) Compatibilidad e incompatibilidades. D) Nivel asistencial: los

subsidios por desempleo. a) Requisitos generales. b) Beneficiarios. a') Subsidios vinculados

a responsabilidades familiares. b') Subsidio de prejubilación. c') Subsidio de desempleo para

los trabajadores eventuales del campo. d') Otros subsidios especiales. c) Cuantía y dinámica

del derecho al subsidio. d) Compatibilidad e incompatibilidades. E) Prestaciones accesorias y

complementarias. F) Gestión, financiación y pago. G) Valoración final.

2. Jubilación. A) Jubilación contributiva. a) Requisitos de acceso a la protección. b) Contenido de la prestación. a') Base reguladora. b') Cuantía de la prestación. c) Dinámica de la protección. d) Derecho transitorio. e) Jubilaciones anticipadas. f) Compatibilidad e incompatibilidades. B) Jubilación no

contributiva. a) Situaciones protegidas. b) Requisitos generales. c) Cuantía y dinámica.

d) Compatibilidad e incompatibilidades. C) Gestión, financiación y pago. D) Previsión social

voluntaria. a) Mejoras voluntarias. b) Planes de pensiones. **3. Incapacidad permanente.** A) Incapacidad per-

manente (modalidad contributiva). a) Concepto. Grados y baremos. a') Criterios de valoración: los baremos.

b') Incapacidad permanente parcial. c') Incapacidad permanente total. d') Incapacidad permanente

absoluta. e') Gran invalidez. b) Requisitos del beneficiario. c) Prestaciones económicas.

a') Clases y cuantía de las prestaciones. b') Base reguladora de las prestaciones. c') Responsabilidad

del pago de las prestaciones. d) Dinámica de la protección. e) Compatibilidad e incompatibilidades.

B) Invalidez permanente (modalidad no contributiva). a) Concepto. b) Requisitos del

beneficiario. c) Cuantía de la pensión. d) Dinámica de la prestación. e) Compatibilidad

e incompatibilidades. C) Lesiones permanentes no invalidantes. **4. Muerte y supervivencia.**

A) Requisitos del sujeto causante. B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos.

A) Requisitos del sujeto causante. B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos.

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

- a) Viudedad. b) Orfandad. c) Pensión en favor de familiares. C) Cuantía de las pensiones.
D) *Dinámica de la protección*. E) Régimen de incompatibilidades.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se analizan en la presente crónica los pronunciamientos que sobre las prestaciones de desempleo, incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia se han recogido en los números 13 a 16 de 2005 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1640 a 2329).

1. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

C) Nivel contributivo

a) Sujetos beneficiarios

Respecto a los miembros de las Corporaciones Locales, el **STS de 25 de octubre de 2005**, I.L. J 2039, reunido en Sala General, declara que los alcaldes y concejales no tienen derecho a la prestación por desempleo según la regulación actualmente vigente. Según el Tribunal, de la literalidad del artículo 205 LGSS no se desprende que se encuentren dentro del ámbito de protección de la citada prestación, sin que se haya dictado norma específica por el Gobierno, habilitado al efecto por la Disposición Final Quinta LGSS, de inclusión en dicho ámbito de protección, y sin que la misma se derive de lo dispuesto en el artículo 7.2 de la Carta de Autonomía Local hecha en Estrasburgo el 15 de octubre de 1985, ni de la previsión contenida en el artículo 75 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local. Por último, tampoco se puede desprender dicha protección si se analiza la finalidad última de la protección por desempleo, que, según se desprende de los artículos 203 y 204 LGSS, está pensada para quienes pierden un empleo y como prestación sustitutiva de rentas salariales. Ya en el año 1998, la STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de mayo, denegaba la prestación por desempleo a un concejal de ayuntamiento por considerar que, aunque al desempeñar su cargo con dedicación exclusiva debe incluirse en el RGSS, no por ello es aplicable la protección de la contingencia de desempleo, al ser para ello preciso cotizar por tal contingencia. Además, la relación jurídica que une al concejal con la Corporación Local es de naturaleza política, y por tanto, en modo alguno equiparable al trabajador por cuenta ajena.

Frente a esta doctrina jurisprudencial ha sido presentada una proposición de ley por todos los grupos parlamentarios a favor de la extensión de la protección por desempleo a determinados cargos públicos y sindicales.

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

Concretamente se pretende extender la protección, de un parte a los cargos electos de las Corporaciones Locales que desempeñan su función con dedicación exclusiva o parcial y percibiendo una retribución y que fueron incluidos en el ámbito de aplicación del RGSS, en virtud de lo dispuesto en el artículo 75.1 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local, inclusión recogida posteriormente en el artículo 97.2.j) LGSS; y por otra parte, a los altos cargos de las Administraciones Públicas que no sean funcionarios, que fueron también incluidos en el RGSS en virtud de lo establecido en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, inclusión que también fue posteriormente recogida en el artículo 97.2.h) de la LGSS.

b) Requisitos de acceso a la protección

La STS de 11 de octubre de 2005, I.L. J 2033, resuelve el recurso interpuesto por el INEM acerca de si procede o no la consideración en situación legal de desempleo —en aras a la percepción de la prestación por el trabajo realizado con anterioridad a su salida de nuestro país— de un trabajador que ha percibido prestación por desempleo en virtud del trabajo realizado en Alemania.

El INEM entiende que del tenor literal del artículo 208.1.5 TRLGSS se deduce que no se encuentra en situación legal de desempleo el trabajador que retorne a España por extinguírsele la relación laboral en el país extranjero y haya recibido prestación por desempleo en dicho país.

Según el Tribunal Supremo este precepto es lo suficientemente claro como para no tener que acudir al reto de métodos hermenéuticos a los que alude el artículo 3.1 del Código Civil, y por tanto estima el recurso interpuesto por el INEM.

d) Cuantía y dinámica de la acción protectora

El demandante, que tiene reconocida la prestación por desempleo por un período de 21 meses, solicita el pago trimestral de la misma para subvencionar la cotización al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos en el cual se había dado de alta. El INEM le deniega su solicitud por entender que en el momento de formularla ya era trabajador por cuenta propia y no beneficiario de la prestación por desempleo.

Como se deduce de la normativa al respecto, tienen derecho al pago trimestral del importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo para subvencionar su cotización al RETA los beneficiarios que pretendan constituirse como trabajadores autónomos. La palabra “beneficiarios” y la frase “que pretendan constituirse” son interpretadas en la sentencia recurrida en el sentido de condicionar aquel derecho al mantenimiento de la situación de perceptor de la prestación en el momento de solicitarlo y a que tal solicitud sea presentada antes de haberse dado de alta en el RETA.

El Tribunal Supremo en su STS de 7 de noviembre de 2005, I.L. J 2243, entiende que esta interpretación gramatical de la norma es desacertada desde un punto de vista literal y

sobre todo desde un punto de vista finalista, pues no se debe conferir especial relevancia al dato de que la solicitud del derecho haya sido presentada ante el INEM pocos días después de haberse dado de alta el trabajador en el RETA. Sobre todo, ha de tenerse en cuenta que esta regulación responde a un política orientada al pleno empleo a través de medidas tendentes a que los trabajadores desempleados dejen de serlo.

D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo

b') Subsidio de prejubilación

c) Cuantía y dinámica del derecho al subsidio

El Tribunal Supremo en su **STS de 11 de octubre de 2005**, I.L. J 1879, entra a resolver la cuestión del cómputo de la renta de ambos cónyuges en el caso de separación de hecho.

El problema se centra en dilucidar si el marido separado de hecho debe estimarse integrante de la “unidad familiar” a los efectos del cálculo de sus rentas conforme a lo previsto en el artículo 215.2 LGSS. Jurídicamente, una familia sigue subsistiendo con todos sus derechos y obligaciones mientras no se produzca la separación legal o disolución del matrimonio de conformidad con los artículos 81 y concordantes del Código Civil.

Estas consideraciones llevan al Tribunal Supremo a entender que la renta del marido, en este caso, ha de ser computada como ingresos de la unidad familiar por lo que no procede conceder el subsidio por desempleo por hijo a cargo, como era pretensión de la actora.

La cuestión que se somete a debate en la **STS de 14 de octubre de 2005**, I.L. J 1908, es si la percepción de cantidades procedentes del rescate de un Plan de Pensiones debe ser repartida entre los distintos ejercicios en los que estuvo vigente el mencionado Plan, o si, por el contrario, deben imputarse al ejercicio en el que se rescata el importe de éste; todo ello a los efectos de establecer si se rebasa o no el límite legal de las prestaciones de Seguridad Social, en concreto, la correspondiente al subsidio por desempleo.

La doctrina mantenida por el Tribunal Supremo en pronunciamientos anteriores como los de 16 de mayo y 13 de octubre de 2003 es la de entender que lo correcto es la imputación de todos los ingresos al año en que se perciben, incluido por tanto, el importe del rescate del Plan de Pensiones.

En el actual pronunciamiento el Tribunal entiende la identidad del supuesto con el de los citados anteriormente y por tanto mantiene que la imputación de los ingresos derivados del rescate de un Plan de Pensiones ha de hacerse al año en que se efectúa el rescate.

2. JUBILACIÓN

A) Jubilación contributiva

a) Requisitos de acceso a la protección

– Jubilación forzosa

La STS de 10 de octubre de 2005, I.L. J 1813, se refiere nuevamente a la validez o no de las cláusulas de los convenios colectivos que establecen una jubilación forzosa por edad, previstas, en este caso, en el III Convenio Marco Estatal de Residencias Privadas de Personas Mayores y del Servicio de Ayuda a Domicilio, publicado en el BOE de 30 de julio de 2003.

Recogiendo la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, sobre este tema, esta Sentencia concluye que, derogada la Disposición Adicional Décima, y en ausencia de norma legal habilitante de la negociación colectiva, es de aplicación para los Convenios Colectivos que entren en vigor tras dicha derogación, lo dispuesto en los artículos 4.2 y 17.1 del ET, de inequívoca inspiración constitucional, en cuanto que el primero establece el derecho de los trabajadores a no ser discriminados y el segundo prevé que se entenderán nulas las cláusulas de los convenios colectivos que contengan discriminaciones por razón de edad. Considera la Sentencia que estos dos preceptos estatutarios implican que recobre actualidad la jurisprudencia establecida bajo la vigencia de la OM de 1 de julio de 1953, que atribuía al derecho subjetivo al trabajo la naturaleza de “mínimo de derecho necesario absoluto”. En conclusión, declara esta Sentencia que no es actualmente posible establecer en los Convenios Colectivos cláusulas de jubilación forzosa.

No desconoce la Sala que la Ley 14/2005 ha vuelto a aprobar una Disposición Adicional Décima del ET que regula las cláusulas de los convenios colectivos referidos a la edad ordinaria de jubilación y que en la Disposición Transitoria Única de esta Ley se establece que las cláusulas de los convenios colectivos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley en las que se hubiera pactado la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación se considerarán válidas siempre que se garantice que el trabajador afectado tenga cubierto el período mínimo de cotización y que cumpla los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva. Al respecto, declara la Sentencia que, sin entrar en los problemas que esta disposición puede plantear a la vista de las garantías que establece el artículo 9.3 de la Constitución, la nueva Ley y el problema de retroactividad que se contiene en su Transitoria Única, no puede afectar a pleitos con juicios ya celebrados y pendientes de resolver en un recurso extraordinario, ya que lo contrario supondría una modificación del objeto del proceso, con la consiguiente indefensión para las partes, por lo que dicha Ley no es de aplicar a los procedimientos pendientes.

A la misma cuestión se refiere la **STS de 25 de octubre de 2005**, u.d., I.L. J 1979, que señala que “el problema se concreta en decidir si en trámite de unificación de doctrina y en relación con un proceso iniciado en el año 2002 como el presente, puede esta Sala de oficio aplicar la nueva norma promulgada en julio de 2005 y vigente desde el día 3 del pasado mes”. Dicho problema sólo puede ser resuelto como ya lo ha hecho esta Sala en sus recientes Sentencias de 10 de octubre de 2005 (recurso 60/2004) dictada en Sala General al resolver un recurso de casación ordinario seguido por el proceso de impugnación de un convenio colectivo que contenía cláusula de jubilación forzosa, y la de 13 de octubre de 2005 (recurso 1925/2004) al resolver un recurso de casación para la unificación de doctrina. En dichas sentencias se entendió que la normativa aplicable a esta situación había de ser la existente en el momento en que se generó la situación de “litispendencia”, en tanto en cuanto aplicar a dicha situación la norma nueva supondría tanto como modificar el objeto del proceso creando la consiguiente indefensión entre las partes contraria al derecho a la tutela judicial efectiva. En conclusión, declara la Sala que el presente procedimiento habría de resolverse de conformidad con la legislación vigente en el año 2002 y, por tanto, la decisión acordada por la empresa sobre lo previsto en un convenio colectivo suscrito y publicado con posterioridad a la fecha de derogación de la Disposición Adicional Décima, habrá de declararse contraria a derecho por carecer del debido sustento legal y por ello constitutiva de un despido improcedente, sin que proceda acordar la nulidad de dicho despido por no poder ser calificado como discriminatorio conforme a la normativa antes indicada.

b) Contenido de la prestación

b') Cuantía de la prestación

– Trabajadores migrantes

Cuestión siempre litigiosa, como ya se ha visto en anteriores crónicas, es la determinación de la cuantía de la prestación de los trabajadores migrantes que acreditan una carrera de seguro en varios países, así como la determinación de la *prorrata temporis*.

En las **STS de 25 de abril de 2005**, u.d., I.L. J 1845, y **de 7 de diciembre de 2005**, I.L. J 2198, vuelve a plantearse nuevamente si procede o no incluir las bonificaciones previstas en la OM de 17 de noviembre de 1983 y en el Decreto 2309/1970, en razón a la penosidad del trabajo en el mar, para calcular la *prorrata temporis* a cargo de España de la pensión de jubilación de un trabajador afiliado al Régimen Especial del Mar. Reiterando la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, en estas Sentencias se establece que, a diferencia de las bonificaciones de cotización por edad, las relativas a la reducción de dicha edad a causa de la penosidad son cotizaciones completamente ficticias, pues no obedecen a ninguna presunción de realidad como las anteriores, y ni siquiera son anteriores al hecho causante, pues se abonan exclusivamente para el reconocimiento de la prestación y para el cálculo del porcentaje de pensión a percibir. De esta forma, “la previsión de bonificación de cuotas en razón del trabajo desarrollado por el demandante no puede aceptarse para

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

la aplicación del prorrateo en cuanto que se trata de una institución ajena a los principios de coordinación comunitarios, puesto que no ha hecho de peor condición al demandante por la circunstancia de haber prestado sus servicios en otros países comunitarios”.

– Complemento de mínimos

En la **STS de 22 de noviembre de 2005**, u.d., I.L. J 2085, se plantea decidir el montante del complemento a mínimos a cargo de la Seguridad Social española en función de una pensión de jubilación reconocida en virtud del Convenio Hispano-Venezolano, con parte de la prestación a cargo de la seguridad social de Venezuela y que la correspondiente entidad de ese país no la hace efectiva. En concreto se trata de decidir si el importe de la prestación a cargo de la seguridad social venezolana debe tomarse en consideración para determinar el importe del complemento, habida cuenta de que el beneficiario no ha llegado a percibirlo.

Para resolver esta cuestión, el Tribunal considera que debe partirse de la finalidad esencial de los “complementos a mínimos”, que es la de garantizar unos ingresos suficientes, por debajo de los cuales se está en situación legal de pobreza, a toda persona que dedicó su vida al trabajo, ocurrida la contingencia que lo separa de la actividad. Finalidad que resulta evidente del artículo 50 de la LGSS y del artículo 13.3 de los diferentes Reales Decretos que fijan los incrementos de pensiones para cada año, cuando en el supuesto de “pensiones reconocidas en aplicación de normas internacionales”, se garantiza al beneficiario, en tanto resida en territorio español, el complemento necesario si “la suma de los importes reales de las pensiones, reconocidas tanto en virtud de la legislación española como extranjera fuese inferior al importe mínimo de la pensión de que se trate”. La Sentencia declara que dicha norma está referida a importes reales de las pensiones, no a las ideales derivadas del reconocimiento aunque no se dé la efectividad, ya que con dichos importes reales debe atender el beneficiario a sus necesidades que no pueden verse satisfechas con el importe de utópicas pensiones reconocidas y que no son satisfechas.

Cuestión distinta en relación a este mismo complemento de mínimos es la que se resuelve en la **STS de 22 de diciembre de 2005**, u.d., I.L. J 2225, donde se plantea si procede el reconocimiento del complemento de mínimos por cónyuge a cargo cuando el demandante está separado judicialmente de su esposa. El Tribunal sostiene que si el cónyuge pensionista de la Seguridad Social ha sido condenado por la sentencia que dispuso la separación a abonar al otro una pensión compensatoria, el primero tiene derecho a que se le reconozca y abone el correspondiente complemento de mínimos por cónyuge a cargo, aunque no exista convivencia entre ellos, siempre que se cumplan los demás requisitos necesarios para poder percibir ese complemento. Declara la Sentencia que, aunque la regla general para el reconocimiento de este complemento exija la concurrencia de los dos requisitos, de dependencia económica y de convivencia, en ciertos supuestos muy reducidos y de carácter marcadamente excepcional el recto entendimiento del mandato contenido en el núm. 1 del artículo 6 de los RRDD 1464/2002 y 1425/2002 obliga a aplicar tal mandato, a pesar de que no concurra en ellos la convivencia entre cónyuges.

c) Dinámica de la prestación

– Suspensión de la prestación por trabajo

Los efectos de la suspensión de la prestación de jubilación por trabajo sobre dicha prestación, una vez restablecida, son aclarados en la **STS de 29 de noviembre de 2005**, u.d., I.L. J 2146. En ella se resuelve un supuesto en el que el demandante había obtenido el reconocimiento de una pensión de jubilación y posteriormente, iniciada una actividad por cuenta ajena, solicitó y obtuvo la suspensión de la prestación, reanudándola más tarde y solicitando, al mismo tiempo la modificación de su cuantía, fijada inicialmente con la aplicación de un coeficiente reductor con arreglo a la edad de 60 años. La Sentencia declara que en caso de reanudar el tracto de la pensión no nos hallamos en presencia de un nuevo reconocimiento, ya que la única prestación es la reconocida inicialmente. Finalizado el nuevo período de actividad, la pensión se restablece en las mismas condiciones en las que fue reconocida, salvo la posibilidad que se establece en la OM de 18 de enero de 1967 en su artículo 16.2, de acrecentar el porcentaje con los días trabajados.

d) Derecho transitorio

En relación con las prestaciones de jubilación del SOVI, aún en régimen transitorio, la **STS de 5 de octubre de 2005**, u.d., I.L. J 1892, declara que para causar derecho a la prestación SOVI se pueden computar las cotizaciones realizadas a la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local (MUNPAL), ya que las cuotas ingresadas en la MUNPAL merecen el mismo tratamiento que las que fueron ingresadas en su día en otros sistemas protectores, puesto que, como se ha declarado por el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias, “las cotizaciones efectuadas a esos sistemas de protección sustitutivos del SOVI, anteriores a 1967, debe producir un efecto equivalente a la cotización SOVI”.

e) Jubilación anticipada

– Prejubilaciones

Partiendo de que la prejubilación del trabajador constituye un cese o baja en la empresa de carácter voluntario, siguen siendo numerosas las sentencias relativas al tema de la prejubilaciones, en orden a determinar su naturaleza y la cuantía y modo de cálculo de la cantidad que deban recibir los trabajadores en concepto de prejubilación. En relación con las prejubilaciones, sigue siendo 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.

En la **STS de 21 de septiembre de 2005**, u.d., I.L. J 1678, se plantea si un trabajador, con un acuerdo de prejubilación vigente tiene derecho a que la asignación pactada en

dicho acuerdo sea aumentada en dos pagas anuales más, por aplicación de lo dispuesto en el convenio colectivo (vid., sobre esta misma cuestión, las crónicas anteriores). La Sentencia señala que la doctrina en esta cuestión está ya unificada en sentido favorable a dicha pretensión. Sin embargo, se plantea también en esta sentencia si se ha producido prescripción fundando la empresa tal excepción de prescripción en la naturaleza extintiva de la prejubilación. La Sentencia declara, no obstante, que el Acuerdo de prejubilación se concreta en una serie de condiciones, derechos y obligaciones que la empresa hace saber al trabajador y que éste acepta al firmar el acuerdo. De dicho Acuerdo, en este caso, se deriva que las partes pactaron claramente la suspensión del contrato y, por tanto, el precepto aplicable al caso es el artículo 59.2 ET ya que la acción se ejercita para exigir percepciones económicas, de modo que la prescripción de un año se computará “desde el día en que la acción pudiera ejercitarse”, cuya determinación ha de hacerse teniendo en cuenta que el devengo es mensual, visto que el abono se hace “por meses vencidos”.

En idéntico sentido se pronuncia la **STS de 15 de noviembre de 2005**, u.d., I.L. J 2062. El problema planteado es también aquí si la empresa (el Banco Santander Central Hispano, SA) debe abonar al trabajador durante el período de suspensión de su contrato de trabajo en virtud del pacto de prejubilación entre la entidad demandada y el actor el importe de dos pagas extraordinarias de beneficios adicionales. La sentencia, siguiendo la doctrina sentada en unificación de doctrina, mantiene que la base de cálculo del importe bruto anual garantizado ha de ser el 100% del sueldo anual pensionable bruto en el momento de la prejubilación, por lo que, comprendiendo tal concepto el importe de las dos pagas adicionales concedidas a raíz de la fusión, tales cantidades deben integrarse en el importe anual garantizado.

Pero, además de este pronunciamiento, son interesantes también las consideraciones que se hacen en la sentencia, en el mismo sentido de la anterior de 21 de septiembre, acerca de la naturaleza del acuerdo de prejubilación. La empresa considera que el acuerdo de prejubilación, aunque establece que la relación laboral queda suspendida, sin embargo contiene propiamente una extinción de la misma de mutuo acuerdo –invocando, al respecto, doctrina de la Sala, expresada para supuestos de acuerdos de prejubilación habidos en otras empresas–, de modo que con dicho acuerdo nos encontramos ante una compensación o indemnización que abona la empresa por la extinción del contrato (alegando la empresa la excepción de prescripción). Al respecto, la sentencia declara que “el acuerdo de prejubilación tiene un múltiple y variado contenido, que pone de manifiesto su compleja naturaleza (...)”. En este caso, el Acuerdo de prejubilación “se concreta en una serie de condiciones, derechos y obligaciones que la empresa hace saber al trabajador mediante la correspondiente comunicación, entre los que se halla la suspensión del contrato de trabajo, situación a la que explícitamente se alude en dicha comunicación (...) Así pues es claro que las partes pactaron la suspensión del contrato, aceptando el trabajador, al formular la solicitud de prejubilación y, en especial, al firmar el acuerdo, las condiciones y cláusulas que la empresa le había hecho saber mediante la expresada comunicación, entre las que se hallaba la meritada situación de suspensión de la relación laboral”.

– Condiciones de la jubilación anticipada

Diversas cuestiones se plantean en relación con las condiciones exigidas para tener derecho a la jubilación anticipada y en relación con las condiciones de disfrute de la misma.

En la **STS de 20 de septiembre de 2005**, u.d., I.L. J 1672, se debate la fijación del porcentaje de reducción de la base reguladora de la pensión de jubilación en supuestos de jubilación anticipada, de acuerdo con la reforma operada en la Disposición Transitoria Tercera de la LGSS de 1994 por Ley 24/1997 y RD 1647/1997, discutiéndose, a estos efectos, si el cese en el trabajo motivado por expediente de regulación de empleo debe considerarse voluntario o no. Al efecto se reitera la doctrina, ya unificada, en el sentido de que quienes deciden aceptar voluntariamente la oferta de un plan de jubilación, consensuado por la empresa con los representantes de los trabajadores y aprobado por la Autoridad laboral, no son objeto de un despido colectivo del artículo 51 ET, sino que extinguen de mutuo acuerdo con la empresa sus contratos de trabajo. Y, en consecuencia, carecen de derecho a reclamar la superior indemnización que les hubiera podido corresponder en aquel caso.

En relación con los requisitos para acceder a la jubilación anticipada, la **STS de 10 de octubre de 2005**, u.d., I.L. J 1903, declara que para acceder a la pensión de jubilación anticipada es necesario encontrarse en alta o en situación asimilada al alta y la situación de incapacidad permanente total no es una situación de alta ni está asimilada a ella.

Las **SSTS de 25 de octubre de 2005**, u.d., I.L. J 1991, y de **13 de octubre de 2005**, I.L. J 1992, en relación con las condiciones de acceso a la jubilación anticipada se pronuncia en el sentido de que, de la Exposición de Motivos de la Ley 35/2002 y de la propia regulación de la Disposición Transitoria Tercera, por un lado, y del artículo 161.3 LGSS se desprende que era voluntad del legislador mantener dos sistemas o formas de jubilación anticipada, cada una con distinto origen y requisitos para acceder a su percibo. Entre esos requisitos y para la pensión anticipada de jubilación no histórica u “ordinaria” se exige para quienes no eran mutualistas el 1 de enero de 1967 encontrarse inscritos en la Oficina del INEM como demandantes de empleo desde, al menos, seis meses antes de la fecha de jubilación. Pero nada de eso se incluye entre los requisitos que contiene la Transitoria Segunda para los jubilados anticipadamente procedentes del mutualismo laboral, pues basta con haber estado en ese sistema antes del 1 de enero de 1967, haber cesado por causas independientes de la voluntad del trabajador y reunir los períodos de cotización correspondientes para acceder a la pensión bonificada.

También a un supuesto de jubilación anticipada de antiguos Mutualistas se refiere la **STS de 27 de diciembre de 2005**, u.d., I.L. J 2271, que señala que actualmente la Sala considera que aquellos trabajadores de Notarías que el 1 de enero de 1967, o antes de esa fecha, hubiesen sido mutualistas de la Mutualidad de Empleados de Notarías, tienen derecho a obtener la pensión de jubilación anticipada que regula la Disposición Transitoria Tercera, núm. 1, regla 2ª, de la LGSS, siempre que se cumplan los demás requisitos que la

Ley exige a este fin. Pero destaca la Sentencia que este derecho no se deriva del hecho de que la Mutuality de Notarías estuviese incluida, por su propia estructura y naturaleza y desde un primer momento, en el campo de aplicación de las referidas disposiciones transitorias. Este derecho viene establecido por las normas que ordenaron la integración de la misma en el Régimen General de la Seguridad Social.

C) Gestión, financiación y pago

– Diferencias en la cuantía y atrasos

La posibilidad de interponer recurso de suplicación frente a una sentencia que decide pretensiones sobre diferencia de pensión de jubilación y la reclamación de cantidades, es resuelta en las **SSTS de 12 de julio de 2005**, u.d., I.L. J 1779, y **de 22 de septiembre de 2005**, I.L. J 1676. En dichas sentencias se declara que en la determinación de la cuantía de los litigios que versan exclusivamente sobre diferencias de prestaciones de la Seguridad Social, ha de aplicarse el criterio del apartado tercero del artículo 178 de la LPL, es decir, la cuantía se fija en el importe de esas diferencias correspondientes a un año, pero la solución no es la misma cuando, además de esa petición, en la demanda se reclaman atrasos en el abono de la pensión que superen el tope de los 1803, 04 euros.

– Reclamación de mensualidades atrasadas

A la cuestión, ya objeto de reseña en la crónica del número anterior de esta revista, de establecer el plazo hábil para reclamar a Previsión Sanitaria Nacional (hoy “Mutua de Seguros y Reaseguros a Prima Fija, SA”) las mensualidades atrasadas de pensión de jubilación, se refiere la **STS de 13 de octubre de 2005**, u.d., I.L. J 1985. Como ya se dijo en la crónica anterior, la doctrina que había venido manteniendo el Tribunal Supremo fue objeto de una revisión por todos los Magistrados que integran la Sala, constituidos en Sala General, a partir de la Sentencia de 29 de abril de 2004 (recurso 4906/2002).

Siguiendo tal criterio revisado, la Sentencia estima que, dado que tal Régimen de Previsión se integra en lo que se puede denominar “materia de seguridad social”, ha de regirse en lo no previsto expresamente en sus propias disposiciones por el sistema de normas básicas de Seguridad Social. En consecuencia, es obligada la aplicación del plazo de un año que establece el artículo 44.2 de la LGSS, con la calificación de plazo de caducidad, para el derecho a percibir cada mensualidad de una prestación periódica reconocida, computado desde su respectivo vencimiento.

También en relación con la Previsión Sanitaria Nacional, la **STS de 21 de julio de 2005**, u.d., I.L. J 1782, se pronuncia sobre una cuestión más principal consistente en determinar si el derecho a la pensión de jubilación reconocido a un médico encuadrado en el “régimen de previsión de asistencia médico-farmacéutica y accidentes de trabajo” (AMFAT) por la entidad mutualista “Previsión Sanitaria Nacional”, en momento anterior a la vigencia de la Disposición Adicional Decimoctava de la Ley 55/1999, se ha extinguido o no a partir de 1 de enero de 2000, como consecuencia de la entrada en vigor de dicha disposición legal. En la hipótesis de que la respuesta a dicha cuestión fuera el manteni-

miento del derecho a la pensión de jubilación reconocida, se plantearía una cuestión accesorio, inseparable de la anterior en el presente supuesto litigioso, que sería la de la liquidación o cálculo de la pensión reconocida y mantenida. La Sentencia declara que Previsión Sanitaria Nacional ha actuado hasta el momento de entrada en vigor de la Ley 55/1999 como “entidad equivalente a gestora de Seguridad Social, administradora de un conjunto de derechos y obligaciones de igual alcance a los de un régimen sustitutorio de la Seguridad Social, desde el momento en que la afiliación era obligatoria, las cotizaciones reguladas por norma externa a la Mutualidad e ingresada en ésta. La calificación del régimen de previsión AMFAT como régimen sustitutorio de la Seguridad Social obliga a elegir entre las dos opciones interpretativas sobre el alcance de la determinación reglamentaria de los derechos de los asegurados y beneficiarios de dicho régimen. Ello quiere decir que el incumplimiento del mandato perentorio del legislador a la Administración del Estado de fijar los derechos de los asegurados al régimen de previsión AMFAT no puede tener la consecuencia de extinguir las pensiones de jubilación ya otorgadas, que se mantienen en la cuantía reconocida, sino la de autorizar la variación de las mismas. Si la naturaleza del régimen de previsión de AMFAT es como se ha dicho la de equivalente funcional del sistema público de Seguridad Social, no cabe la supresión de tales derechos por mera inactividad reglamentaria. Es ésta la solución más ajustada a derecho y equidad si se tiene en cuenta que los asegurados en el régimen de previsión AMFAT no deben ver aniquiladas o reducidas a la nada carreras de seguro que han llegado a veces a casi cincuenta años de duración.

– Responsabilidad en orden a prestaciones

Sobre la responsabilidad por obligaciones en materia de prestaciones se pronuncia la **STS de 22 de noviembre de 2005**, u.d., I.L. J 2101, que resuelve sobre la responsabilidad del Ayuntamiento de Lasarte respecto a parte del importe de una prestación de jubilación de una trabajadora de un colegio del que es titular dicha corporación, como consecuencia de faltas de cotización en período lejano en el tiempo y anterior a que el Ayuntamiento se hubiera hecho cargo de la titularidad de dicha escuela. Al respecto, la Sentencia declara que es evidente que la responsabilidad por obligaciones en materia de prestaciones no puede ser ilimitada, ya que no puede mantenerse indefinidamente la posibilidad de una responsabilidad empresarial por ese concepto en casos de sucesión de empresas, por causas que tienen su origen en un incumplimiento de obligaciones de cotización por empresa cedente.

D) Previsión social voluntaria

a) Mejoras voluntarias

– Complemento de pensión de jubilación fijada por Convenio colectivo

La **STS de 11 de octubre de 2005**, u.d., I.L. J 1872, resuelve la cuestión planteada en relación con un complemento de pensión por jubilación establecido en un convenio colectivo

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

de empresa. El problema que se planteaba es el de determinar si dicho convenio colectivo de la empresa, en su última versión correspondiente al año 1978 se halla o no vigente y aplicable a los trabajadores como pretende la entidad sindical accionante, teniendo en cuenta que desde el año 1979 consta la voluntad de la empresa de no aplicar el mismo sino el Convenio del Sector, que desde 1983 no se haya intentado por los representantes de los trabajadores ni por la empresa la negociación de uno nuevo. Se trata de determinar si el Convenio de 1978 se halla o no vigente en la actualidad entre las partes, en aplicación de las previsiones legales sobre ultraactividad de los Convenios Colectivos en un supuesto en el que tampoco existe cláusula pactada de duración del mismo, con lo que resulta que la norma aplicable habrá de ser la que resulte de la interpretación del artículo 86.3 ET. En este caso no se ha producido ninguna negociación revisoria del Convenio Colectivo de empresa desde el año 1983 y no ha habido ninguna denuncia de vigencia del mismo. La Sentencia concluye que el Convenio ha perdido la fuerza normativa que tuvo en su origen.

b) Planes de pensiones

– Posibilidad de movilizar o transferir cantidades correspondientes a compromisos por pensiones

La posibilidad de movilizar o transferir, a otro instrumento de previsión social complementaria, las cantidades correspondientes a compromisos por pensiones asumidos mediante fondos internos por parte del banco empleador, una vez que los trabajadores habían cesado al servicio de dicha entidad por diversas causas (ninguna de las cuales consistía en incapacidad permanente, jubilación ni fallecimiento). Sobre esta cuestión, la **STS de 21 de septiembre de 2005**, u.d., I.L. J 1789, recoge la doctrina ya unificada. Se declara que el sistema derivado del Convenio Colectivo de Banca constituye una mejora de la acción protectora de la Seguridad Social que ha de regirse por lo dispuesto en el artículo 192 de la LGSS. Con arreglo a ese precepto el único derecho que se garantiza a los trabajadores es el de percibir la prestación una vez acaecido el hecho causante de la misma. Nada se dispuso en esa norma, ni tampoco en el instrumento causante del sistema –Convenio colectivo de Banca– acerca de un posible rescate de derechos en caso de extinción del contrato de trabajo antes de producirse el hecho causante de una prestación. Y hasta que tal hecho acaece, el trabajador no tiene más que una expectativa de derecho. Por tanto, ni de la LGSS, ni de las normas del Convenio Colectivo, emana el derecho a rescatar o movilizar cantidad alguna.

3. INCAPACIDAD PERMANENTE

A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

a) Concepto. Grados y baremos

a') Criterios de valoración: los baremos

Las **SSTS de 23 de junio de 2005**, u.d., I.L. J 1885 y **de 23 de junio de 2005**, u.d., I.L. J 1777, con un amplio desarrollo argumental, reiteran la doctrina jurisprudencial sobre

la falta de contenido casacional (en unificación de doctrina) en relación a cuestiones fácticas relativas a incapacidades, debido a la imposibilidad de establecer doctrina unificada respecto de la incidencia invalidante de las diversas dolencias enjuiciadas. Ello porque los temas a resolver en casación unificadora deben girar en torno a cuestiones jurídicas y no fácticas (ex artículo 222 LPL), ya que el interés casacional del recurso se relaciona directamente con su misión de unificar el derecho aplicable (determinación del sentido de la norma en una línea interpretativa de carácter general). Según este pronunciamiento: “(...) este instrumento procesal no puede operar en aquellos casos en que los elementos circunstanciales de ponderación adquieren la máxima significación en el orden decisorio y, por ello, se resisten a una tarea de unificación doctrinal” [cfr., v. gr., **SSTS de 7 de octubre de 2003**, u.d., I.L. J 1972, de **28 de julio y 27 de octubre de 2003**, I.L. J 1530 y 1516]. En este sentido, el TS considera que “si existe una materia cuyo enjuiciamiento depende, esencialmente, de la valoración de las circunstancias concretas de cada caso es, sin duda, la determinación del grado invalidante que puede corresponder a unas determinadas dolencias”. La doctrina jurisprudencial establece que “(...) en principio, las decisiones en materia de invalidez permanente no son extensibles ni generalizables, porque más que de incapacidades debe hablarse de incapacitados; el carácter individualizado de estas situaciones impone una calificación centrada en la repercusión funcional de las lesiones, variable en cada caso concreto en atención a las diversas circunstancias que determinan el alcance de esa repercusión por lo que normalmente, no es posible generalizar las decisiones a través de criterios abstractos; lesiones aparentemente idénticas pueden afectar a los trabajadores de distinta manera en cuanto a su incidencia en la capacidad de trabajo y, en consecuencia, no es posible fundar en la valoración de esta incidencia individualizada un recurso de casación para la unificación de doctrina”. En estos pronunciamientos se incide en dos circunstancias que refuerzan esta tesis sobre la imposibilidad de establecer doctrina unificada en la materia: en primer lugar, “que los órganos judiciales no contemplan situaciones de invalidez en abstracto, sino inválidos, con la diferente incidencia que una misma enfermedad puede producir, y de hecho produce, en dos personas distintas”; y la segunda, “que en la instancia la inmediación permite al juez formar una convicción sobre el estado general del trabajador que trasciende a la pura y fría literalidad de los hechos probados”. Doctrina que se aplica también en la **STS de 2 de noviembre de 2005**, u.d., I.L. J 2055.

c') Incapacidad permanente total

Un cuadro de asma bronquial, espirometría basal normal y alergia al látex impiden a la trabajadora de manera insalvable y definitiva el desarrollo de las tareas fundamentales de auxiliar de clínica de ayuda a domicilio con la profesionalidad, dedicación y constancia que la actividad laboral exige, de ahí que proceda al reconocimiento de una IPT, **STSJ de Asturias de 1 de abril de 2005**, I.L. J 1740.

En otros supuestos, se deniega este grado de incapacidad en las **STSJ de Murcia de 21 de marzo de 2005**, I.L. J 1733 y **STSJ de Murcia de 27 junio de 2005**, I.L. J 1734, al “no acreditarse, por el momento, que no pueda realizar las actividades fundamentales de su

profesión, pues no se constata una sintomatología o disminución funcional suficiente al efecto, aunque, evidentemente, pudiese tener alguna dificultad, pero sin el alcance necesario para la obtención de la incapacidad pretendida”. Con idéntico razonamiento se deniega en la **STSJ de Murcia de 30 de mayo de 2005**, I.L. J 1768, una IPT para la profesión de trabajador agrícola por cuenta ajena dado que la dificultad para movimientos muy finos de los dedos no puede justificar dicha pretensión.

d') Incapacidad permanente absoluta

Se confirma el reconocimiento de una IPA a un trabajador cuyo estado físico-psíquico pone de relieve “la existencia de un importante deterioro en la capacidad laboral y resulta ya incompatible con el desempeño regular, eficaz y con rendimiento de cualquier actividad productiva a la que pudiera tener acceso en el mercado de trabajo, cuyo ejercicio regular exige unas aptitudes de las que el actor carece por razón de sus dolencias”, **STSJ de Asturias de 18 de marzo de 2005**, I.L. J 1728.

c) Prestaciones económicas

b') Base reguladora de las prestaciones

El efecto negativo de la cosa juzgada en los procesos de Seguridad relativos a pensiones de IP afecta a la base reguladora de una pensión reconocida en litigio anterior. Conforme a la **STS de 11 de octubre de 2005**, u.d., I.L. J 1976, la doctrina jurisprudencial establecida en la materia puede resumirse en los siguientes puntos: 1) la LEC establece que el efecto de la cosa juzgada excluirá “un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo (artículo 222.1 LEC); 2) el objeto de la pretensión en los litigios sobre incapacidad o invalidez permanente es único, aunque contenga normalmente dos pronunciamientos relacionados íntimamente, que son la determinación del grado de invalidez y el cálculo del contenido económico de la prestación; 3) la base reguladora de la pensión de invalidez constituye, por tanto, un elemento de la pretensión que no puede escindirse de la misma sin desvirtuarla, y 4) en conclusión, habiéndose resuelto mediante sentencia firme sobre la pensión de invalidez a que tiene derecho un asegurado, se despliega el efecto excluyente de un proceso posterior sobre la misma materia, sin que tal efecto pueda ser enervado mediante la invocación de un error evidente de la sentencia que ha establecido la cosa juzgada.

En cuanto a las equivocaciones de las entidades gestoras en cuanto a la cuantía de las prestaciones reconocidas, la **STS de 17 de noviembre de 2005**, u.d., I.L. J 2102, reitera la regla general de que el principio general del sistema español de seguridad social es de de la prescripción, teniendo la imprescriptibilidad un carácter excepcional. En consecuencia es aplicable el plazo de prescripción general a la reclamación de diferencias económicas por la existencia de una base reguladora superior a aquella que fue fijada en el momento de reconocimiento de la prestación, sin que tampoco sean reclamables las diferencias relativas a los últimos cinco años si ya ha transcurrido dicho plazo (inescindibilidad a tales efectos del derecho a la prestación y la determinación de su cuantía). Ello en base al artículo 45 LGSS (“el derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los

cinco años contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinan en la presente ley”). Entre estas excepciones se encuentra el reconocimiento de la pensión de jubilación (artículo 164 LGSS). Ahora bien, en el supuesto concreto, donde la mayor cuantía de la prestación por IPA se reclama intempestivamente, “no pierde su naturaleza por el mero hecho de que la pensión del beneficiario de incapacidad permanente pase a dominarse de jubilación, al cumplir el beneficiario, 65 años, pues el artículo 143.5 LGSS preceptúa que, la nueva denominación ‘no implicará modificación alguna, respecto de las condiciones de la prestación que viniese percibiendo’.

La **STS de 27 de octubre de 2005**, u.d., I.L. J 2200, incide en la cuestión los efectos económicos retroactivos en supuestos del incremento de la base reguladora de una prestación cuanto éste se produce con posterioridad al reconocimiento del derecho a la pensión. En el pronunciamiento se mantiene la doctrina jurisprudencial que interpreta el artículo 43.1 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 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 en 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”.

c') Responsabilidad del pago de las prestaciones

La **STS de 21 de septiembre de 2005**, u.d., I.L. J 1800, delimita las responsabilidades en un supuesto de accidente laboral que da lugar a una IPT, en el supuesto en que el alta en Seguridad Social del trabajador se produce horas después del accidente. Para tales supuestos se considera la existencia de responsabilidad directa de la empresa, por falta de afiliación, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria y del deber de adelantar las prestaciones por la Mutua, o en su caso por la entidad gestora. Se trata de supuestos de infracción del artículo 32.3.1º del RD 84/1996, donde se establece que las solicitudes de alta deberán presentarse por los sujetos obligados con carácter previo al comienzo de la prestación de servicios por el trabajador. Añadiendo el pronunciamiento que se admite el uso de medios electrónicos, informáticos o telemáticos, “pero no como medida excepcional *a posteriori* sino muy al contrario para ser utilizados también previamente cuando el día o días anteriores al comienzo de los servicios fueren inhábiles o si la prestación de servicios se iniciare en horas asimismo inhábiles”.

En supuestos de infracción, la **STS de 18 de noviembre de 2005**, u.d., I.L. J 2064, mantiene el criterio, ya sostenido en supuestos de pensión de jubilación, por el que, a pesar de que el incumplimiento no incide en los requisitos de carencia necesarios para que el trabajador cause el derecho, sí que incide en la cuantía de la prestación. De ahí que no pueda sostenerse que el incumplimiento empresarial no haya tenido repercusión directa en el importe de la prestación económica a recibir por el beneficiario de la Seguridad

Social. Entendiendo que el artículo 126.6 LGSS impone responsabilidad en cuanto al pago de las prestaciones por el incumplimiento de las obligaciones en materia de cotización, entre otras, y que ello abarca también los supuestos de cotización por cantidad inferior a la procedente en la medida que ello influya sobre el importe de una prestación. De ahí que el pronunciamiento concluya con la imposición a la empresa empleadora del beneficiario, “de la responsabilidad proporcional correspondiente al incumplimiento de su deber de cotización, al haberlo hecho en cuantía inferior a la preceptiva, sin perjuicio de la obligación de la entidad gestora de anticipar íntegramente el importe de la pensión”.

d) Dinámica de la protección

La **STS de 15 de septiembre de 2005**, u.d., I.L. J 1690, resuelve una cuestión relativa a la fecha de los efectos económicos de una IPA. En ella se determina si la pensión de IPA ha de abonarse desde la fecha en que terminó la situación de IT por agotamiento del plazo u, opción por la que se inclina, a partir de la fecha de la resolución administrativa que reconoció la prestación. En principio, el artículo 131 bis, núm. 3, párr. 1º, LGSS permite la retroactividad de la declaración hasta el momento del agotamiento del plazo máximo de duración de la IT o del alta médica con propuesta de declaración de incapacidad permanente cuando la pensión reconocida sea superior al subsidio percibido. No obstante, la regla específica del párr. 3º del citado precepto, prevista para el supuesto de que se haya acordado la prórroga extraordinaria (situación en la que continuando la necesidad de tratamiento médico, la situación clínica del interesado haga necesario demorar la calificación), establece que “los efectos de la situación de incapacidad temporal se prorrogarán hasta el momento de la calificación de la incapacidad permanente, en cuya fecha se iniciarán las prestaciones económicas de ésta”. Precepto que, conforme a la Exposición de Motivos de la Ley 66/1997, que incorpora esta regla al artículo 131 bis LGSS, “busca evitar que los efectos de la declaración de invalidez permanente se retrotraiga a una fecha en la que no consta la existencia de lesiones definitivas”.

e) Compatibilidad e incompatibilidades

La **STS de 20 de septiembre de 2005**, u.d., I.L. J 1684, reconoce la compatibilidad de la pensión de IPT para la profesión habitual de “transportista-repartidor autónomo” con el ejercicio de la actividad profesional de gestor administrativo de la empresa de transporte de mercancías por carretera, de la que es titular. Ello porque una y otra actividad responden a actividades profesionales diferentes (profesión “distinta” ex artículo 137.4 LGSS), y el hecho de que ambas actividades concurren en una misma actividad empresarial no desvirtúa el diferente carácter profesional de cada una de ellas. En este sentido, “la unidad referida al ejercicio de una actividad económica (en este caso la empresa de transporte) no supone que se ejercite una sola actividad profesional: no desaparece la peculiar identidad de cada una de las actividades que –correspondiendo a distintas profesiones– conforman en su globalidad dicha actividad económica”.

También la **STS de 10 de octubre de 2005**, u.d., I.L. J 2029, establece la compatibilidad de una IPT para la profesión de cocinera por padecer “afección de mama”, con la de limpiadora o de ayudante de limpieza. En dicho pronunciamiento se reitera el carácter

profesional del sistema de incapacidades (ex artículos 137.2 y 139.2 LGSS), y sobre la regla de compatibilidad (prevista en los artículos 141.1 LGSS y artículo 24.3 OM de 15 de abril de 1969) sostiene que “no es posible someter a nuevo análisis de calificación cada desempeño profesional ulterior a la declaración de la incapacidad permanente total para una determinada profesión porque tal actuación no sólo carecería de soporte normativo alguno, sino que sería contraria a los preceptos recién mencionados”.

C) Lesiones permanentes no invalidantes

En relación a un caso de hipoacusia, la **STS de 2 de noviembre de 2005**, u.d., I.L. J 2092, aplica las reglas de valoración (normas técnicas de experiencia) ya empleadas en la jurisprudencia precedente, consistente en la “guía de valoración del menoscabo permanente”, editada en 1996 por el Instituto Nacional de Medicina y Seguridad en el Trabajo: “1) el nivel de audición a tener en cuenta ha de ser el promedio del resultado de la prueba audiométrica en 500, 1000, 2000 y 3000 hercios, efectuada en “circunstancias de audición ordinarias”; 2) si el menoscabo auditivo es igual o inferior a 25 db no es de apreciar un ‘deterioro’ significativo, como el que supondría la afectación de la zona conversacional”.

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

A) Requisitos del sujeto causante

La **STS de 23 de diciembre de 2005**, I.L. J 226, viene a realizar una labor de síntesis de la doctrina del Alto Tribunal sobre la interpretación evolutiva, y realizada atendiendo sobre todo a criterios teleológicos y humanizadores de los requisitos de alta y carencia. De esta manera establece:

1. Que la garantía para todos los ciudadanos de una protección social suficiente en situaciones de necesidad, establecida como principio rector de la política social en el artículo 41 de la CE, no puede enervar o desvirtuar, en un ordenamiento de la Seguridad Social fundado en la actividad profesional de los asegurados, los requisitos de cotización y de alta o situación asimilada, exigidos para el reconocimiento de las prestaciones del nivel contributivo (SSTS de 25 de julio de 2000 y 10 de diciembre de 2001).
2. No obstante lo anterior, la interpretación de los preceptos que imponen estos requisitos (que se remontan muchos de ellos a los reglamentos de seguridad social de los años sesenta), debe hacerse atendiendo al indicado principio constitucional de protección suficiente.
3. Que hay que tener en cuenta, además, que los cambios en la “realidad social” del mercado de trabajo y de la vida profesional experimentados desde la fecha de aprobación de estos reglamentos a interpretar (circunstancia a considerar en el empleo de uno de los criterios de interpretación indicados en el artículo 3.1 del Código Civil), han sido muy

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

importantes, reduciendo de manera notable la estabilidad de ocupación y aumentando la irregularidad del perfil de la vida activa.

4. Pues bien, esa interpretación evolutiva, realizada atendiendo sobre todo a criterios teleológicos y humanizadores para ponderar las circunstancias de cada caso y evitar situaciones de desprotección, ha permitido al Tribunal Supremo mitigar el rigor de la pura literalidad de la norma, en lo referente a la exigencia del requisito de alta o situación asimilada, principalmente para causar prestaciones por muerte y supervivencia. Y apreciar la existencia de situaciones asimilada al alta, no previstas reglamentariamente y su consideración como “tiempo neutro o paréntesis” excluido del período computable, de acuerdo con los criterios que pueden resumirse así:

– No cabe en ningún caso, la reducción de los períodos de carencia o cotización impuestos en las normas legales y reglamentarias.

– El listado legal de situaciones asimiladas al alta no es exhaustivo, así es de ver en los artículos 125.2 de la LGSS y 36.17 del RD 84/1996, por el que se aprueba el Reglamento General de Afiliación, altas y bajas. Y ello permite entender que desde la aprobación de la Constitución existe una laguna legal que debe ser integrada (STS de 23 de octubre de 1999).

– Los tiempos excluidos del período computable son, en principio, aquellos inmediatamente anteriores al hecho causante, en que el asegurado no pudo cotizar por circunstancias de infortunio o ajenas a su voluntad. La Sala ha considerado como tales:

- La situación de paro involuntario no subsidiado siempre que exista una permanente inscripción como demandante de empleo, porque esta situación acredita el *animus laborandi*, o lo que es igual, “la voluntad de no apartarse del mundo laboral (SSTS de 29 de mayo de 1992, 1 de julio de 1993, 1 de octubre de 2002, 25 de octubre de 2002, 26 de mayo de 2003 y 12 de julio de 2004). Por igual razón cabe también excluir un “interregno de breve duración en la situación de demandante de empleo”, que no es revelador de esa “voluntad de apartarse del mundo laboral (SSTS de 29 de mayo de 1992, 12 de marzo de 1998, 9 de noviembre de 1999, 25 de julio de 2000); por el contrario, no es posible incluir en esta excepción, los casos de voluntaria e injustificada solución de continuidad entre la baja en la Seguridad Social y la inscripción como demandante de empleo o las posteriores interrupciones de esta última situación (STS de 19 de julio de 2001). La valoración de la brevedad del intervalo de ausencia del mercado de trabajo se ha de hacer en términos relativos, que tengan en cuenta el tiempo de vida activa del asegurado, su “carrera de seguro”, y también en su caso, la duración del período de reincorporación al mundo del trabajo posterior a su alejamiento temporal, en definitiva, si su duración es poco significativa en proporción al tiempo de cotización acreditado (SSTS de 25 de julio de 2000 y 18 de diciembre de 2001).

- La antigua situación de invalidez provisional, en la que no existía obligación de cotizar (SSTS de 10 de diciembre de 1993, 24 de octubre de 1994 y 7 de febrero de 2000).

- La percepción de una prestación no contributiva de invalidez en la que tampoco se cotiza (SSTS de 28 de octubre de 1998, 9 de diciembre de 1999, 2 de octubre de 2001 y 20 de diciembre de 2005). Como además argumenta la **STS de 20 de diciembre de 2005**, I.L. J 2218, en todo caso, no sería lógico hacer de peor condición a estos efectos, a los inválidos no contributivos que a quienes perciben auxilios económicos de asistencia de carácter periódico (artículo 22 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, y artículo 9 de la Orden de 31 de julio de 1972), pese a tratarse de un supuesto “de menor entidad a la de aquéllos”; además, en los casos de invalidez no contributiva muestra doctrina tampoco exige que se acredite que el perceptor de una pensión de tal clase deba permanecer luego inscrito como demandante de empleo para considerarle en situación asimilada al alta a estos efectos.
- El período de internamiento en establecimiento penitenciario, con el consiguiente alejamiento del mercado laboral, cuando el recluso ha mostrado durante él, su disponibilidad para el trabajo mediante la realización de servicios personales (SSTS de 12 de noviembre de 1996, 19 de julio de 2001 y 26 de diciembre de 2001).
- La existencia comprobada de una grave enfermedad “que conduce al hecho causante por la que es fundamentalmente explicable que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta” (SSTS de 28 de enero de 1998 y 17 de septiembre de 2004).

En relación con el período de carencia exigido al sujeto causante, la cuestión que resuelve la **STS de 26 de abril de 2005**, I.L. J 1849, se concreta en determinar si los descubiertos en las cuotas del Régimen Especial Agrario por cuenta propia superiores a seis meses permiten o no acceder a las prestaciones por muerte y supervivencia en caso de ser abonadas dichas cuotas por los derechohabientes con posterioridad al hecho causante (en un supuesto en el que el causante adeudaba doce mensualidades correspondientes a años anteriores al del su fallecimiento pero tenía abonadas los seis meses inmediatamente anteriores a la indicada fecha, habiendo sido abonadas por sus familiares las que adeudaba, dentro de los dos meses siguientes).

Esta cuestión ya fue unificada por la STS de 31 de mayo de 2004, cuyo criterio fue posteriormente seguido por la de 9 de noviembre de 2004, y que vino a modificar el criterio mantenido hasta la fecha; en esta nueva doctrina se mantiene que sí se tiene derecho a devengar prestaciones por muerte y supervivencia los causahabientes de trabajadores agrícolas –tanto por cuenta ajena como por cuenta propia–, cuando aun habiendo fallecido el causante con descubiertos de cotización por un período superior a seis meses, estas cotizaciones son abonadas con posterioridad, siempre que se reúnan los demás requisitos para acceder a ellas, y ello a pesar de la estricta regulación legal contenida en el artículo 22 del Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre –regulador del régimen especial agrario, pues considera esta nueva doctrina del Tribunal Supremo, que la citada regulación es contraria al principio de igualdad que se contiene en el artículo 14 de la Constitución, en su comparación con el régimen que de la misma situación se contiene en el Régimen

Especial de Trabajadores por cuenta propia o autónomos. A tal efecto, la sentencia del Pleno decía textualmente: “bajo esta perspectiva, y en la realidad social y jurídica actual, parece que la diferente regulación contenida en el REA y en RETA respecto a la regulación del requisito de estar al corriente en el pago de prestaciones, no es objetiva ni razonable (...). Es, en definitiva, contrario a un principio elemental en materia de obligaciones y contratos, cual es el *do ut des*, que un incumplimiento, relativamente exigido en relación con la cotización total de una vida laboral, prive al asegurado de prestaciones vitales y sustanciales en el conjunto de la homogeneidad de la prestación”.

B) Requisitos de los beneficiarios

En relación con la cuestión de cuándo han de acreditarse reunir los requisitos para causar el derecho a las prestaciones en favor de familiares, si en el momento del fallecimiento del causante, o si también puede acreditarse su existencia en otro momento, la doctrina del Tribunal Supremo se decanta por la primera opción –**STS de 16 de diciembre de 2005**, I.L. J 2180– con el siguiente y acertado argumento: el hecho causante es el hecho que pone en marcha la dinámica protectora de la relación jurídica de la prestación y establece el momento en que se han de cumplir las condiciones generales (artículos 41 y 124 de la LGSS), y las específicas de cada prestación; este hecho causante es relevante, también, a otros efectos, como en general para determinar la legislación aplicable y la de fijar el día a partir del cual se computa el plazo de prescripción del derecho (artículo 43 LGSS). Además la prestación nace cuando se reúnen los requisitos generales y particulares en el momento en que sobreviene el hecho causante, aunque el derecho no se haga efectivo hasta que se produzca la resolución administrativa. Como se ha afirmado doctrinalmente el hecho causante se corresponde con la actualización de la contingencia protegida productora de la situación de necesidad, que afecta a personas que, por reunir los requisitos exigidos legalmente, se constituyen en sujetos causantes de la prestación.

D) Dinámica de la protección

La cuestión que se plantea y resuelve la **STS de 3 de noviembre de 2005**, I.L. J 2058, es la ya abordada por el Alto Tribunal y comentada en estas páginas, sobre si la norma contenida en el inciso final del artículo 43.1 de la LGSS sobre la caducidad de las prestaciones de devengo periódico vencidas y no reclamadas, es aplicable o no a la reposición de la pensión de orfandad a que dio lugar la Ley 24/1997, y que vino a prolongar, en determinados supuestos, la edad pensionable de los huérfanos (artículo 175.2 de la LGSS); el precepto debatido establece que el reconocimiento del derecho a prestaciones de Seguridad Social se producirá “a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud”. Pues bien, en el asunto que resuelve, al beneficiario se le retiró la pensión de orfandad al cumplir los 18 años; a la entrada en vigor de la reforma contenida en la Ley 24/1997, el citado sujeto volvía a reunir los requisitos contenidos en el artículo 175.2 de la LGSS, pero la solicitud de la misma pensión se demora hasta final del año 2002, cuando ya había cumplido los 24 años. Pues como hemos indicado, el Tribunal Supremo sostiene en ya consolidada doctrina (entre otras, SSTs de 21 de enero de 2003, 22 de enero de 2003, 16 de mayo de 2003), que el artículo 43.1 no debe ser excluido de la aplicación al caso, en cuanto que la prestación surgida a partir de la Ley 24/1997, tiene

unos límites y condiciones distintos a la pensión de orfandad ordinaria de los menores de 18 años; concluye el razonamiento del Tribunal Supremo en esta línea jurisprudencial “que la rehabilitación o reposición de la pensión de orfandad para mayores de 18 años, supone el reconocimiento de una prestación nueva y distinta, cuyo régimen jurídico comprende la aplicación del repetidamente citado artículo 43.1 de la LGSS”.

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

M^a. NIEVES MORENO VIDA

ÁNGEL J. GALLEGO MORALES

JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS

JOSÉ MARÍA VIÑAS ARMADA

SUSANA DE LA CASA QUESADA

XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL

Sumario:

1. Cuestiones preliminares. 2. Jurisprudencia contenciosa en materia de Seguridad Social. A) Organización. B) Actas de liquidación. **3. Derecho Administrativo Sancionador.** A) Procedimiento sancionador. B) Actas de la Inspección de Trabajo. Presunción de certeza. C) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias. Infracciones en materia de salud laboral.

1. CUESTIONES PRELIMINARES

En estas páginas damos cuenta de las novedades normativas y jurisprudenciales que se han producido desde nuestra última crónica en el ámbito del Derecho Administrativo Laboral.

En el primer terreno resulta inevitable hacer referencia al Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, aprobado para la mejora del crecimiento y del empleo. Entre las muchas previsiones introducidas por esta norma, algunas de ellas inciden directamente sobre dos aspectos concretos relacionados con la potestad administrativa sancionadora.

De entrada, especial mención merece la tipificación de una nueva infracción administrativa, incorporada como consecuencia de las modificaciones y exigencias introducidas en materia de contratas por el citado RD-Ley 5/2006: en concreto, como fruto de la nueva redacción dada al artículo 42.4 ET, también el legislador ha procedido a añadir un nuevo apartado 12 al artículo 7 del RD Legislativo 5/2000, de forma que ha quedado tipificada como infracción laboral grave la conducta consistente en “no disponer la empresa principal del libro registro de las empresas contratistas o subcontratistas que compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo a que se refiere el artículo 42.4 del Estatuto de los Trabajadores, cuando ello comporte la ausencia de información a los representantes legales de los trabajadores”.

La segunda cuestión abordada por el RD-Ley 5/2006 en la esfera de la fiscalización laboral ha sido la de perfilar algunos aspectos de la planificación de la actuación inspectora, materia esta en la que se incorporan dos nuevas previsiones, de alcance diferente. De una parte, dando cumplimiento a una antigua reivindicación que aspiraba a un reconocimiento normativo generalizado de la participación de los agentes sociales en los planes de acción de la Inspección de Trabajo, la Disposición Final Primera del mencionado Real Decreto-Ley ha establecido el deber de que las organizaciones sindicales y empresariales más representativas sean consultadas y puedan formular propuestas sobre los objetivos y programas del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, tanto en el ámbito de la Administración General del Estado, como de las Comunidades Autónomas: conforme a la norma, dicha participación se instrumentará a través de órganos de representación de carácter consultivo de composición tripartita y paritaria, cuya constitución habrá de regularse en los próximos meses por la Administración estatal y las respectivas Administraciones autonómicas. De otra parte, también la Disposición Adicional Tercera del RD-Ley 5/2006 se ocupa de la elaboración y contenido de los planes de la acción inspectora, si bien, en este caso, con un carácter más específico, limitado a uno de los muchos puntos que pueden ser objeto de control por parte de la Inspección de Trabajo: en concreto, a efectos de facilitar que la fiscalización sobre los incentivos del nuevo Programa de Fomento del Empleo aprobado por el RD-Ley 5/2006 se incluya en la programación de la actividad inspectora y que su vigilancia sea eficaz, el legislador ha ordenado que, con carácter mensual, la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal facilitará a la Dirección General de Inspección de Trabajo y Seguridad Social la información necesaria sobre el número de contratos comunicados objeto de bonificaciones de cuotas, detallados por colectivos, así como cuanta información relativa a las cotizaciones y deducciones aplicadas a los mismos sea precisa, al objeto de controlar la adecuada aplicación de las bonificaciones previstas.

No acaban aquí las novedades normativas relacionadas con la actividad de la Inspección de Trabajo, pues también en esta crónica debe darse cuenta de la aprobación de otra disposición normativa, de menor rango jerárquico que la anterior, pero de enorme trascendencia en la práctica diaria de las empresas; se trata de la Resolución de 11 de abril de 2006, sobre el Libro de Visitas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En esta norma, al margen de recordar y desarrollar algunos aspectos del régimen jurídico del Libro de Visitas, tales como los sujetos obligados a su tenencia o las actuaciones de la Inspección de Trabajo que deben hacerse constar en el mismo, lo más importante es destacar la aprobación de un nuevo modelo de Libro de Visitas —que las empresas deben tener desde el 1 de junio de 2006— y la posibilidad de que se habilite la utilización de un Libro de Visitas electrónico.

Esta puesta al día sobre el estado y aplicación de la normativa administrativa laboral se completa en las próximas líneas con la exposición de los pronunciamientos judiciales dictados en esta materia durante el último período y que aparecen publicados en los números 13, 14, 15 y 16 (2005) de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*. De entre ellos, particular comentario merece la STS de 25 de octubre de 2005, Sala Tercera, I.L. J 1847,

XI. Administración Laboral

en la que se determina el alcance de la responsabilidad de las empresas promotoras en las infracciones de prevención de riesgos cometidas por las empresas contratistas en las obras de construcción [infra, 3.C)].

2. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

A) Organización

Por lo que se refiere a las resoluciones judiciales aparecidas en este ámbito, cabe hacer referencia a las **SSTS de 10 y 22 de noviembre de 2005**, Sala Tercera, I.L. J 1950 y 2014, dictadas con ocasión de los habituales litigios que se producen en torno a los ajustes contables que la Administración ordena efectuar a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales tras practicarles las preceptivas auditorías. El interés de estas sentencias se proyecta en dos sentidos, uno, de índole procesal, y otro, de naturaleza material.

Desde la primera perspectiva, la **STS de 22 de noviembre de 2005**, Sala Tercera, I.L. J 2014, pone de relieve el criterio jurisprudencial a seguir en cuanto al acceso al recurso de casación de las sentencias sobre impugnación de órdenes administrativas de reajuste contable. Al respecto, el Tribunal explica que, a efectos del recurso de casación, ha de considerarse la cuantía de cada uno de los asientos de la auditoría practicada, razón por la cual sólo admite el recurso respecto a aquellas partidas que alcanzan los veinticinco millones de pesetas (artículo 86.2.b) LRJCA):

“es criterio consolidado de esta Sala, recogido en Sentencia de esta Sala de 16 de diciembre de 2003, que en materia de Auditorías, (...), se ha declarado la inadmisión del recurso de casación, respecto a aquellas partidas, que siendo autónomas e independientes del resto de las reclamadas no alcancen el mínimo de cuantía establecido por la Ley de la Jurisdicción, para la admisibilidad del recurso de casación.

En consecuencia, tratándose en dichos motivos segundo, tercero y quinto de partidas independientes del resto de las cuestionadas en el proceso y teniendo una cuantía (8.118.553, 2.505.495 y 2.241.000 pesetas, respectivamente) inferior a los veinticinco millones de pesetas que exige, como mínimo, el artículo 86 de la Ley de la Jurisdicción, para la admisibilidad del recurso de casación, es procedente declarar la inadmisibilidad de dichos motivos de casación”.

Además, sobre la misma cuestión, la Sentencia añade que “ha de tenerse en cuenta que, conforme al artículo 41.3 de la LRJCA, en los casos de acumulación de pretensiones –es indiferente que tenga lugar en vía administrativa o jurisdiccional– aunque la cuantía del recurso venga determinada por la suma del valor de las pretensiones objeto de aquélla, no comunica a las de cuantía inferior la posibilidad de casación”.

Por lo que se refiere a los aspectos materiales, ambas Sentencias se pronuncian sobre la naturaleza e imputación contable de algunos de los gastos efectuados por las Mutuas. Así,

frente al criterio seguido por la Mutua, el contenido de la **STS de 10 de noviembre de 2005**, Sala Tercera, I.L. J 1950, se centra fundamentalmente en confirmar la imposibilidad de que determinados costes sean asumidos por el sistema de la Seguridad Social. En concreto, así lo declara respecto a los gastos por canon satisfecho al Fondo Reintegrable por uso de bienes muebles, pues, conforme a la Orden de 2 de abril de 1984, la imputación de este tipo de gastos al sistema de Seguridad Social sólo está autorizada si se trata de bienes inmuebles, pero no en el caso de bienes muebles. Idéntico criterio sigue la Sentencia respecto a los gastos relativos a planes de emergencia y manuales de autoprotección, ya que, de acuerdo con la legislación vigente, estos gastos deben ser asumidos por las empresas afiliadas a la Mutua, sin que puedan ser cargados al sistema de Seguridad Social. Finalmente, esta misma Sentencia ratifica también como correcta la orden de ajuste referida a otros dos asientos contables: los gastos por complemento de pensión de jubilación —que quedan sujetos a los límites fijados por las Leyes Generales de Presupuestos—; y los gastos de administración delegada, en la medida en que no han quedado justificados.

Por su parte, la **STS de 22 de noviembre de 2005**, Sala Tercera, I.L. J 2014, empieza asimismo afirmando que no corresponde a las Mutuas asumir los gastos por medicamentos y material de laboratorio entregados a las empresas asociadas en concepto de reposición de botiquines, dado que son las propias empresas las que deben facilitar a los trabajadores los medios de prevención y, en consecuencia, son ellas las que deben asumir su coste económico. A su vez, respecto a la provisión para cubrir regularizaciones por exceso de pérdidas en el reaseguro, esta Sentencia corrige el criterio seguido por la Mutua y precisa que las derramas por los resultados desfavorables deben imputarse como gasto “en el ejercicio económico en que se conozca y produzca el ingreso de su importe” (artículo 93 RD 1637/1995):

“la práctica seguida por la Mutua es incorrecta, por cuanto el vigente Plan General de Contabilidad de la Seguridad Social no admite la realización de provisiones como las que la Entidad efectúa, pues son aleatorias al desconocer en el momento de su realización el signo y la cuantía del resultado técnico del reaseguro de exceso de pérdidas, dando como resultado que la Mutua opera con cantidades teóricas a detraer a su libre albedrío, lo que va en contra de cualquier lógica contable, careciendo de todo apoyo legal”.

B) Actas de liquidación

Siguen abundando en esta materia los pronunciamientos del Tribunal Supremo relacionados con el acceso al recurso de casación y al recurso de casación para la unificación de doctrina de las resoluciones dictadas como consecuencia de la impugnación de actas de liquidación. Esta afirmación se constata en las **SSTS de 10 de noviembre de 2005**, Sala Tercera, u.d., I.L. J 1951 y 1952, dictadas en la misma fecha y que nuevamente se han visto obligadas a insistir sobre criterios absolutamente consolidados en la jurisprudencia.

XI. Administración Laboral

Una de las ideas recordadas en estas resoluciones es la aplicación del régimen transitorio de recursos aplicable a sentencias sobre impugnación de actas de liquidación, dictadas por Tribunales Superiores de Justicia con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pero mediante las que se resuelven procesos pendientes antes de esa fecha, cuya competencia, conforme a la citada ley, correspondería ahora a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo (artículos 8.3 y 10.2): respecto a estas situaciones, el Tribunal Supremo vuelve a declarar que el régimen de recursos para estas resoluciones es el fijado en la nueva Ley para las sentencias de segunda instancia, frente a las que, conforme a su normativa, no cabe recurso de casación, ni ordinario ni para la unificación de doctrina.

El segundo punto remarcado por el Tribunal Supremo en las sentencias indicadas gira en torno a las reglas de cuantificación de la pretensión derivada de la extensión del acta de liquidación. En este sentido, las **SSTS de 10 de noviembre de 2005**, Sala Tercera, u.d., I.L. J 1951 y 1952, exponen, una vez más, las pautas a seguir para constatar si la cuantía de la acción interpuesta alcanza los tres millones de pesetas exigidos por la ley para admitir el recurso de casación para la unificación de doctrina (artículos 96.3 y 99.2 LRJCA): de un lado, el Tribunal Supremo remarca que, cuando la impugnación trae origen de varias actas de liquidación —con independencia de que hayan dado lugar a uno o varios actos—, ha de tenerse en cuenta el valor económico individualizado de cada una de las actas, “no pudiendo su suma acceder a la casación ni tampoco comunicar a ninguna tal posibilidad (artículo 41.3 LRJCA)” ; pero es que además, aun en relación a la determinación de la cuantía de cada acta, el Tribunal de otro lado recuerda que, al tratarse de cuotas por débitos a la Seguridad Social, la cifra que debe tomarse en consideración no es el total reflejado en el acta por todo el período liquidado, sino la cuantía correspondiente a cada cuota mensual, computada además únicamente en relación a su débito principal, con exclusión de los recargos.

3. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Procedimiento sancionador

Por lo que se refiere estrictamente a este procedimiento, el pronunciamiento de mayor relevancia es la **STS de 1 de diciembre de 2005**, Sala Tercera, I.L. J 2020, dictada en recurso de casación en interés de ley. Esta Sentencia resulta destacable por cuanto, si bien finalmente desestima el recurso por no apreciar daño grave para el interés general, sí declara el error sufrido por la sentencia recurrida, al no haber aplicado el criterio legal y jurisprudencial que exige agotar la vía administrativa antes de acudir a la vía jurisdiccional. La cuestión se suscita a partir de un supuesto en que, tras la notificación de la resolución administrativa sancionadora por infracción laboral grave, la empresa no interpone recurso administrativo de alzada, sino que directamente presenta recurso contencioso-administrativo. En la resolución de este recurso judicial, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo procedió a su estimación y a la anulación de la resolución sancionadora, en tanto considera que, al haber transcurrido más de seis meses desde la extensión del acta de infracción hasta la notificación de la resolución, el procedimiento administrativo

sancionador debía entenderse que había incurrido en caducidad, razón por la cual carecía de sentido exigir el agotamiento de la vía administrativa, puesto que la Administración en ningún momento podría haber dictado válidamente una resolución sobre el fondo del asunto al estar el procedimiento caducado. Este criterio, sin embargo, no es aceptado por la citada **STS de 1 de diciembre de 2005**, Sala Tercera, I.L. J 2020, que insiste en la necesidad de interponer en plazo el recurso administrativo antes de instar la actuación de la jurisdicción contencioso-administrativa:

“La Sentencia del Juzgado es errónea e inaplica el artículo 25.1 de la Ley de la Jurisdicción. Pues en el caso de autos el defecto de no interposición de recurso en vía administrativa ni siquiera era subsanable a tenor de los artículos 137 y 138 de la Ley de la Jurisdicción, ya que el acto había devenido firme y consentido. Por ello resulta erróneo afirmar que el recurso judicial era simplemente prematuro, y prescindir de la no interposición del recurso administrativo y del carácter firme del acto recurrido en vía contenciosa.”

Importante también, aunque no novedosa en su contenido, es la **STS de 23 de noviembre de 2005**, Sala Tercera, u.d., I.L. J 2015, en la que el Tribunal reitera las reglas a tener en cuenta para que las sentencias sobre impugnación de resoluciones administrativas sancionadoras accedan al recurso de casación, en este caso, para la unificación de doctrina. La Sentencia se dicta con ocasión de una sanción impuesta a un empresario por emplear trabajadores extranjeros sin el preceptivo permiso de trabajo, y al hilo de esta infracción, el Tribunal recuerda los dos siguientes principios: uno, que para fijar el valor de la pretensión ha de tenerse en cuenta el débito principal —en este caso, la multa impuesta—, sin computar los recargos, las costas ni cualquier otra clase de responsabilidad [artículo 42.1.a) LRJCA]; y dos, que la cuantía a considerar es la correspondiente a la sanción individual de cada una de las infracciones, con independencia de que todas ellas traigan origen de una misma acta. Esta última es la razón por la que, aun cuando en el caso la multa impuesta a la empresa supera los doce millones de pesetas por los incumplimientos imputados, la **STS de 23 de noviembre de 2005**, Sala Tercera, u.d., I.L. J 2015, acaba declarando la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina, por no alcanzar cada una de las sanciones los tres millones de pesetas exigidos por el artículo 99 LRJCA:

“el recurso de casación para la unificación de doctrina resulta inadmisibile por razón de la cuantía, pues aunque se trata de una sola acta de infracción, cada una de las infracciones cometidas por el recurrente están perfectamente diferenciadas, y todo ello con independencia de que hayan dado lugar a una o varias actas, por cuanto debe entenderse que es la cuantía individualizada de cada una de las sanciones, y no la suma de todas, la que determina objetivamente la cuantía del proceso contencioso-administrativo a efectos de casación”.

En este apartado, y aun cuando reiteran doctrina consolidada, merece la pena también hacer mención a otras sentencias, que aunque dictadas en principio en procedimientos

distintos al punitivo *stricto sensu*, inciden directamente sobre la normativa o el régimen jurídico del procedimiento administrativo sancionador.

De una parte, es lo que ocurre con diversos pronunciamientos relativos al recargo de prestaciones por incumplimiento de las medidas sobre prevención de riesgos. En unos casos, estas sentencias se limitan a recordar el contenido de determinadas previsiones normativas sobre la indicada materia: las **SSTSJ de La Rioja de 15 de noviembre y de 30 de diciembre de 2005**, I.L. J 2305 y 2287, reiteran el alcance de los artículos 123 LGSS, 42.3 LPRL y 27 RD 928/1998, y en virtud de ellos, declaran que la imposición de este recargo es perfectamente compatible con la responsabilidad administrativa o penal, no existiendo en tal supuesto vulneración del principio *non bis in idem*; por su parte, las **SSTSJ de Castilla y León (Valladolid) de 5 de diciembre de 2005**, I.L. J 2285 y **de Extremadura de 20 de octubre de 2005**, I.L. J 2323, alegan la aplicación del artículo 42.5 LISOS, por el que la sentencia de la jurisdicción social queda vinculada a los hechos fijados por la sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, relativa a infracciones empresariales de la normativa sobre prevención de riesgos. Aun cuando aplican jurisprudencia ya expuesta en crónicas anteriores, más trascendencia presentan la **STS de 25 de octubre de 2005**, Sala Cuarta, u.d., I.L. J 1934, y la **STSJ de La Rioja de 30 de diciembre de 2005**, I.L. J 2287, que delimitan el ámbito de aplicación del artículo 3.2 LISOS, por el que se prevé la suspensión del procedimiento administrativo sancionador cuando las infracciones detectadas pueden ser constitutivas de ilícito penal. Estas Sentencias reiteran la doctrina ya sentada por el Tribunal Supremo en resoluciones previas y que, en síntesis, viene a decir que el procedimiento administrativo para la imposición del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad carece de naturaleza sancionadora, de ahí que no le sea aplicable el artículo 3.2 LISOS y que, en consecuencia, carezca de fundamento legal la previsión del artículo 16.2 de la OM de 18 de enero de 1996, por el que se dispone la suspensión del expediente administrativo de recargo de prestaciones cuando los hechos que le han dado origen están siendo objeto de un proceso penal. En los casos enjuiciados en que la Administración paralizó el procedimiento administrativo hasta la finalización de las diligencias penales, la aplicación de esta doctrina conduce al Tribunal Supremo y al TSJ de La Rioja a declarar la caducidad del expediente administrativo y la consiguiente nulidad de la resolución administrativa que había impuesto el recargo de prestaciones.

De otra parte, pero en un ámbito distinto, la **STS de 25 de octubre de 2005**, Sala Cuarta, u.d., I.L. J 1932, reitera la doctrina unificada por las SSTs de 2 de julio y 21 de octubre de 2004, también reflejada en su momento en esta revista y que, en este caso, se encarga de aclarar que el proceso laboral de oficio ex artículo 149 LPL, con origen en la impugnación de un acta de infracción, no está sujeto al plazo de prescripción de un año previsto en el artículo 59.1 ET, sino que, una vez reanudado el procedimiento administrativo sancionador, habrá de ser en su ámbito donde se alegue y debata la posible prescripción del derecho de la Administración a sancionar la específica conducta imputada. Por ello, en el supuesto, el Tribunal Supremo estima el recurso y procede a la anulación de la resolución recurrida, en tanto ésta había confirmado la prescripción de la acción de oficio por el transcurso de plazo superior a un año.

B) Actas de la Inspección de Trabajo. Presunción de certeza

En esta materia hay que hacer alusión a tres sentencias en las que se delimita la eficacia probatoria de las actuaciones de la Inspección de Trabajo en el orden jurisdiccional social. Uno de estos pronunciamientos es la **STSJ de La Rioja de 15 de noviembre de 2005**, I.L. J 2305, en la que la confirmación de la resolución administrativa de imposición del recargo de prestaciones se justifica por el valor preferente otorgado a los hechos acreditados en el acta de infracción, recordando a este respecto que, conforme a reiterada jurisprudencia, la presunción de certeza otorgada normativamente a estas actas encuentra fundamento en la imparcialidad y especialización que, en principio, debe reconocerse al Inspector actuante. Ahora bien, las otras dos sentencias recopiladas permiten constatar que, si bien los documentos redactados por la Inspección de Trabajo alcanzan en el proceso laboral un valor probatorio importante, éste no resulta absoluto: así se aprecia en la **STSJ de Asturias de 29 de abril de 2005**, I.L. J 1746, relativa al alta de oficio en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos practicada por la Tesorería a raíz de las actas de liquidación e infracción extendidas; y asimismo, la misma temática aparece en la **STSJ de Navarra de 31 de mayo de 2005**, I.L. J 1750, sobre la impugnación del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, impuesto previo informe de la Inspección de Trabajo y confirmado en la resolución de instancia. Ambos pronunciamientos insisten sobre dos ideas consolidadas entre los tribunales laborales.

La primera consiste en recordar que las actas e informes de la Inspección de Trabajo no constituyen documentos suficientes por sí solos para proceder a la revisión de los hechos declarados probados por el juez de instancia, pues, como afirma la **STSJ de Asturias de 29 de abril de 2005**, I.L. J 1746:

“en vía judicial, las actas de Inspección no gozan de mayor relevancia que los demás medios de prueba admitidos en derecho ni prevalecen necesariamente frente a otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas. A la Juzgadora a quo compete formar su convicción sobre la base de una valoración o apreciación razonada de todas las pruebas practicadas (artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral)”.

Además, a efectos también de rechazar la pretensión revisoria del recurrente, las Sentencias citadas efectúan una segunda afirmación, también suficientemente conocida, respecto al alcance limitado de la eficacia probatoria de las actas. Al respecto, el TSJ de Asturias recuerda que la presunción de certeza de las actas de la Inspección de Trabajo “sólo alcanza a los hechos constatados por el inspector, no a las apreciaciones globales, juicios de valor o calificaciones jurídicas”, al margen de que, en el caso, el actor logró destruir dicha presunción mediante la prueba desplegada en el juicio, demostrando que el contenido del acta no se ajustaba a la realidad. En sentido similar, la **STSJ de Navarra de 31 de mayo de 2005**, I.L. J 1750, abunda en el valor restringido de los documentos extendidos por la Inspección de Trabajo —en este caso, un informe—, al manifestar que “el funcionario actuante se limita a constatar lo que otros le dicen o lo que él razona o concluye como

resultado de su intervención, lo que integra y constituye testimonio de referencia o de valoraciones sin efectos vinculantes”.

C) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias. Infracciones en materia de salud laboral

Por lo que se refiere a las concretas infracciones tipificadas en la LISOS y su régimen jurídico, hay que hacer especial referencia a un pronunciamiento judicial en que el Tribunal Supremo esclarece el alcance de la responsabilidad de los promotores de obra cuando la empresa contratista con la que ha concertado la ejecución de la construcción o las empresas subcontratadas incurren en incumplimientos de la normativa sobre prevención de riesgos: se trata de la **STS de 25 de octubre de 2005**, Sala Tercera, I.L. J 1847, dictada en recurso de casación frente a una sentencia de instancia que había anulado la resolución administrativa sancionadora por la que se había impuesto a una determinada empresa promotora la responsabilidad solidaria respecto a diversas infracciones en materia de seguridad y salud laboral. Centrado el debate sobre una de las infracciones sancionadas –la única que por su importe de 30.000.000 de pesetas tiene acceso al recurso de casación por razón de la cuantía–, el Tribunal Supremo confirma la resolución recurrida, en tanto ratifica los argumentos por los que en la instancia se destruyen los tres pilares o fundamentos en los que la Administración sustentó la responsabilidad solidaria de la empresa promotora.

De un lado, la **STS de 25 de octubre de 2005**, Sala Tercera, I.L. J 1847, descarta que la empresa promotora de una obra en construcción asuma el carácter de empresario principal en el marco de una contrata, razón por la que resulta imposible imponerle la responsabilidad solidaria que la normativa atribuye a estos sujetos en el hoy derogado artículo 42.2 LPRL, de contenido equivalente al vigente artículo 42.3 LISOS. Para fundamentar esta afirmación, el Tribunal Supremo arguye que, en las obras en construcción, el RD 1637/1997, de 24 de octubre, atribuye a los contratistas y subcontratistas –y no a los promotores– la condición de “empresarios” a los efectos previstos en la normativa de prevención de riesgos, siendo el contratista quien debe ser considerado como “empresario principal” cuando subcontrata los trabajos. Dicho en sus propias palabras, el Tribunal Supremo afirma que:

“estas previsiones del Real Decreto 1637/1997, resultan confirmadas por lo dispuesto en el Real Decreto 171/2004 que atribuye la condición de empresario principal al contratista y vuelve a reiterar que los contratistas y subcontratistas tienen la condición de empresario y responden solidariamente, como así lo había declarado el artículo 11 del Real Decreto 1637/1997”.

De otro lado, tampoco la responsabilidad solidaria de la empresa promotora puede fundamentarse en su pertenencia al mismo grupo empresarial que la empresa contratista. A este respecto, el Tribunal Supremo ratifica la argumentación de la sentencia de instancia, que, aplicando jurisprudencia consolidada, había recordado que la mera pertenencia a un mismo grupo de empresas no genera la responsabilidad solidaria entre ellas, sino que además es necesario la concurrencia de una serie de indicios adicionales recopilados por el Tribunal Supremo –confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de dirección empresarial, etc.–, que no se ha demostrado concurren en este caso.

Por último, frente a la alegación de la Administración de que la empresa promotora actuó como contratista parcial directo, el Tribunal Supremo aduce que, en la medida en que la sentencia recurrida declara probado que la ejecución de la obra fue realizada por una empresa contratista concreta y que el promotor no actuó como contratista parcial, resulta necesario volver a negar cualquier tipo de responsabilidad de la empresa promotora.

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) Contratación administrativa. B) Reconocimiento de incapacidad. C) Expediente de regulación de empleo. D) Personal civil en instalaciones militares. E) Mensajeros. F) Audiencia al Comité de Empresa. G) Prestaciones de la Seguridad Social. **3. Jurisdicción laboral. Incompetencia.** A) Inexistencia de relación laboral: administrador social. B) Personal de las Administraciones Públicas. C) Acoso sexual: indemnización de daños y perjuicios. **4. Conciliación extrajudicial. FOGASA. 5. Demanda.** A) Variación de la demanda. B) Archivo de la demanda. **6. Excepciones.** A) Caducidad. B) Cosa juzgada. C) Falta de legitimación activa. D) Inadecuación de procedimiento. E) Litisconsorcio pasivo necesario. F) Litispendencia. G) Prescripción. **7. Práctica de la prueba. Denegación. 8. Sentencia. Incongruencia.** A) Existencia. B) Inexistencia. **9. Despido. Salarios de tramitación.** A) Incapacidad temporal. B) Extinción anticipada de contrato temporal. C) Nulidad de la resolución administrativa que autorizó un despido colectivo. D) Reclamación al Estado. Tramitación de querrela. E) Exención. Error excusable. **10. Recurso de suplicación.** A) Afectación general. B) Cuantía litigiosa. **11. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** A) Falta de contenido casacional. B) Necesidad de invocar la infracción legal. C) Ausencia de contradicción. D) Escritos de interposición. Requisitos. E) Cuantía litigiosa. Cuotas por débitos a la Seguridad Social. **12. Recurso de casación.** A) Modificación de hechos probados. B) Inadmisibilidad de cuestiones nuevas. **13. Recurso de revisión.** A) Maquinación fraudulenta. B) Documentos que habilitan el recurso. C) Otros requisitos. **14. Recurso de amparo. Agotamiento de la vía judicial. Previo incidente de nulidad de actuaciones.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las resoluciones judiciales de especial interés que se refieren a cuestiones del proceso laboral, y que han sido publicadas en los números 13 a 16 (ambos inclusive) del año 2005 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) Contratación administrativa

Las STSJ de Galicia de 6 de abril de 2005, I.L. J 1650, reafirma (invocando las SSTs de 2 de marzo de 1998, 20 de febrero de 1998, 13 de julio de 1998, 18 de febrero de 1999, 29 de marzo de 1999 y 26 de julio de 1999) la competencia del orden social para calificar la naturaleza de las relaciones de servicios acogidas formalmente al contrato administrativo para la realización de trabajos específicos para las Administraciones Públicas, regulados en el Real Decreto 1465/1985, cuando en dicha contratación existe una desviación evidente del cauce legal previsto para atender a tal supuesto.

B) Reconocimiento de incapacidad

El orden social ostenta la competencia para conocer de las pretensiones de nulidad del expediente administrativo de reconocimiento de incapacidad, puesto que se trata de una materia propia de Seguridad Social y, en otro caso, se provocaría un vacío de control jurisdiccional incomprensible, conforme declara la STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2005, I.L. J 1770.

C) Expediente de regulación de empleo

Para la STS de 17 de octubre de 2005, Sala Tercera, I.L. J 1831, el orden social es el competente para declarar –por remisión de la autoridad laboral– la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión de un acuerdo alcanzado en un expediente de regulación de empleo.

D) Personal civil en instalaciones militares

La STS de 17 de octubre de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 1860, considera que el orden social de la jurisdicción es competente para conocer de la demanda deducida por la extinción de contratos de personal civil contratado laboralmente por el Ministerio de Defensa para cederlo a las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos, aunque la extinción traiga causa de una decisión administrativa adoptada por el Ministerio de Defensa en un expediente de reducción del cuadro numérico. Del mismo modo, la STS de 27 de julio de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 1786, afirma la competencia del orden social para conocer de la extinción del contrato de una profesora contratada por el Ministerio de Defensa bajo sucesivos contratos anuales para impartir clases de inglés en la Escuela de la Armada, puesto que,

XII. El Proceso Laboral

aunque la concreta modalidad contractual utilizada se denominaba “contrato administrativo”, su naturaleza no se correspondía sino con la de un contrato de trabajo.

E) Mensajeros

La STS de 19 de diciembre de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 2183, afirma la competencia del orden social de la jurisdicción para enjuiciar las controversias derivadas de la relación jurídica entre una empresa de mensajería y una persona que desarrollaba trabajos para aquélla, utilizando un vehículo propio que no superaba las dos toneladas métricas y en el que llevaba instalada una radio propiedad de la empresa y figuraba la marca de ésta. El demandante vestía el uniforme de la demandada, no asumía riesgo o ventura alguno y prestaba sus servicios con jornada flexible. Con esos antecedentes, el TS considera de naturaleza laboral de la relación entre las partes.

F) Audiencia al comité de empresa

La STS de 19 de diciembre de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 2168, casa y anula una sentencia del TSJ Andalucía que declaraba incompetente a la jurisdicción social para el conocimiento de una pretensión relativa al incumplimiento por la empresa demandada de la obligación de consulta al comité de empresa en relación con la implantación de un sistema de control de horarios.

G) Prestaciones de Seguridad Social

En una demanda interpuesta contra entidades gestoras de la Seguridad Social españolas y contra sociedades domiciliadas en Venezuela, Panamá y Suiza por un trabajador de nacionalidad española contratado por una empresa extranjera para prestar servicios en Venezuela, la STS de 28 de diciembre de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 2258, considera que los Tribunales de lo social españoles tienen competencia para conocer de las reclamaciones frente a las entidades gestoras españolas, pero que esa competencia no se extiende a las reclamaciones contra las sociedades extranjeras demandadas, por cuanto, en relación con ellas, no se da ninguno de los puntos de conexión en los que se fundamenta la competencia de los Tribunales españoles en esta materia y no tienen la posición de litisconsortes necesarios en ese pleito.

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

A) Inexistencia de relación laboral: administrador social

La STSJ de Galicia de 27 de mayo de 2005, I.L. J 1652, declara la inexistencia de relación laboral entre una sociedad y su administrador solidario que es, al mismo tiempo, propietario del 33% de su capital social, siendo el orden social incompetente para enjuiciar el cese de dicho administrador. Lo mismo sucede en el caso de un presidente del consejo de administración, si bien, la STSJ de Navarra de 31 de mayo de 2005, I.L. J 1751, reconoce la existencia de una relación laboral ordinaria subyacente anterior a dicho nombramiento.

B) Personal de las Administraciones Públicas

La STS de 5 de octubre de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 1809, considera que la impugnación de los actos de las Administraciones Públicas en materia de selección de personal corresponde al orden contencioso-administrativo, aún en los supuestos en los que se trate de contratación laboral. Por su parte, la decisión de los conflictos entre el personal estatutario y las comunidades autónomas corresponde a los Juzgados y Tribunales de lo contencioso-administrativo, conforme se afirma en las SSTs de 16 de diciembre de 2005 (dos), I.L. J 2088 y 2172, y en la STS de 21 de diciembre de 2005, I.L. J 2159, todas ellas de la Sala Cuarta. Por su parte, partiendo de la misma doctrina judicial, la STSJ de Navarra de 26 de mayo de 2005, I.L. J 1748, declara la incompetencia del orden social para conocer del cese de personal contratado bajo contratos administrativos, cuando en dicha contratación se cumplen las exigencias legalmente previstas para su realización.

C) Acoso sexual: indemnización de daños y perjuicios

La interesante STS de 5 de junio de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 1776, se pronuncia sobre un supuesto en el que, en el marco de un procedimiento de tutela de derechos fundamentales, se solicitaba una indemnización por daños y perjuicios derivados de acoso sexual, al mismo tiempo que se seguía causa penal por esos mismos hechos en la que se ejercitaba, asimismo, la acción civil de responsabilidad. El Tribunal Supremo declara que el orden jurisdiccional social es competente para conocer y decidir las pretensiones relacionadas con la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, con independencia de que los mismos hechos sean enjuiciados ante diferentes órdenes jurisdiccionales. Sin embargo, el Tribunal Supremo rechaza que el orden social pueda conocer de la pretensión resarcitoria ejercitada en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales cuando esta pretensión se está instando simultáneamente en el procedimiento penal.

4. CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL. FOGASA

La STSJ de Madrid de 24 de mayo de 2005, I.L. J 1659, recuerda que para que el FOGASA sea responsable del pago de salarios en el caso de insolvencia empresarial, es suficiente con que los mismos consten reconocidos en una conciliación administrativa o judicial. Sin embargo, cuando se trata de indemnizaciones por despido o cese, deben estar acordadas en sentencia judicial o resolución administrativa.

5. DEMANDA**A) Variación de la demanda**

La STSJ de Cataluña de 5 de mayo de 2005, I.L. J 1645, establece que el juez de instancia no debía haber considerado una de las alegaciones efectuadas en el acto de juicio, puesto

que se trataba de una cuestión no alegada en la reclamación administrativa previa, y cuando tampoco se había concedido la palabra a la parte demandada en el acto de juicio para contestar a esta concreta cuestión.

B) Archivo de la demanda

La STC 289/2005, de 7 de noviembre (recurso de amparo 7715/2003), I.L. J 1957, otorga el amparo solicitado y declara la nulidad de las actuaciones de un Juzgado de lo Social que archivó una demanda al considerar no subsanados unos defectos y omisiones que eran, de hecho, cuestiones de fondo. Así, esta sentencia establece que “(...) el artículo 81.1 LPL se refiere en exclusiva a los contenidos estrictos que para la demanda dispone el artículo 80 LPL, resultando improcedente en términos de acceso al proceso el archivo por defectuosa subsanación cuando lo requerido extralimite aquéllos, sea cual sea el propósito al que responda el exceso cometido por el requerimiento judicial (...)”.

6. EXCEPCIONES

A) Caducidad

La SAN de 4 de abril de 2005, I.L. J 1755, desestima la excepción de caducidad alegada, ya que la acción de tutela de libertad sindical no está sujeta a ningún plazo de caducidad, sino al de prescripción de un año. Por su parte, se desestima por la STS de 10 de octubre de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 1871, la demanda de revisión interpuesta, al entenderse caducada por cuanto habían transcurrido más tres meses desde el día en que se descubrieren los documentos decisivos. A su vez, la STS de 6 de octubre de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 1826, aplica la “doctrina de carácter excepcional” establecida en la STS de 28 de junio de 1999 para afirmar que no hay caducidad de la acción al haberse suspendido el transcurso del plazo por el intento de conciliación, aun cuando lo procedente era la reclamación previa, y ello al concurrir los siguientes requisitos: (i) voluntad impugnatoria del trabajador; (ii) que la empleadora tenga conocimiento con anterioridad a la demanda de la papeleta de conciliación, y (iii) que no se haya indicado al litigante la vía impugnatoria previa oportuna. Cuando lo que se discute es una diferencia en el importe del subsidio de incapacidad temporal no se aplica el plazo de caducidad de un año (artículo 44 LGSS) sino el plazo de prescripción de cinco años (artículo 43 LGSS); así lo ha declarado la STS de 24 de octubre de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 1980. En materia de impugnación de modificación de las condiciones de trabajo, la STS de 2 de diciembre de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 2151, no estima la aplicación del plazo de caducidad del artículo 138 LPL puesto que el empleador no respetó las exigencias formales del artículo 41 del ET.

B) Cosa juzgada

La SAN de 11 de abril de 2005, I.L. J 1756, desestima la excepción de cosa juzgada: en los litigios precedentes sobre descuento salarial por participación en una huelga, el sindicato CGT (que ha instado el conflicto colectivo) no fue parte. En una reclamación salarial posterior a un proceso por despido, la STSJ de Murcia de 30 de mayo de 2005, I.L.

J 1771, establece que “(...) la fijación del salario en los hechos probados de la sentencia de despido, no puede ser nuevamente discutido, pues atentaría a la cosa juzgada material (...)”. Igualmente, la **STS de 11 de octubre de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 1976, aplica el efecto negativo de la cosa juzgada respecto de procedimientos en que se discute la base reguladora de una pensión de incapacidad permanente, por cuanto dicha base reguladora ya se había determinado en un procedimiento anterior en que se dictaminó el grado de incapacidad correspondiente. Por otra parte, la competencia del orden jurisdiccional social es declarada por la **STS de 19 de diciembre de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 2165; a tales efectos esta sentencia aplica el efecto positivo de la cosa juzgada derivada de una resolución judicial firme anterior que declaraba la existencia de una relación laboral de carácter indefinido. Finalmente, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 22 de noviembre de 2005**, I.L. J 2292, aplica el efecto positivo de la cosa juzgada a pesar de que en el primer procedimiento el FOGASA no había sido parte, y ello en tanto se considera que la identidad subjetiva necesaria se cumple en el caso del FOGASA por tratarse de uno de los supuestos en los que, en aplicación del artículo 222.4 LEC, la cosa juzgada se extiende a ellos por disposición legal.

C) Falta de legitimación activa

La **STS de 10 de octubre de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 1904, reconoce 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 (...)”. Recordando la jurisprudencia del TS, la **STS de 15 de noviembre de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 2126, confirma la legitimación para recurrir a pesar de haber obtenido un fallo absolutorio, siempre que se haya visto también rechazada alguna excepción que tuviera interés en sostener. La **STS de 15 de noviembre de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 2063, declara la legitimación activa de la Mutua de Accidentes de Trabajo para demandar contra una resolución del INSS relativa a situaciones sucesivas de incapacidad temporal, al evidenciarse un interés legítimo material de la Mutua. Por otra parte, la **STS de 10 de octubre de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 2090, declara la falta de legitimación activa del demandante: éste pretendía representar a una sección sindical mediante apoderamiento conferido por el representante legal del sindicato al que correspondería dicha sección sindical. El TS declara que tal representación corresponde a todos los efectos a los delegados sindicales. La **STS de 7 de diciembre de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 2210, desestima la demanda de revisión interpuesta al apreciar falta de legitimación activa del demandante puesto que ni fue parte en el procedimiento del que se derivó la sentencia firme cuyo rescisión se solicita, ni se evidencia el interés del demandante en rescindir la sentencia.

D) Inadecuación de procedimiento

La **SAN de 7 de febrero de 2005**, I.L. J 1710, desestima la excepción de inadecuación de procedimiento al considerar que sí es adecuado el procedimiento de conflicto colectivo,

al tratarse de la interpretación de una norma que afecta de manera homogénea e indiferenciada a un grupo genérico de trabajadores, y ello con fundamento en la STS de 1 de junio de 1992. Igualmente, la **SAN de 25 de febrero de 2005**, I.L. J 1717, considera adecuado el procedimiento de impugnación de convenio colectivo, puesto que no se postula la interpretación de los puntos controvertidos del Acuerdo colectivo, sino su erradicación del mismo.

E) Litisconsorcio pasivo necesario

La **STSJ de Asturias de 18 de marzo de 2005**, I.L. J 1726, en un procedimiento por despido contra el cese en un puesto interino por provisión de la plaza por un trabajador fijo, rechaza la existencia de litisconsorcio pasivo necesario: no se considera necesaria la presencia del trabajador que pasa a ocupar la plaza, ya que ello sólo sería preceptivo si el objeto del litigio fuera el de determinar quién tiene mejor derecho a ocuparla de forma interina.

F) Litispendencia

No es acogida la excepción de litispendencia en un proceso de despido por hallarse en trámite un proceso por cesión ilegal entre las mismas partes, ya que no son acciones de la misma naturaleza. Así lo declara la **STS de 19 de septiembre de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 1683. En el mismo sentido se pronuncian la **STS de 20 de septiembre de 2005**, I.L. J 1673, así como la **STS de 30 de septiembre de 2005**, I.L. J 1799, y la **STS de 5 de diciembre de 2005**, I.L. J 2209, todas ellas de la Sala Cuarta.

G) Prescripción

La **STS de 21 de septiembre de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 1678, declara que las acciones relativas al impago de cantidades derivadas de acuerdos de prejubilación están sometidas al plazo de prescripción de un año dispuesto en el artículo 59.2 ET. Respecto a las acciones contra la subrogación empresarial por el cambio de adjudicatario de los servicios de *handling* aeroportuarios, en las que se solicita la reincorporación en su anterior empleador, la **STS de 21 de septiembre de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 1675, declara que están sometidas al plazo de prescripción de un año del artículo 59.1 ET. A su vez, la **STS de 11 de octubre de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 1912, desestima la prescripción alegada respecto de una falta muy grave cometida por un directivo: el plazo previsto para imponer la correspondiente sanción no empieza a computarse hasta que no concluya la auditoría efectuada por la empresa para el pleno conocimiento de los hechos. Por su parte, la **STS de 25 de octubre de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 1932, en relación con una demanda de oficio interpuesta por la Comunidad Autónoma de Madrid para que se declarase la existencia de una cesión ilegal de trabajadores, entiende que “(...) la prescripción que en su caso pueda alegarse no será la prevista para supuestos diferentes contemplados en el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores (...) sino la específica de la conducta que se pretenda sancionar (...)”. La **STS de 21 de julio de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 1841, confirma que la acción de tutela del derecho fundamental de libertad sindical está sometida al plazo de prescripción de un año del artículo 59 ET ya que, según la doctrina del TC, “(...) la imprescriptibilidad de los

derechos fundamentales como derechos de la persona no es óbice para que, tanto en aras de la seguridad jurídica como para asegurar la protección de los derechos ajenos, el legislador establezca plazos de prescripción determinados para las acciones utilizables frente a la vulneración concreta de uno de estos derechos (...)”. En sede de acoso sexual, la **STS de 5 de junio de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 1776, declara que el ejercicio de la acción resarcitoria en el orden penal interrumpe la prescripción de la misma acción en el orden social. La **STS de 17 de noviembre de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 2102, establece que las reclamaciones de prestaciones de incapacidad permanente están sometidas al plazo de prescripción de cinco años establecido en la LGSS, no considerándose imprescriptibles a pesar de que su beneficiario haya cumplido 65 años y la prestación haya pasado a denominarse pensión de jubilación. A su vez, la **STS de 26 de diciembre de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 2240, declara que el *dies a quo* para la acción resarcitoria de daños y perjuicios (provocados en un accidente de trabajo) se corresponde con la fecha de la sentencia en que se establezca la incapacidad del actor y no con la fecha de la resolución previa del INSS. Finalmente, la **STSJ de Valencia de 1 de julio de 2005**, I.L. J 2320, desestima la excepción de prescripción al considerar que el despido disciplinario por bajo rendimiento respetó el plazo de “prescripción corta” de 60 días, avalando esta conclusión el hecho de que la empresa no actuase tras la carta previa de advertencia dirigida al actor, hasta tener el suficiente conocimiento de los hechos.

7. PRÁCTICA DE LA PRUEBA. DENEGACIÓN

La **STS de 20 de septiembre de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1790, razona sobre la nulidad de actuaciones en un supuesto en el que se denegó la práctica de una prueba pericial médico forense solicitada en tiempo y forma. El TS analiza si el artículo 93.2 LPL cuyo tenor literal es “El órgano judicial, de oficio o a instancia de parte, podrá requerir la intervención de un médico forense, en los casos en que sea necesario su informe”, implica una facultad discrecional del Juez de instancia (el término “podrá” de la disposición podría llevar a tal interpretación) sin necesidad de manifestar las razones de su rechazo, como así lo entendió la sentencia de suplicación recaída en este caso. El TS declara que, si bien son los Jueces y Tribunales los que han de valorar la prueba propuesta, éstos vienen obligados a resolver sobre su admisión y, en su caso, fundamentar su rechazo de forma que las partes puedan rebatirlo con los recursos a su alcance. Lo contrario implica infringir las garantías procesales, produciendo indefensión. En consecuencia, el TS declara la nulidad de actuaciones a partir de la citación de las partes a juicio.

8. SENTENCIA. INCONGRUENCIA

A) Existencia

En el Fundamento Jurídico 4º de la **STC 250/2005, de 10 de octubre** (recurso de amparo 6297/2003), I.L. J 1754, se arrojan interesantes reflexiones sobre la modalidad de incongruencia por omisión o *ex silentio*, con cita de concreta doctrina constitucional al respecto.

XII. El Proceso Laboral

Entre otras reflexiones, la STC expone que “(...) es preciso ponderar las circunstancias realmente concurrentes en cada caso para determinar si el silencio de la resolución judicial representa una auténtica lesión del artículo 24.1 CE o, por el contrario, puede interpretarse razonablemente como una desestimación tácita que satisface las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (...) Pues la existencia de congruencia ‘no comporta que el Juez haya de quedar vinculado rígidamente al tenor literal de los concretos pedimentos articulados por las partes en sus respectivos escritos forenses o a los razonamientos o alegaciones jurídicas esgrimidas en su apoyo’ (...)”. La notoria insuficiencia de hechos probados de la sentencia de instancia, en un procedimiento de reconocimiento de invalidez permanente total, lleva también a entender a la **STSJ de Murcia de 21 de marzo de 2005**, I.L. J 1729, la existencia de incongruencia omisiva. Se declara pues la nulidad de actuaciones por cuanto el relato fáctico de la sentencia no contiene en absoluto los datos precisos y necesarios para que se pueda conocer del debate en las sucesivas instancias. A su vez, la **STSJ de Murcia de 21 de marzo de 2005**, I.L. J 1730, también estima la incongruencia omisiva de la sentencia de instancia: ésta no decide sobre un punto controvertido (duración máxima de ciertos contratos temporales), habiendo desestimado la demanda por despido. El TSJ entiende que esta cuestión ni siquiera está implícitamente resuelta en la sentencia, no pudiendo por tanto la Sala entrar a entender de la misma al configurarse materialmente como una cuestión nueva.

B) Inexistencia

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 20 de mayo de 2005**, I.L. J 1641, declara la inexistencia de incongruencia, concluyendo que la Magistrada *a quo* no traspasó en su resolución las fronteras del debate establecido entre las partes, sino que se limitó a llegar a una conclusión lógica al aplicar la vigente doctrina del TS —la cual impide asumir los criterios comparativos que pretenden usarse por los recurrentes—. Tampoco existe incongruencia en el caso analizado por la **STS de 19 de diciembre de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 2216, que dice textualmente “(...) la sentencia, tras constatar los hechos que declara probados, concluye que no hubo lesión de los derechos fundamentales con motivación suficiente y cita de los preceptos legales aplicables al supuesto debatido, no existiendo por tanto la violación pretendida (...) ni ha concedido [el fallo] más de lo pedido (*ultra petita*), ni algo distinto de lo solicitado (*extrapetita*) sino que ha respondido a lo pedido (...)”.

9. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

A) Incapacidad temporal

La **STSJ de Galicia de 12 de mayo de 2005**, I.L. J 1649, reitera la doctrina de la Sala de lo Social del TS en relación con el devengo de salarios de tramitación en los casos en los que el trabajador se encuentra en situación de IT. Dice literalmente el TSJ que el trabajador “(...) tiene derecho al subsidio de IT y no a ambas prestaciones [refiriéndose a los salarios de tramitación] de forma simultánea, pues ‘si no subsiste la obligación de satis-

facen salarios tampoco cabría aplicar la medida compensatoria para reparar un quebranto inexistente' (...)"

B) Extinción anticipada de contrato temporal

Una trabajadora que prestaba servicios bajo un contrato de interinidad fue despedida antes de finalizar la vigencia de dicho contrato. El Juez *a quo* declaró el despido improcedente y condenó a la empresa a optar entre indemnizar o readmitir a la actora, así como al abono de los salarios de tramitación hasta la notificación de la sentencia. En suplicación se confirma la condena a los salarios de tramitación. La **STS de 10 de marzo de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 1838, razona sobre la extensión de los salarios de tramitación en estos supuestos y declara, con fundamento en doctrina unificada, que "(...) cuando el despido de un trabajador temporal se produce y es declarado improcedente, los salarios de tramitación sólo alcanzan hasta el momento en que dicho contrato debió de extinguirse por alguna de las causas legales o pactadas que válidamente producen su extinción (...)".

C) Nulidad de la resolución administrativa que autorizó un despido colectivo

La **STS de 22 de noviembre de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 2068, analiza un supuesto de despido improcedente acaecido tras declararse la nulidad de una resolución administrativa que en su día autorizó un expediente de regulación de empleo. El TS, con fundamento en sus Sentencias de 21 de diciembre de 2001 y de 17 de enero de 2002, declara que el tiempo transcurrido entre la fecha en que se produjo la extinción del contrato de trabajo al amparo de la autorización administrativa y la de la declaración de nulidad de dicha autorización, debe tenerse en cuenta para calcular la indemnización por despido improcedente; dicho de otro modo, como quiera que el Real Decreto 696/1980 (vigente durante todo el período del litigio) excluye expresamente el devengo de salarios de tramitación para el caso de que los trabajadores interpongan recurso contencioso-administrativo contra la autorización del despido colectivo, la restitución de dicho período debe instrumentarse a través de la indemnización, pues la citada norma no excluye expresamente tal reparación (lo que en todo caso sería *ultra vires*).

D) Reclamación al Estado. Tramitación de querella

El período de tramitación de la querella por falsedad de documento con influencia decisiva en el pleito no puede quedar excluido a los efectos de reclamar al Estado los salarios de tramitación que excedan del plazo de 60 días hábiles desde que se presentó la demanda. Por el contrario, al amparo de lo dispuesto en el artículo 119.c) LPL, sí debe excluirse el tiempo que dure la suspensión para acreditar la presentación de dicha querella. Así lo ha declarado en unificación de doctrina la **STS de 18 de noviembre de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 2065 (la Sala se había pronunciado en este mismo sentido en la STS de 11 de mayo de 2004).

E) Exención. Error excusable

La dificultad de calcular la indemnización consignada como consecuencia del reconocimiento de la improcedencia del despido de la actora, conlleva que los salarios de tramitación no se devenguen, ya que existe una discrepancia razonable respecto de los elementos computables a tales efectos. Así lo ha entendido la **STS de 26 de diciembre de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 2227. En el mismo sentido, la **STS de 21 de diciembre de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 2222, declara no computable en el salario regulador la valoración del vehículo de empresa que venía utilizando el empleado para el buen desempeño de su labor, aplicándose por tanto la limitación de los salarios de trámite.

10. RECURSO DE SUPPLICACIÓN

A) Afectación general

La **STS de 5 de diciembre de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 2263, recuerda su doctrina sobre la interpretación que debe darse del requisito de la afectación general como vía de acceso a la suplicación y, en particular, establece que cuando el TS “(...) haya declarado de modo reiterado, en relación con una cuestión concreta, que la misma afecta a todos, o un gran número de trabajadores o de beneficiarios de la Seguridad Social, tal declaración, en relación con otros procesos en los que se suscite la misma cuestión, tiene el valor de la doctrina jurisprudencial, al ser la afectación general (como ya se dijo) un concepto jurídico (...)”. La **STS de 27 de diciembre de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 2273, confirma que la concurrencia del requisito de afectación general depende de la existencia efectiva de litigiosidad en masa y de las “características intrínsecas” de la cuestión litigiosa, no siendo indispensable alegar en la instancia los hechos que lo sustentarían, cuando la afectación es notoria o cuando la controversia posee un contenido de generalidad no puesto en duda por las partes.

B) Cuantía litigiosa

La **STS de 20 de diciembre de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 2190, declara, a los efectos de determinar si la cuantía litigiosa excede de 300.000 pesetas (1.803,04 euros), que cuando se reclaman diferencias retributivas por un determinado complemento no ha de estarse al importe anual correspondiente, sino al importe global reclamado. Por su parte, la **STS de 18 de noviembre de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 2247, establece que en los procedimientos sobre discrepancias de la base reguladora señalada en la sentencia de instancia, no debe valorarse el importe de dichas discrepancias (esto es, la cuantía litigiosa) para determinar el acceso a la suplicación, puesto que, por aplicación del artículo 189.1.c) LPL, siempre procedería recurso de suplicación en atención a la pretensión formulada.

11. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Falta de contenido casacional

La STS de 23 de junio de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 1777, desestima el recurso por falta de contenido casacional. El motivo principal es que el recurso interpuesto no cumple el requisito exigido, por cuanto el fondo del asunto versa sobre una incapacidad: las dolencias tienen efectos distintos en diferentes personas, no siendo posible aportar doctrina abstracta por el carácter individualizado de estas situaciones. El análisis que realiza la sentencia se resume en que, con base en el artículo 222 LPL, todos los temas a resolver en casación unificadora deben girar en torno a cuestiones jurídicas y no fácticas, como al fin y al cabo son las diferentes afecciones en materia de invalidez.

B) Necesidad de invocar la infracción legal

La STS de 3 de octubre de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 1814, recoge la doctrina que establece la STS de 22 de septiembre de 2005, en la que se hace referencia a la imposibilidad de construir un recurso de casación para la unificación de doctrina si no está basado en la infracción de una norma jurídica. En el caso de autos, se pretende la unificación sobre un acuerdo marco relativo a la mejora de condiciones profesionales de la Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos, lo que no se considera “norma jurídica” por el Alto Tribunal, y por tanto, no es susceptible de sustentar un recurso extraordinario como es el de casación unificadora. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 17 de noviembre de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 2280. De otro lado, la STS de 22 de noviembre de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 2233, desestima el recurso interpuesto porque, a pesar de que se concretaron las infracciones legales, no se fundamentaban tales infracciones.

C) Ausencia de contradicción

La inoperancia de tratar de interponer un recurso de casación para la unificación de doctrina contra un “recurso de nulidad” interpuesto contra una sentencia previamente dictada por la propia Sala, es declarada por la STS de 11 de octubre de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 1876. El motivo jurídico de este rechazo se fundamenta en que la función unificadora sólo se ve alcanzada cuando se trata de casar criterios discrepantes de Tribunales Superiores de Justicia en sentencias dictadas en segundo grado jurisdiccional (y no en las de primer grado, como en el caso que se analiza). La STS de 20 de diciembre de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 2195, desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina en que se pretendía la declaración de existencia de cesión ilegal de trabajadores al no apreciar contradicción entre la sentencia recurrida y la aportada para comparación, recordando que tal requisito es “(...) esencial y constitutivo en este especial proceso de casación unificadora (...)”. En idéntico sentido y sobre la misma materia, la STS de 16 de diciembre de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 2175, y la STS de 20 de diciembre de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 2186. A su

XII. El Proceso Laboral

vez, la STS de 22 de diciembre de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 2272, establece que la contradicción no debe buscarse en la comparación abstracta de doctrinas, sino en una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

D) Escritos de interposición. Requisitos

La STS de 22 de diciembre de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 2239, rechaza el recurso interpuesto ante la ausencia de una relación precisa y circunstanciada de la contradicción respecto de la sentencia de contraste. Este requisito es analizado en mayor detalle por la STS de 26 de diciembre de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 2170, así como por la STS de 5 de diciembre de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 2199.

E) Cuantía litigiosa. Cuotas por débitos a la Seguridad Social

La STS de 22 de diciembre de 2005, Sala Tercera, I.L. J 2275, tras recordar que el recurso de casación para la unificación de doctrina es un recurso extraordinario y limitado por razón de la cuantía, afirma que en los supuestos de cuotas por débitos a la Seguridad Social las cifras que deben tomarse en consideración a estos efectos son las cuotas mensuales, ya que se autoliquidan e ingresan mes a mes. En idéntico sentido, la STS de 21 de diciembre de 2005, I.L. J 2277, y las SSTs de 22 de diciembre –tres– de 2005, I.L. J 2274, 2276 y 2278, todas ellas de la Sala Tercera.

12. RECURSO DE CASACIÓN

A) Modificación de hechos probados

La STS de 22 de septiembre de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 1682, desestima el recurso de casación interpuesto por carecer éste de los requisitos exigidos para la modificación de hechos probados para este tipo de recursos, que, siguiendo la doctrina sentada, entre otras, por la STS de 29 de diciembre de 2004, son: (i) fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis; (ii) citar concretamente la prueba documental o pericial que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, clara y evidente, y (iii) precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento. Se reitera por el TS la idea de que el recurso de casación, cuando se alega la infracción del artículo 205.e) LPL, tiene necesariamente que invocar como causa de impugnación la infracción de una norma del ordenamiento jurídico, ya sea constitucional, legal, reglamentaria, convenio estatutario o incluso doctrina jurisprudencial. En el mismo sentido, la STS de 7 de diciembre de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 2194.

B) Inadmisibilidad de cuestiones nuevas

La STS de 22 de diciembre de 2005, Sala Tercera, I.L. J 2279, desestima el recurso de casación interpuesto declarando que las alegaciones y valoraciones que la Abogacía del Estado realiza en dicho recurso constituyen cuestiones nuevas, puesto que no fueron expuestas ni en la resolución administrativa impugnada ni en la contestación de la demanda.

13. RECURSO DE REVISIÓN**A) Maquinación fraudulenta**

La STS de 10 de octubre de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 1821, desestima la solicitud del demandante que alega la existencia de maquinación fraudulenta vía demanda de revisión. Según reiterada jurisprudencia, entre otras, la STS de 12 de febrero de 2001 y la STS de 22 de enero de 2002, existirá maquinación fraudulenta cuando un demandante haga figurar en su escrito de demanda un concreto domicilio de la demandada a sabiendas que corresponde a un local en el que no puede ser citado el demandado y ello, conociendo otro domicilio en el que el mismo puede ser llamado y citado. Por tanto, es indispensable el dolo, esto es, la intención específica de maquinar, lo que no se aprecia en el caso de autos.

B) Documentos que habilitan el recurso

La STS de 10 de octubre de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 1871, alude a los “documentos recobrados”, concretando si éstos son los que existían con anterioridad a la fecha en que se dictó la sentencia objeto de revisión, o se ha de entender que son también los documentos surgidos con posterioridad a esa fecha. Pues bien, pese al cambio de redacción del antiguo artículo 1796.1 de la LEC, sustituido por el vigente artículo 510.1, se mantiene que “(...) los documentos a los que se refiere esta causa de revisión son únicamente aquellos que existían con anterioridad a la fecha en que se dictó tal sentencia (...)”. En el mismo sentido se pronuncian la STS de 11 de octubre de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 1975 y la STS de 31 de octubre de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 2042. Por su parte, la STS de 31 de octubre de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 2041, recogiendo a su vez reiterada doctrina jurisprudencial, ha establecido los requisitos para que los “documentos recobrados” puedan sustentar la pretensión revisora: (i) que se trate de documentos que ya existían en el momento de dictarse la sentencia que se pretende revisar, y no aquellos que son posteriores o sobrevenidos a ella; (ii) que los mismos hayan sido retenidos por fuerza mayor o por obra de la parte a cuyo favor se hubiese dictado el fallo impugnado, y (iii) que sean decisivos, esto es, que su sola presencia procesal hubiera determinado un signo distinto para el pronunciamiento.

C) Otros requisitos

La STS de 1 de diciembre de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 2107, desestima un recurso de revisión, construyendo su argumentación en dos pilares: (i) el demandante no interpuso su demanda en el plazo de 3 meses, según establece el artículo 512.2 LEC y (ii) no se agotó previamente la vía de recursos.

14. RECURSO DE AMPARO. AGOTAMIENTO DE LA VÍA JUDICIAL. PREVIO INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES

La STC 250/2005, de 10 de octubre (recurso de amparo 6297/2003), I.L. J 1754, analiza el artículo 44.1.a) LOTC que exige haber agotado todos los recursos utilizables en la vía judicial. A este respecto, la STC declara que no cabe entender que el incidente de nulidad de actuaciones resultara manifiestamente improcedente a los efectos de defender la extemporaneidad de la demanda de amparo. Muy al contrario, el TC declara que este remedio resulta idóneo “(...) cuando la queja se encuentre fundada en la vulneración de derechos consagrados en el artículo 24 CE que tengan su origen en un defecto de forma causante de indefensión o en el vicio de incongruencia (...)”, teniendo en cuenta que, en este caso, a fin de reparar la lesión que se denunciaba, no existían sentencias de contraste en las que fundamentar un recurso de casación para la unificación de doctrina.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ

MARIO BARROS GARCÍA

ANA HIGUERA GARRIDO

JUAN REYES HERRERO

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Sumario:

Consideraciones preliminares. 1. La responsabilidad del empresario en materia de pre-

vención de riesgos laborales. A) Alcance. B) Deber de seguridad. a) Delimitación.

b) Contenido. C) Responsabilidad solidaria entre la empresa contratista y subcontratista.

a) Requisitos de aplicación. b) En el ámbito de la construcción: no concurre entre el contratista y el promotor. **2. El recargo de prestaciones por omisión de las medidas de segu-**

ridad. A) Naturaleza jurídica. B) Requisitos: existencia de un nexo causal. C) Finalidad

del recargo. D) Supuestos de hecho en los que procede la aplicación del recargo: falta de

formación de los trabajadores. E) Concurrencia de culpa por parte de la víctima: ruptura

del nexo causal. F) Paralización indebida del expediente administrativo. G) Fijación de la

cuantía. H) Non bis in idem. **3. Riesgo grave e inminente: no concurre.**

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El presente comentario jurisprudencial compendia las Sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia en materia de seguridad en el trabajo recogidas en las crónicas XIII a XVI de la Revista Información Laboral Jurisprudencia del año 2005.

El análisis de los diversos pronunciamientos jurisprudenciales no aporta grandes novedades respecto a anteriores comentarios. Así, el recargo de prestaciones y la existencia de responsabilidad empresarial siguen siendo los grandes asuntos que reclaman la atención prioritaria de los Tribunales con un estudio en profundidad del alcance del deber de seguridad, pudiéndose resaltar, también, otros dos aspectos singulares, que son objeto de análisis jurisprudencial, como son la delimitación de responsabilidades en el ámbito de la construcción y la aplicación del concepto de riesgo grave e inminente como causa legítima de abandono del puesto de trabajo.

1. LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

A) Alcance

La STSJ de Extremadura de 20 de octubre de 2005, I.L. J 2323, reitera que para que exista responsabilidad empresarial por el incumplimiento de las medidas de seguridad tiene que producirse una infracción de la normativa sobre prevención de riesgos laborales concreta, no genérica, e imputable al empresario. Ello es debido a que al empresario le corresponde el cuidado y cumplimiento de la normativa sobre seguridad por lo que debe no sólo organizar el trabajo en la forma más adecuada para garantizar la integridad física y salud de sus trabajadores, sino también instruirles al respecto debiendo prever incluso las distracciones o imprudencias no temerarias del trabajador. A su vez, es necesario probar la relación de causalidad entre la infracción denunciada y el resultado del accidente de trabajo sufrido.

B) Deber de seguridad

a) Delimitación

La STSJ de Navarra de 31 de mayo de 2005, I.L. J 1750, analiza el alcance del deber de seguridad o deuda de seguridad que el empresario tiene con sus trabajadores. En este sentido, los artículos 14.2, 15.4 y 17.1 de la LPRL, que especifican, a su vez, el contenido de los artículos 4.2.d) y 19.1 del Estatuto de los Trabajadores, establecen un deber de protección incondicionado y prácticamente ilimitado que comprende, incluso, los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador, interpretación mantenida, a su vez, por los fallos del TSJ de La Rioja de 15 de noviembre de 2005, I.L. J 2305, y de Extremadura de 20 de octubre de 2005, I.L. J 2323.

En el caso navarro, el Tribunal aprecia que el empresario ha incumplido sus obligaciones, puesto que ni los encargados ni la propia dirección de la empresa en ningún momento sancionaron a los trabajadores por no adoptar las reglamentarias medidas de seguridad, habiéndose limitado a poner los medios de protección a su disposición, aunque señala el Tribunal que tampoco es exigible una vigilancia continua en cada una de las labores que desempeñen los trabajadores. Por supuesto, el hecho de que se produzca el accidente no implica siempre que haya existido una vulneración de las medidas de seguridad, pero sí que el incumplimiento de la normativa sobre seguridad ha de implicar, en todo caso, aquella consecuencia, cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones.

b) Contenido

La STSJ de Navarra de 31 de mayo de 2005, I.L. J 1750, analiza el contenido de la acción preventiva, en concreto de la evaluación de riesgos. Así, pilar esencial de la acción preven-

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

tiva, a la luz de los artículos 14, 16 y 17 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, es la evaluación de riesgos, ya que el empresario ha de planificar toda su política de seguridad laboral sobre los resultados de dicha evaluación. Esta obligación empresarial es inicial, por lo que el empresario ha de señalar los peligros que para la salud de los trabajadores acarreará el desempeño de su actividad, aunque debe actualizarse cada vez que cambien las condiciones de trabajo o cada vez que el daño a evitar se produzca. Por lo tanto, se trata de un deber no sólo formal sino también material puesto que obliga a la adopción de medidas preventivas de manera planificadora y con controles periódicos si así es necesario. A su vez, dentro de esta obligación, el empresario está también obligado a proporcionar todos los equipos de trabajo adecuados de forma que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores cuando los utilicen.

Pero también para este Tribunal, dentro de este deber, queda comprendido formar e informar a los trabajadores de los riesgos inherentes a su puesto de trabajo. Así, el empresario no sólo tiene que proporcionar los mecanismos adecuados de seguridad sino también el tener que instruir a los trabajadores sobre su utilización y obligar a su uso, incluida la formación necesaria en el caso de tener que aplicar una técnica nueva que pueda ocasionar riesgos para el trabajador.

En igual sentido se pronuncia la **STSJ de Castilla y León de 5 de diciembre de 2005**, I.L. J 2285. En este caso, el problema es que el trabajador no contaba con la formación e información suficiente respecto al método de trabajo necesario para desempeñar ese cometido, ya que los artículos 18 y 19 de la LPRL establecen la obligación del empresario de informar directamente a cada trabajador de los riesgos específicos que afecten a su puesto de trabajo o función, y de las medidas preventivas y protectoras aplicables a dichos riesgos, impartiendo a tal fin la formación teórica y práctica suficiente y adecuada. No entenderlo así supone vaciar de contenido la deuda de seguridad y la normativa de prevención, puesto que es principio capital de cualquier política de prevención la instrucción formativa sobre la materia al trabajador.

C) Responsabilidad solidaria entre la empresa contratista y subcontratista

a) Requisitos de aplicación

La **STSJ de Cataluña de 24 de noviembre de 2005**, I.L. J 2303, entiende que no procede aplicar el artículo 24 de la LPRL, puesto que para que se aplique este principio es necesario que los trabajadores se ocupen en el centro de trabajo de la empresa principal y que la infracción haya tenido lugar en dicho centro de trabajo, lo que no es el caso. Además, precisa de la necesaria identidad o similitud de la finalidad negocial, lo que se conoce como propia actividad, lo que tampoco se produce entre ambas empresas.

Por lo tanto, es el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario –principal o contratista– lo que determina, en caso de incumplimiento, la extensión a ellos de la responsabilidad del daño causado, ya que se trata de una responsabilidad que se deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control, siendo

lo importante que el accidente se haya producido por una infracción imputable a la empresa principal o a la subcontratista, o a ambas, y dentro de su esfera de responsabilidad.

b) En el ámbito de la construcción: no concurre entre el contratista y el promotor

La STS de 25 de octubre de 2005, I.L. J 1847, determina que el único responsable en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de la construcción es el contratista, como empresario principal, y no el promotor de la obra, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.1 del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, que regula las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción y que atribuye la cualidad de empresario, a los efectos de la normativa de prevención de riesgos laborales, a los contratistas y subcontratistas pero no a los promotores.

A su vez, el artículo 11 de la misma norma fija las respectivas obligaciones, entre las cuales está cumplir el plan de seguridad y la normativa sobre prevención de riesgos laborales que le corresponde al contratista, mientras que al promotor sólo tiene que elaborar el estudio básico de seguridad y salud, tal y como establecen los artículos 6 y 7 del Real Decreto 1637/1997, reparto de obligaciones confirmadas de nuevo por el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales en materia de coordinación de actividades empresariales.

2. EL RECARGO DE PRESTACIONES POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

A) Naturaleza jurídica

En los fallos de la SSTSJ de Extremadura de 20 de octubre de 2005, I.L. J 2323; de Cataluña de 24 de noviembre de 2005, I.L. J 2303, y de La Rioja de 15 de noviembre de 2005, I.L. J 2305, se mantiene la naturaleza punitiva y sancionadora del recargo de prestaciones del artículo 123 de la LGSS. Por ello, a la hora de aplicarlo, habrá que hacerlo de manera restrictiva, sin que puede configurarse como una verdadera prestación de la seguridad social por lo que no puede ser objeto de aseguramiento alguno. Así, se trata de una pena o sanción que se añade a una propia prestación, previamente establecida, y cuya imputación sólo es atribuible a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad y salud.

A su vez, no se trata de una responsabilidad objetiva que se le imputa al empresario siempre que acaezca un accidente, incluso en todo caso de omisión de medidas de seguridad, sino que es una responsabilidad subjetiva que ha de ser imputada al empresario por vía de la culpabilidad. Por lo tanto, estamos ante una responsabilidad empresarial cuasi objetiva, lo que implica una escasa incidencia de la conducta del trabajador a la hora de aplicarlo.

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

B) Requisitos: existencia de un nexo causal

La STSJ de Navarra de 31 de mayo de 2005, I.L. J 1750, recuerda la necesidad de que exista un nexo causal para aplicar el recargo de prestaciones, al igual que el fallo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en su fallo de 15 de noviembre de 2005, I.L. J 2305.

Así, para que proceda su aplicación se exige:

“la existencia de un nexo causal adecuado entre el siniestro del que trae causa el resultado lesivo para la vida o integridad física del trabajador y la conducta pasiva del empresario, consistente en omitir las medidas de seguridad impuestas por la legislación vigente, excluyéndose la responsabilidad empresarial cuando la producción del evento se produce de manera fortuita, de manera imprevista o imprevisible, sin constancia diáfana del incumplimiento por parte del empresario de alguna norma de prevención o por imprudencia (que ha de ser temeraria) del propio trabajador. Dado su carácter punitivo y sancionador ha de aplicarse con criterio restrictivo, examinando las circunstancias concurrentes en cada caso concreto”.

C) Finalidad del recargo

La STSJ de La Rioja de 15 de noviembre de 2005, I.L. J 2305, resume perfectamente el porqué de la existencia del recargo de prestaciones. En este sentido, su finalidad no es otra que la de evitar accidentes de trabajo originados por infracciones empresariales de la normativa de prevención de riesgos laborales, que se habrían evitado si hubieran adoptado previamente las medidas de prevención. Por ello, se pretende impulsar, de una manera coercitiva e indirecta, el cumplimiento de dicha normativa, incrementado específicamente sus obligaciones para evitar que a la empresa no le resulte menos gravoso indemnizar el accidente que adoptar las medidas oportunas para evitar los accidentes

D) Supuestos de hecho en los que procede la aplicación del recargo: falta de formación de los trabajadores

Dentro del deber de seguridad que el empresario tiene con sus trabajadores, queda comprendido formar e informar a los trabajadores de los riesgos inherentes a su puesto de trabajo. De no hacerlo así, procede la aplicación del recargo, tal y como mantiene el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en su STSJ de 5 de diciembre de 2005, I.L. J 2285, y el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en su STSJ de 31 de mayo de 2005, I.L. J 1750, que en este supuesto concreto entiende que la formación proporcionada por parte del empresario es insuficiente. Es más, incluso la asignación de funciones ajenas a la categoría profesional sin tener la cualificación y titulación necesaria para desarrollarlas, se considera igualmente causa suficiente para imponer el recargo por tratarse de una actitud negligente de la empleadora.

E) Concurrencia de culpa por parte de la víctima: ruptura del nexo causal

Para que no se aplique el recargo de prestaciones es necesario que concurra una conducta negligente por parte de la víctima que quiebre la relación de causalidad entre la infracción y el evento dañoso, de manera que el accidente de trabajo no se haya producido por una falta de las medidas sino por imprudencia del trabajador, tal y como señala el fallo de la STSJ de Navarra de 31 de mayo de 2005, I.L. J 1750.

Para que se produzca la ruptura del nexo causal por concurrencia de culpas hay que atender cada caso concreto. Así, podrá atenderse a la culpa que sea más relevante, negando la existencia del recargo cuando sea de mayor importancia la conducta del accidentado. En otros casos, sólo se romperá dicho nexo si se aprecia una preponderancia absoluta de la culpa del perjudicado, siendo irrelevante la conducta de la empresa. Por último, y como una interpretación intermedia, se tiene en cuenta la imprudencia de la víctima para compensar la culpa de la empresa a la hora de fijar el recargo, en su grado mínimo.

En esta ocasión, el Tribunal aprecia, por un lado, la concurrencia de imprudencia por parte del trabajador pero no la califica de temeraria, y, por otra, una vulneración de las obligaciones de coordinación de las actividades empresariales por parte de la empresa demandada, por lo que, aplicando el principio de compensación de culpas, entiende que procede la imposición del recargo en su cuantía mínima.

Esta misma postura es defendida por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en su STSJ de 5 de diciembre de 2005, I.L. J 2285, en la que se mantiene que, aunque medió un actuar imprudente del trabajador que puede aminorar el porcentaje del recargo, no exonera de responsabilidad al empresario, puesto que, por un lado, la imprudencia no puede ser calificada como temeraria y, por otro, el sujeto principal responsable es el empresario, sobre el que recae el deber de seguridad.

F) Paralización indebida del expediente administrativo

La STS de 25 de octubre de 2005, I.L. J 1934, que repite la doctrina de su fallo de 17 de mayo de 2004, analiza la legalidad del artículo 16.2 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996, dictada en desarrollo del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de seguridad social, que autoriza la suspensión del expediente del recargo de prestaciones hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento penal.

Al igual que en el pronunciamiento del año 2004, el Tribunal afirma que el precepto analizado carece de un mandato legal que lo sustente por lo que la paralización del expediente administrativo del recargo es indebida. En este sentido, la sentencia parte del artículo 123 de la LGSS que declara expresamente la compatibilidad del recargo de prestaciones con las derivadas de un hecho punible. A su vez, el Real Decreto 1300/1995 no autoriza la suspensión en la tramitación del expediente ni tampoco el artículo 3.2 Real

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, ya que la orden de paralización contenida en dicho artículo afecta exclusivamente al procedimiento sancionador y el de imposición de medidas de seguridad no tiene dicha consideración.

G) Fijación de la cuantía

El Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en su **STSJ de 15 de noviembre de 2005**, I.L. J 2305, determina los criterios para fijar el porcentaje del recargo de prestaciones. Así, el dato revelante es la gravedad de la infracción cometida por el empresario y no la gravedad del daño causado al trabajador accidentado o la situación de necesidad derivadas del accidente. Por lo tanto, la cuantía ha de ser fijada teniendo en cuenta datos como la gravedad de la falta, la conducta de la empresa, la peligrosidad de las actividades y el daño causado, sin que en este caso concurra una posible imprudencia del trabajador que minore la cuantía del recargo.

H) *Non bis in idem*

De nuevo, la **STSJ de La Rioja 15 de noviembre de 2005**, I.L. J 2305, analiza una cuestión relacionada con el recargo de prestaciones, en concreto si su aplicación vulnera el principio *non bis in idem*. Aplicando la doctrina tradicional al respecto, afirma que la posible coexistencia del recargo con una sanción administrativa no comporta la vulneración de dicho principio, pues no imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplen por ello desde perspectivas diferentes.

3. RIESGO GRAVE E INMINENTE: NO CONCURRE

El Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en su **STSJ de 31 de octubre de 2005**, I.L. J 2294, entiende que no se dan los presupuestos necesarios que justifican el abandono del puesto de trabajo por parte de los trabajadores ante una situación de riesgo grave e inminente regulada en el artículo 14 de la LPRL. En este caso, la baja temperatura ambiental, entre 9 y 10 grados, no implica dicho riesgo, por lo que la decisión de los trabajadores de abandonar su puesto de trabajo por unas horas hay que calificarla como unilateral, arbitraria y desproporcionada, ya que se disponían de otros cauces legales para conseguir que la empresa cumpliera con sus obligaciones en materia de salud ambiental, cauces que, en este caso, no fueron utilizados por los trabajadores.

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

MARGARITA APILLUELO MARTÍN

MANUEL GONZÁLEZ LABRADA

ELISA SIERRA HERNÁIZ

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

ELENA DESDENTADO DAROCA

La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales

[Lex Nova, Valladolid, abril 2006, 736 páginas]

LEX NOVA

Hasta ahora el foco de atención del debate en el derecho del trabajo se centraba en el trabajador. La otra parte de la relación, el empresario o empleador, no parecía tener problemas de configuración como sujeto contractual.

Cada vez hay más dificultades para determinar quién es realmente empresario y hasta dónde puede extenderse su responsabilidad por las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. Existe una maraña jurisprudencial que identifica como empresarios a cada vez más organizaciones carentes de personalidad, y los problemas que suscita la actuación empresarial por parte de estos entes no personificados son múltiples y normalmente graves.

Los dos primeros capítulos del libro están dedicados al análisis entre la contraposición de los términos “empresario laboral” y “personalidad jurídica” y las posibles combinaciones entre los mismos. Como dice la autora, no es posible prescindir de la personalidad al configurar la posición empresarial.

Los capítulos siguientes van desgranando los supuestos más específicos en materia de

empresarios sin personalidad, analizando los distintos casos a los que se ha asociado esta posibilidad: la comunidad de bienes, la herencia yacente, la sociedad de gananciales, los grupos de empresas y las uniones temporales de empresas (UTE). En todos ellos el interrogante planteado es si estos supuestos pueden considerarse empresarios a efectos laborales.

La obra termina con un sexto capítulo, donde se abordan supuestos polémicos a los que tradicionalmente se les niega la personalidad jurídica, como la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal, la sociedad mercantil irregular y los órganos constitucionales del Estado.

Cabe destacar la originalidad de este libro al tratar la relación entre la figura del empresario laboral y la personalidad jurídica, tema escasamente transitado, lo que hace que se trate de una obra relevante en el panorama de estudios doctrinales del Derecho del Trabajo español actual.

En definitiva, esta monografía es un estudio completo y crítico de la doctrina judicial y científica sobre la condición de empresario y la forma de la personalidad que debe adoptar éste en su posición de parte del contrato de trabajo; un texto de interés teórico evidente, pero que se vuelca en una orientación concreta de análisis específicos de determinados supuestos de entes sin personalidad, y que tiene una repercusión práctica evidente para los operadores de derecho laboral, abogados, diplomados en relaciones laborales, magistrados de lo social, al abordar de manera equilibrada los aspectos sustantivos y procesales de la cuestión.

F. JAVIER LLANEZA ÁLVAREZ

Ergonomía y psicopsicología aplicada. Manual para la formación del especialista

[Lex Nova, 6ª edición, Valladolid, marzo 2006, 548 páginas]

LEX NOVA

Con la presente monografía, que ya alcanza su sexta edición, se pretende incorporar más herramientas y nuevos casos prácticos que ayuden al futuro ergónomo y le sirvan de argumentos para contribuir al fin de lograr empresas responsables y sanas. Se intenta crear una nueva cultura donde se realice una eficaz prevención de las enfermedades musculoesqueléticas, se plantee de forma integral la reducción del absentismo, el aumento de la satisfacción en el trabajo o la salvaguarda de los principios éticos en el entorno laboral.

Este manual para la formación cumple con la misión de ayudar a reflexionar y a cambiar algunas situaciones laborales desde el análisis de la actividad de trabajo tanto por quienes están más directamente implicados en la protección de la seguridad y la salud como por quienes desde la máxima responsabilidad empresarial deben competir día a día por la supervivencia de su organización.

El libro comienza con una introducción y definición de la Ergonomía, relacionándola con los diversos campos de aplicación, como la arquitectura, el transporte, el diseño de productos y la justicia, estableciendo, además, los métodos de análisis de las condiciones de trabajo.

El ambiente físico es abordado con proyección no sólo sobre el propio trabajador sino también

respecto al desempeño de la actividad profesional, analizándose aspectos como la Ergoacústica y los efectos del ruido, el ambiente climático o la iluminación. Asimismo, se incluye el análisis del diseño de puestos y espacios de trabajo, ya que el ergónomo, como ingeniero del factor humano, ha de contribuir a crear espacios de trabajo adaptados a los hombres.

Los factores de riesgo psicosociales existen, no están en la mente del trabajador, forman parte de las condiciones de trabajo y deben estar en la evaluación de riesgos. Es por lo que se hace especial hincapié en el estudio de la carga mental y el estrés, con descripción de los tipos específicos, como el producido por el acoso psicológico en el trabajo, el síndrome del “quemado” o las diversas patologías de índole psicosocial como, por ejemplo, la adicción al trabajo, el acoso sexual o la violencia en el entorno laboral.

Este libro es un instrumento básico para quienes realicen los estudios conducentes al título de preventivistas de nivel superior en esta especialidad, y también para quienes desde el campo preventivo o desde fuera sientan un especial interés por la Ergonomía y Psicopsicología y puedan comprender el potencial de dominio y utilidad de una disciplina que estudia la actividad humana y en particular la actividad laboral.

La sexta edición de este manual para la formación de especialistas es aun más didáctica, ya que, junto a la explicación teórica de la materia, se incorporan cuestionarios de autoevaluación y numerosos ejemplos explicativos y gráficos que ayudan al lector a comprender mejor la materia. Un CD-ROM con normativa y documentación complementaria que permite acceder a contenidos gratuitos *on line* sobre la materia completa de la obra. De esta forma, el libro se convierte en un excelente instrumento para cursar esta especialidad.

ALBERTO PARAMIO PARAMIO

Guía práctico-jurídica de la prevención en construcción

[Lex Nova, Valladolid, enero 2006, 430 páginas]

LEX NOVA

El sector de la construcción, regulado desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales por el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, presenta importantes diferencias con respecto a otros sectores productivos. Así en este sector intervienen sujetos no habituales en otros ámbitos (promotor, proyectista, coordinador en elaboración de proyecto y dirección facultativa en ejecución de obra), se trata de centros de trabajo temporales y móviles en los que concurren de manera frecuente y simultánea diferentes empresas y trabajadores, tanto por cuenta ajena como propia, abarcando una diversidad de trabajos.

Lo anterior debe ir unido y coordinado con el resto de la normativa general de prevención de riesgos laborales. Todo esto genera un cuadro de situaciones, obligaciones y responsabilidades que, en muchos casos, plantea dificultades de interpretación y aplicación, no sólo en el ámbito teórico-legal, sino también en el práctico.

El enfoque de la guía tiene como referente la legislación vigente en la materia, e incorpora dos novedades, de una parte, la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales con especial repercusión en la aclaración de la norma sustantiva a través de la incorporación al Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, de nuevas infracciones destina-

das al sector aquí tratado, y, por otra, el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales.

A todo esto hay que unirle la Guía Técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a las obras de construcción, consecuencia del mandato contenido en la Disposición Final Primera del Real Decreto 1627/1997, y que "proporciona criterios y recomendaciones que pueden facilitar a las empresas y a los responsables de prevención la interpretación técnica y aplicación del citado Real Decreto", lo que se convierte en referente necesario y complementario de dicho texto legal.

La presente obra está especialmente dirigida a todos aquellos que se encuentran inmersos en la vertiente de la prevención de riesgos laborales dentro del complejo mundo de la construcción, ya que clarifica, de manera práctica y operativa, los diferentes temas y cuestiones que, en materia preventiva, surgen a lo largo del desarrollo de una obra.

AAVV

Manual para la formación de técnicos de prevención de riesgos laborales. (Parte obligatoria y común del programa formativo del nivel superior)

[Lex Nova, 6ª edición, Valladolid, marzo 2006, 1446 páginas]

LEX NOVA

La virtud principal de la obra, que en un solo volumen ofrece al lector todos los aspectos formativos fundamentales sobre la materia de prevención de riesgos en el trabajo, es la de presentar una estructura paralela al programa de formación para el desempeño de las funciones de nivel superior que se establecen en el Reglamento de Servicios de Prevención (Real

Decreto 39/1997, de 17 de enero), siendo en la actualidad uno de los pocos manuales que sigue con absoluta fidelidad el citado programa.

El elenco de autores que han elaborado la obra (todos ellos de reconocido prestigio y con sobrada experiencia profesional como inspectores de trabajo, técnicos de prevención, expertos en medicina del trabajo o en ergonomía y psicología aplicada) estructuran la monografía en seis temas a lo largo de los cuales desarrollan los contenidos buscando la coincidencia lógica con su especialización laboral y formativa. De este modo, en los primeros tres apartados se contienen los fundamentos de las técnicas de mejora de las condiciones de trabajo así como las técnicas de prevención de riesgos laborales –seguridad en el trabajo, higiene industrial, medicina en el trabajo y ergonomía– o cualesquiera otras actuaciones en materia preventiva.

Asimismo, en los últimos temas del libro se abordan otros aspectos fundamentales, como la gestión de la propia prevención (planificación, organización, economía, etc.); técnicas afines, como, por ejemplo, la calidad, el medio ambiente o la prevención de riesgos patrimoniales, y, por último, el ámbito jurídico en el que se enmarca la prevención y la legislación básica española sobre el asunto.

Aparte de lo anterior, merece especial mención la inclusión en cada apartado de resúmenes recordatorios y cuestionarios para la autoevaluación de conocimientos cuyas soluciones se encuentran al final de la obra y, por otro lado, de un CD-ROM que posee la doble función de recoger normativa y documentación complementaria y posibilitar el acceso a la información contenida en la página web www.lexnova.es/prevencon.

En resumidas cuentas, todo el conjunto de la monografía pone de relieve que estamos en presencia de uno de los manuales para la formación de técnicos de prevención de riesgos laborales más completos y mejor estructurados, como así lo demuestra el hecho

de que alcance con ésta su sexta edición, más aún si se tiene en cuenta el sector al que van dirigidas sus lecciones.

AAVV (Coord.: JESÚS CRUZ VILLALÓN)

La reforma laboral de 2006

[Lex Nova, Valladolid, junio 2006, 336 páginas]

LEX NOVA

Esta obra, pionera en el mercado, aborda desde un punto de vista eminentemente práctico las importantes novedades que el reciente Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, introduce en la normativa laboral.

Fruto del Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo, acordado entre el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales, el objetivo por excelencia del Real Decreto-Ley es el de alcanzar un mayor nivel de estabilidad en el empleo, sin perjuicio de que ello pueda repercutir también sobre el crecimiento económico, la competitividad y la cohesión social.

Entre las novedades de esta reforma destacan las medidas dirigidas a impulsar y apoyar el empleo; fomentar la contratación indefinida y la conversión de empleo temporal en fijo; reducir las cotizaciones empresariales al Fondo de Garantía Salarial y por desempleo; introducir mayor transparencia en la subcontratación de obras y servicios entre empresas cuando comparten un mismo centro de trabajo; potenciar la eficiencia de las políticas activas de empleo y la actuación del Sistema Nacional de Empleo, y reforzar la actuación de la Inspección de Trabajo, por lo que se acuerda incrementar los medios humanos y materiales del Sistema de Inspección, una vez que se ha puesto de manifiesto la insuficiencia de medios de que está dotada.

Se va a mejorar la protección de los trabajadores, tanto en materia de protección por desempleo como en las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial. Un claro ejemplo es que se unifica el régimen jurídico aplicable en materia de protección por desempleo del trabajo fijo-discontinuo, ya sea de llamamiento cíclico o periódico o sin fecha cierta. Resulta destacable la voluntad de limitar el encadenamiento de contratos temporales, pues antes del Real Decreto-Ley no existían límites eficientes en el encadenamiento de estos contratos. En cambio ahora se articulan límites novedosos, legales y convencionales, con la finalidad de evitar abusos y frenar la alta rotación laboral precaria de nuestro mercado de trabajo.

Aspectos como éstos se recogen en esta obra a través de una serie de estudios realizados por especialistas de reconocido prestigio sobre los distintos aspectos de la reforma laboral de 2006, proporcionándonos los elementos de juicio necesarios para profundizar en los cambios inmediatos.

En definitiva, la monografía lleva a cabo un primer examen de las más importantes consecuencias prácticas que presenta el Real Decreto-Ley y que son de imprescindible conocimiento para todos los profesionales que intervienen en las relaciones laborales.

AAVV

Seguridad en el trabajo. Manual para la formación del especialista

[Lex Nova, 6ª edición, Valladolid, febrero 2006, 816 páginas]

LEX NOVA

El presente manual, que ya alcanza su sexta edición, está dirigido hacia aquellas personas interesadas en ampliar sus conocimientos y especializarse en la rama de Seguridad en el Trabajo tras haber seguido el estudio correspondiente a la parte obligatoria.

Asimismo, la obra constituye una óptima herramienta para ser utilizada por los técnicos en prevención de nivel superior dedicados a la disciplina de seguridad y por los técnicos proyectistas cuya función sea la de revisar lugares de trabajo, instalaciones o centros de empresa con el fin de adecuarlos a las pertinentes exigencias legislativas en la materia.

Los autores, de forma clara y minuciosa, hacen un análisis de los posibles y más habituales riesgos de distintas actividades laborales (estructuradas en catorce capítulos los cuales vienen a ser una fiel representación de casi toda la población trabajadora). Dicho análisis se realiza tomando en consideración factores como el volumen de trabajo, número de personas expuestas al posible perjuicio y el propio riesgo o porcentaje de que éste ocurra como consecuencia del desempeño de tales funciones.

El estudio de estas profesiones no es hermético, es decir, no se cierra con la lista de actividades recogidas en los capítulos del libro, ya que muchas de las recomendaciones sugeridas para éstas son extrapolables a otras que tienen en común con las primeras equipamientos, puestos de trabajo, métodos profesionales, etc. Esto pone de relieve el amplísimo terreno abarcado por el contenido del manual.

Antes de entrar en cada materia concreta se ofrece al lector una breve, pero precisa, introducción para ponerlo en contacto con el tema que va a ser objeto de desarrollo en las sucesivas páginas.

Las distintas cuestiones abordadas se ven complementadas, en algunos casos, con textos legales, recogidos (de forma literal) por razón de su importancia y habitualidad del uso que se hace de ellos en el ámbito preventivo.

Esta edición incluye un contenido mucho más didáctico, donde se resaltan las ideas principales para guiar la argumentación y donde se añaden resúmenes de cada tema a modo de recordatorio. Además, se introducen, por un lado, cuestiones de autoevaluación para poner

a prueba los conocimientos adquiridos y, por otro, un CD-ROM que posee la doble función de recoger la normativa y documentación complementaria y posibilitar el acceso a información que sobre la materia se recoge en www.lexnova.es/prevencion.

En definitiva, sirviéndose de la obra se hallan respuestas y soluciones fácilmente asimilables y comprensibles para el lector, a los múltiples problemas y

conflictos de empresas que tan cotidianamente surgen en la esfera de la seguridad de los trabajadores durante el desempeño de sus trabajos.

Finalmente, hay que resaltar el hecho de que la publicación haya alcanzado una 6ª edición como prueba de su éxito conseguido dentro de un mercado tan complejo como el de la prevención de riesgos laborales.

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS

1. **Contenido.** La Revista *Justicia Laboral* publica exclusivamente artículos originales que versen sobre materias de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ya sea español o comunitario o de Derecho vigente y de la jurisprudencia.
2. **Lengua y formato.** Los artículos deberán estar redactados en castellano y escritos en Word u otro formato compatible. Deberán escribirse a espacio y medio, a cuerpo 12 y su extensión no deberá superar, salvo excepción aprobada por el Comité de Evaluación de la Revista, las 30 páginas, incluidas notas, bibliografía y anexos, en su caso. En el encabezamiento del artículo debe incluirse, junto al título, el nombre del autor o autores y su filiación académica o profesional o cargo.
3. **Resúmenes en español e inglés.** Los artículos deben acompañarse de un breve resumen de entre 100 y 150 palabras en español e inglés. Si el resumen se presenta sólo en castellano, la Revista lo traducirá al inglés para su publicación.
4. **Dirección de envío.** Los originales se deben enviar, preferentemente, en soporte informático o por correo electrónico a Editorial Lex Nova, calle General Solchaga núm. 3, 47008 Valladolid, Tlf.: 983 457 038, Fax: 983 457 224, e-mail: redac@lexnova.es, con indicación de su destino a la Revista *Justicia Laboral*. También pueden remitirse en papel a la misma dirección postal. Se hará constar expresamente en el envío el teléfono de contacto y la dirección de correo electrónico del autor.
5. **Evaluación.** Los originales serán evaluados por el Comité de Evaluación de la Revista, a efectos de su publicación. El Comité podrá requerir el informe de evaluadores externos, si lo considerara necesario. La Revista comunicará a los autores el resultado de la evaluación y la fecha aproximada de publicación, en su caso.
6. **Pruebas de imprenta.** Si así ha sido solicitado por el autor, antes de la publicación se le remitirán las pruebas de imprenta, para su corrección en un plazo máximo de 10 días. No se admitirá la introducción de correcciones sustanciales sobre el texto original aprobado.
7. **Obligación de cumplimiento de las normas.** El incumplimiento de estas normas será causa de rechazo de los originales enviados.

