

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] **Un paso más en la metamorfosis del concepto de accidente de trabajo: el caso del “asesino de la baraja”**

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

JESÚS R. MERCADER UGUINA

DOCTRINA:

- [11] **Impacto y perspectivas del principio comunitario de igualdad de trato: la experiencia española**

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

- [37] **Los artículos 165 y 166 de la Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña: Configuración de la Seguridad Social en el Estado autonómico**

BORJA SUÁREZ CORUJO

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[243] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Editorial

UN PASO MÁS EN LA METAMORFOSIS DEL CONCEPTO DE ACCIDENTE DE TRABAJO: EL CASO DEL “ASESINO DE LA BARAJA”

El proceso de objetivación del accidente de trabajo en forma de riesgo encierra la desvinculación de las condiciones de trabajo de la siniestralidad, circunstancia que da lugar a lo que se ha calificado como “desbordamiento de la doctrina del riesgo” y que tiene como efecto la transformación de la categoría del accidente de trabajo, proyectándolo como algo que sucede dentro y más allá del puesto de trabajo. Como señalara el maestro ALONSO OLEA, “en cuanto fundante de la responsabilidad patronal por accidente de trabajo, la doctrina del riesgo tiende a ser desbordada en cuanto se imputen al empresario siniestros no derivados del funcionamiento de su empresa”. Tal desbordamiento, que interviene extendiendo el ámbito de responsabilidad empresarial, contribuye a reforzar la objetivación de la siniestralidad en el riesgo. Ejemplo de esta idea es la consideración como accidente de trabajo de los producidos *in itinere*. La tutela de los mismos supone una sobreprotección del trabajador y un incremento del nivel de responsabilidad empresarial, pero tiene el efecto de desactivar la conexión entre siniestralidad y condiciones de trabajo, acentuando la objetivación del riesgo.

Según dice el artículo 115.3 de la Ley General de la Seguridad Social, “se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo”. La doctrina jurisprudencial ha interpretado extensivamente la presunción, dando cierta elasticidad al hecho de base pero exigiendo que se cumplan las dos exigencias de situación del acaecimiento: el tiempo y el lugar del trabajo. Y ello porque, a falta de una de ellas no debe jugar la presunción, aunque, desde luego, puede acreditarse por la parte interesada la relación de causalidad.

En primer lugar, el accidente de trabajo debe producirse en tiempo de trabajo, considerando por tal “no sólo el que integra dicha jornada, sino también el breve período de permanencia en la empresa preciso para prepararse para el trabajo y poder desarrollarlo desde el mismo inicio de la referida jornada, pues en este tiempo también existe riesgo de accidentes”, lo que supone una interpretación extensiva de la jornada de trabajo definida en el artículo 34.5 del Estatuto de los Trabajadores. Igualmente, se incluyen las lesiones sufridas cuando el trabajador se encuentra en los servicios, en los aparcamientos dentro del recinto de la empresa o en los vestuarios antes de iniciar el trabajo, pero preparándose-

se para éste. Se incluyen, también, la realización de horas extraordinarias o las pausas o interrupciones en el trabajo como el tiempo destinado a comer, o el período de descanso del camionero en el propio camión.

También la interpretación del lugar de trabajo se ha flexibilizado por la jurisprudencia. De este modo, lugar de trabajo se considera, en primer lugar, el lugar donde se realizan efectivamente las tareas, lo que, como es lógico, abarca también al “lugar en que se está por razón de la actividad encomendada, aunque no sea el lugar de trabajo habitual” propio del trabajo en misión o del realizado por la propia naturaleza itinerante de la actividad, como el del transporte, el de visitador médico o el de reparación de averías de coches en carretera. Pero también se consideran como lugar de trabajo otros lugares en los que el trabajador se encuentra por estar al servicio de la empresa en un sentido más amplio. Así, se considera lugar de trabajo el “de celebración de actos o reuniones a los que se asiste por encargo o encomienda de la empresa” o en representación de la misma. La presunción sólo puede ser desvirtuada “cuando hayan ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta carencia de relación entre el trabajo que el operario realizaba con todos los matices psíquicos y físicos que lo rodean y el siniestro”. La presunción se proyecta con mayor fuerza en aquellas actividades que se prestan en lugares aislados con permanencia obligada del trabajador en el centro de trabajo, como ocurre en las actividades marítimo-pesqueras, aunque en ocasiones no se aplica la presunción del artículo 115.3 de la Ley General de la Seguridad Social.

Del mismo modo, la presunción se proyecta también a aquellos casos en los que el hecho inicial desencadenante, o primeros síntomas, acontecen en tiempo y lugar de trabajo aunque sus consecuencias lesivas más graves se manifiesten posteriormente y fuera del lugar de trabajo, aplicándose la presunción a aquellos casos en los que el trabajador se siente mal o indispuerto en el trabajo y se dirige a su domicilio o al hospital, donde se manifiestan las consecuencias lesivas más graves o mortales de la enfermedad, siempre que haya quedado acreditado que la aparición de los síntomas ocurrió durante la jornada laboral. Ello cuando se trate de patologías o dolencias que tienen un comienzo, un desarrollo y un desenlace, y que con frecuencia resulta extraordinariamente difícil identificar el momento exacto en que se entiende producido el infarto o la angina de pecho, máxime cuando pueden haberse presentado anteriormente, incluso durante días, síntomas inespecíficos (ansiedad, palpitaciones, sudoración, dolores musculares, etc.) que no se atribuyeron al infarto; la concreta circunstancia en que estos síntomas se dieron puede resultar trascendental a los efectos de la prueba de la relación de causalidad con el trabajo, porque si tal momento se sitúa en el tiempo y lugar del trabajo (o, en su caso, “en misión”), favorece al trabajador la presunción contenida en el artículo 115.3 de la Ley General de la Seguridad Social; mientras que si se sitúa en otro tiempo o lugar, es el trabajador quien tendría que demostrar la relación de causalidad del trabajo con la lesión, conforme a la regla general de carga de la prueba que establece el artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Las anteriores interpretaciones ponen de manifiesto una notable “dilatación” (MERCADER/NOGUEIRA) o “desbordamiento” (DESDENTADO), de la concepción del accidente

de trabajo. Ciertamente, la ampliación desmesurada del concepto ha llevado consigo “un accidente laboral que no tiene conexión ninguna con la esfera de riesgo empresarial ni con la responsabilidad del empresario. Hay también un accidente de trabajo sin empresario: los accidentes de trabajo de los autónomos..., y nuestra capacidad de invención llega hasta crear el accidente de trabajo sin trabajador, como el caso del accidente de trabajo en la emigración y en las mesas electorales” (DESDENTADO).

Ejemplo de esta línea de tendencia es el asunto resuelto por el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de febrero de 2006 (R 4145/2004). La misma tiene como supuesto de referencia las actuaciones del denominado “asesino de la baraja”. Éste comenzó a matar el 5 de febrero de 2003 y su víctima fue un hombre de 28 años que esperaba en una parada de autobús de Barajas. A su lado, dejó un naípe, el as de copas, la primera de las cuatro cartas que fueron apareciendo con sus siguientes víctimas y que terminaron bautizándole en las páginas de los periódicos. Esa primera víctima es el sujeto del pronunciamiento que analizamos.

Tras el suceso la empresa cursó parte de accidente de trabajo *in itinere*. La Mutua de Accidentes Universal rechazó el carácter de accidente de trabajo, por no reunir los requisitos establecidos en el artículo 115 de la Ley General de la Seguridad Social y posteriormente, aclaró que “las circunstancias en que se produjo el accidente del trabajador que sufrió agresión de un tercero al dirigirse a su domicilio, no guarda relación alguna con el trabajo que desempeñaba”. Frente a dicha calificación, se presentó por los padres del fallecido la correspondiente demanda que fue desestimada en la instancia y estimada en suplicación por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de junio de 2004, que declaró que el fallecimiento lo fue por accidente de trabajo.

Comienza por señalar el Tribunal Supremo que, en el presente caso, “se discute la naturaleza accidental de la muerte del trabajador como supuesto de accidente *in itinere*, figura que corresponde, al decir de la doctrina, a la idea básica de que el accidente no se hubiera producido de no haber ido a trabajar”. Continúa el Tribunal resaltando que, en el supuesto que se resuelve, “no caben dudas de que concurren los requisitos jurisprudencialmente establecidos como determinantes de la calificación, sin que concurren causas excluyentes. Así, el suceso se produjo en hora contigua al fin de la jornada, en lugar adyacente al centro de trabajo para la utilización de un medio de transporte normal, cual es el autobús de línea. Es evidente que no existía desviación del camino habitual de vuelta a su domicilio, ni por tiempo, ni lugar, ni medio. El daño que sobreviene al trabajador en esas circunstancias es accidente de trabajo por disposición legal, a no ser que otro mandato legal desvirtúe esa conclusión”. Pero, siendo ello así, la interpretación a contrario del artículo 115.5 de la Ley General de la Seguridad Social, a cuyo tenor, “no impedirán la calificación de un accidente como de trabajo: la concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo del accidentado o de un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo”, llevaría a la conclusión de cuando la agresión externa no guarda relación con el trabajo, su resultado no puede calificarse de accidente laboral, conclusión, sin duda, extensiva de un mandato legal que, por su naturaleza de excepción a la regla, ha de ser objeto de una interpretación estricta y acorde con la naturaleza de la institución.

El Tribunal Supremo efectúa un interesante recorrido por los diversos pronunciamientos en los que ha mediado intervención de tercero para valorar la existencia o no de accidente de trabajo. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1975 no dudó en considerar accidente de trabajo el homicidio causado por un compañero de trabajo, pero es de significar que, en dicha sentencia, se establece que no podrá ser considerada como accidente de trabajo la muerte del trabajador que sea debida a resentimientos o motivos personales absolutamente ajenos al trabajo. Lo que ocurre es que, en la situación enjuiciada por dicha sentencia, los hechos acaecieron en el propio centro de trabajo y realizándose las labores que, premeditadamente, había impuesto el agresor, quien, sospechando que el trabajador agredido y finalmente muerto mantenía algún tipo de relación con su esposa le disparó causándole la muerte.

En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1988 consideró “la muerte del trabajador cuando realizaba su labor, por un terrorista, acaeció con ocasión de su trabajo —si no hubiera estado trabajando no le habría ocurrido—”, por lo que debe considerarse accidente de trabajo comprendido en el artículo 84.1 LGSS. Se tratará de un “accidente de misión” sin que lo impida la responsabilidad criminal del autor del atentado [artículo 84.5.b) de la Ley General de la Seguridad Social]. Las de la Ley General de la Seguridad Social de 14 de diciembre de 1981 y 21 de diciembre de 1982 consideraron como accidentes de trabajo *in itinere* el fallecimiento de la víctima de un atentado y la muerte a mano airada, respectivamente, en cuanto la víctima se encaminaba a su quehacer habitual al ser asesinado.

Finalmente, la sentencia a que nos venimos refiriendo completa su recorrido con el análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2002. Se trataba en este último supuesto de trabajador muerto por un compañero a causa de problemas personales en torno a la esposa de uno de los afectados. La Sala 4.^a señaló que no puede negarse que la actuación de un tercero, incluso con culpabilidad civil o criminal concurrente, no debe impedir, en algunos casos, la declaración de accidente de trabajo. Y así, cuando la actuación de ese tercero se revela que tiene su razón de ser en el trabajo realizado por la víctima o con ocasión de este último, indudablemente no se podrá negar el carácter de accidente laboral a la agresión sufrida en tales circunstancias. Sin embargo, cuando los hechos enjuiciados, aunque materialmente se produzcan en el trayecto que conduce al centro de trabajo y precisamente cuando se inicia dicho trayecto, si responden a una motivación claramente ajena al trabajo, en sí mismo considerado, es evidente que, a tenor artículo 115.5.b) de la Ley General de la Seguridad Social, no puede calificárseles de propio accidente laboral.

Como ha sintetizado DESDENTADO, “la distinta calificación oscila entre la valoración del trabajo como elemento causal (tesis restrictiva) o como mero elemento ocasional (tesis extensiva). De esta forma, en las sentencias de 1981 y 1982 se aprecia el carácter laboral del accidente, pese a que la decisión criminal no tenía relación con el trabajo, porque la utilización del trayecto tenía un carácter instrumental, al ser la ocasión para el atentado. Por el contrario, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2002 la laboralidad se excluye”.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2006, después de repasar la anterior doctrina, considera que “no existe por tanto una doctrina que, definitiva y unívocamente, sea aplicable a la singularidad del caso que hoy enjuicamos”. Señala el Tribunal que “la conclusión única que se obtiene es que cuando la agresión que sufre el trabajador por parte de un tercero –sea en el lugar de trabajo o *in itinere*– obedece a razones personales entre agresor y agredido, cobra fuerza la excepción legal y el resultado lesivo de la agresión no puede calificarse como accidente de trabajo. Pero en el presente supuesto no ocurre así. Entre agresor y trabajador agredido no existía relación alguna previa al suceso que provocó la muerte del segundo, por lo que sí aparece una similitud entre el caso presente y el contemplado en la citada sentencia de 3 de mayo de 1988, que calificó de accidental la muerte del mensajero por un terrorista, por más que en este supuesto se tratara de trabajador en misión, pues el inciso final del número 5 del artículo 115, que establece la excepción, no está referido a los accidentes *in itinere*, sino a todos. Por tanto, la excepción final referida del 115.5 de la Ley General de la Seguridad Social deberá interpretarse como excluyente de la calificación de accidente de trabajo cuando la agresión obedezca a motivos determinados ajenos al trabajo y próximos a circunstancias de agresor y agredido, pero no en los casos en los que, por las circunstancias, el suceso deba ser calificado como caso fortuito, tal y como aparece configurado en la doctrina de la Sala 1.^a de este Tribunal, que exige (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2004) “que se trate de un hecho que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable –de la Ley General de la Seguridad Social de 29 de abril de 1988, 1 de diciembre de 1994, 31 de marzo de 1995, siendo inexcusable la imprevisibilidad del daño causado”.

La sentencia entiende, así pues, que la actuación de un tercero, incluso con culpabilidad civil o criminal concurrente, no debe impedir la declaración de accidente de trabajo. Se trata de un suceso que puede ser asimilado al caso fortuito. Por tanto, se podrán excluir de la calificación de accidente laboral las agresiones que obedezcan a motivos determinados ajenos al trabajo y próximos a circunstancias de agresor y agredido, pero no los casos en los que, por las circunstancias, el suceso deba ser considerado como caso fortuito.

Como puede verse, se trata de un respuesta judicial en la que, de nuevo, se opta por la elasticidad del concepto tradicional de accidente de trabajo y, más concretamente, de su relación de causalidad (incorporando tanto la relación de causalidad inmediata –“con ocasión”– como mediata –“por consecuencia”–) con el meritorio objetivo de dotar de la máxima protección a los ciudadanos. La equiparación del “riesgo del ciudadano” con el “riesgo profesional” (MERCADER/NOGUEIRA) que por esta vía se produce no deja de ser cuestionable, máxime porque tal asimilación produce significativas distorsiones en la idea misma de accidente de trabajo. De seguir esta lenta pero imparable metamorfosis, cualquier día el concepto de accidente de trabajo terminará por despertarse como el kafkiano Gregor Samsa.

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
JESÚS R. MERCADER UGUINA

Impacto y perspectivas del principio comunitario de igualdad de trato: la experiencia española*

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

Catedrático de Derecho
del Trabajo
Universidad de Oviedo

Resumen

Impacto y perspectivas del principio comunitario de igualdad de trato: la experiencia española

El principio de igualdad y no discriminación forma parte de los ingredientes clásicos y fundamentales del Derecho comunitario, en un primer momento para acabar contra las diferencias entre hombres y mujeres en el ámbito del empleo y de las condiciones de trabajo, y posteriormente para luchar contra toda exclusión social. Aunque formalmente su transposición al sistema español haya sido un tanto irregular, figura también entre los principios básicos de nuestro ordenamiento, en el que cuenta ya con múltiples manifestaciones y soportes. Como resultado de esa acción legislativa, y en gran medida también por obra de los jueces y tribunales, puede

decirse que en la experiencia española han desaparecido ya antiguas formas de discriminación, sobre todo en relación con el trabajo femenino. Quedan, no obstante, residuos de prácticas anteriores, particularmente en relación con determinadas situaciones propias de la mujer (como el embarazo o la maternidad), y comienzan a dejarse notar otro tipo de diferencias en otros tiempos menos conocidas, especialmente en relación con los trabajadores precarios o los trabajadores con menor amparo sindical. La inmigración y las diferencias culturales o lingüísticas también son origen a veces de prácticas discriminatorias.

* Informe nacional aportado por el autor al Proyecto sobre Impact et perspectives des normes sociales européennes-Égalité de traitement, subvencionado por la Comisión Europea y gestionado por el Centre de Recherche en Droit Social de la Université Lumière Lyon 2, con la colaboración del Institut National du Travail y la Université Européenne du Travail. Se respeta el tono del informe, y se ha prescindido de las referencias bibliográficas del original, por ser suficientemente conocidas para el lector español. Forma parte también del Proyecto SEJ2005-08973 del Ministerio de Educación y Ciencia.

Abstract

Impact and perspectives of the communistic principle of equality of treatment: the spanish experience

The principle of equality and non discrimination is part of the classic and fundamental ingredients of the Communistic Right, in a first moment to end up with the differences between men and women in the environment of the employment and of the work conditions, and later on to fight against all social exclusion. Although formally its conversion to the Spanish system has been so often irregular, it also figures among the basic principles of our legal system, in which has already multiple manifestations and supports. As a result of that legislative action, and in a great measure also for the judges and tribunals' work, it can

be said that in the Spanish experience have already disappeared old discrimination forms, mainly in connection with the feminine work. They are, nevertheless, residuals of previous methods, particularly in connection with certain situations characteristic of the woman (as the pregnancy or the maternity), and it's beginnig to be noticed another type of differences in other times less known, especially in connection with the precarious workers or the workers with smaller syndical help. The immigration and the cultural or linguistic differences are also sometimes origin of discriminatory methods.

Sumario:

1. Presentación y planteamiento. 2. El marco de Derecho comunitario como punto de partida. 3. La transposición formal al ordenamiento español. 4. La recepción por vía judicial del principio de igualdad y no discriminación. 5. El estado de la negociación colectiva. 6. Las discriminaciones clásicas: el estado de la cuestión. A) El sexo. B) La discapacidad. C) Ejercicio de derechos básicos. 7. Los nuevos focos de la diferencia de trato. A) La edad. B) Nacionalidad, origen y raza (e inmigración). C) El estatuto jurídico del trabajador. D) El plano de las relaciones colectivas. 8. Mecanismos institucionales de promoción y control.

1. PRESENTACIÓN Y PLANTEAMIENTO

Las normas y directrices de la Comunidad Europea sobre igualdad y no discriminación (como en general el Derecho Social Comunitario) han tenido un impacto muy apreciable en el sistema español: el ordenamiento jurídico (y particularmente el laboral) está plagado de referencias a ese principio, los jueces y tribunales conocen y aplican de manera aceptable tanto la normativa europea como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, los actores sociales (sindicatos y asociaciones empresariales) tienen

muy presentes los objetivos de igualdad y no discriminación en sus acciones y propuestas, y los ciudadanos (en particular, los trabajadores) conocen bien el valor de la igualdad y están acostumbrados a exigir su efectivo cumplimiento. De todas formas, conviene hacer dos advertencias.

Por un lado, hay que tener en cuenta que el principio de igualdad y no discriminación no tiene tan sólo raíces comunitarias. Como se sabe, es un principio ya consagrado en otros muchos textos internacionales (de la ONU, de la OIT, del Consejo de Europa, etc.), desde los que ha tenido la oportunidad de incorporarse al sistema español. De hecho, ya era un principio muy conocido y practicado antes de la entrada de España en la Comunidad Europea, lo cual quiere decir que su vitalidad o capacidad de influencia en el sistema español no puede atribuirse en exclusiva al Derecho Social Comunitario. Incluso la propia evolución de la legislación española de carácter interno, unida a la práctica judicial, había ido abriendo espacios cada vez mayores para el principio de igualdad y no discriminación.

Por otro lado, y como cabía esperar, no puede decirse que el principio de igualdad y no discriminación carezca por completo de problemas de eficacia y aplicación en la realidad española y, en particular, en los sistemas de relaciones de trabajo y de protección social. Para tener una opinión más fundada es necesario, por ello mismo, reflexionar más sosegadamente sobre el estado de la cuestión, tratando de comprobar si junto a su reconocimiento formal, que no ofrece ninguna duda, también existe en la realidad española un respeto efectivo del derecho/deber de igualdad y no discriminación.

En buena lógica, para llevar a cabo ese tipo de indagación sería necesario, entre otros instrumentos, un estudio de carácter eminentemente estadístico o sociológico. No es ése, sin embargo, nuestro terreno de juego, sin perjuicio de que se hayan recabado opiniones y datos desde esos otros campos del conocimiento humano. Nuestra valoración es esencialmente jurídica, realizada a partir del clásico instrumental jurídico, aunque con especial atención a la realidad práctica.

En concreto, y después de una presentación general del marco jurídico comunitario en esta materia, vamos a detenernos en el proceso de transposición formal al ordenamiento social español de las reglas comunitarias sobre igualdad y no discriminación, en la experiencia judicial de interpretación y aplicación

LAS NORMAS Y DIRECTIVAS DE LA COMUNIDAD EUROPEA SOBRE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN HAN TENIDO UN IMPACTO MUY APRECIABLE EN EL SISTEMA ESPAÑOL

de dicho principio, y en su recepción dentro del sistema de negociación colectiva (y, por lo tanto, en la praxis de los actores sociales).

Una vez realizada esa valoración de tipo formal o sistemático, vamos a tratar de detectar e identificar los “puntos críticos” o “zonas de penumbra” del principio de igualdad y no discriminación en el sistema español, esto es: los supuestos reales en los que tal principio viene tropezando con mayores dificultades o resistencias, y las ocasiones en las que parece más complicada su efectiva aplicación.

Para toda esa labor conviene tener a la vista no sólo las reglas y previsiones comunitarias, sino también los objetivos que la Comunidad Europea ha tratado de alcanzar en este contexto. El primero de ellos, al menos en un orden cronológico, fue sin duda el de equiparar las condiciones de trabajo (especialmente en materia salarial) entre varones y mujeres, con el doble fin de acabar con las disparidades reinantes en el espacio comunitario y de contribuir, desde ese flanco, al progreso social. El segundo, de contornos más amplios y de implantación más moderna, es el de luchar contra la “exclusión social”, para garantizar la igualdad de oportunidades de todas las personas y grupos sociales, con independencia de su origen, sus convicciones o cualesquiera otras características o circunstancias de orden personal o social.

Obviamente, la Comunidad Europea también trató desde sus mismos orígenes de acabar con la diferencia de trato por razón de nacionalidad dentro de sus fronteras. Pero quizá ésta sea una vertiente del principio de igualdad y no discriminación mucho más singularizada y especial, tanto por sus fines como por su radio de acción. Téngase en cuenta que la pretensión de las normas comunitarias en este terreno tan particular no era otra que la creación de un espacio de libre circulación, o un mercado único de trabajadores, por decirlo de otro modo. No es la igualdad en sí misma lo que se persigue, sino la libertad plena de movimientos; la igualdad es un requisito y un ingrediente imprescindible en este contexto, pero no es el objeto directo de esta parcela de la política comunitaria.

2. EL MARCO DE DERECHO COMUNITARIO COMO PUNTO DE PARTIDA

No hace falta decir que el principio de igualdad de trato y no discriminación es uno de los más tradicionales y arraigados en el Derecho social comunitario, pues ya estaba presente (bien es cierto que tan sólo en su estricta dimensión de igualdad entre varón y mujer en materia salarial) en las primeras versiones del Tratado. Con el paso de los años y, en especial, con las reformas introducidas a partir de la Carta de derechos sociales de 1989 y del Tratado de Maastricht de 1992, ha ampliado notablemente su radio de acción y ha pasado a formar parte de otros núcleos normativos dentro del Derecho comunitario. Hoy en día, después de ese constante proceso de crecimiento, las alusiones comunitarias al principio de igualdad y no discriminación pueden seguramente clasificarse en cuatro grandes apartados (todos ellos identificables, por cierto, en el Proyecto de Constitución Europea preparado en estos primeros años del siglo XXI):

El principio comunitario de igualdad de trato

A) El de los principios y objetivos generales, en el que se sigue haciendo referencia a la promoción de la igualdad entre el hombre y la mujer (artículo 2 TCE) y en el que, como aspecto más novedoso, se contiene una llamada a la adopción de “acciones adecuadas” para luchar contra la discriminación por razón de sexo, de origen, racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (artículo 13 TCE) y, en general, para combatir “las exclusiones” (artículo 136 TCE), de modo que el principio de igualdad y no discriminación pasa a configurarse también como un instrumento de lucha contra la exclusión social.

B) El de las declaraciones de derechos, en el que deben destacarse dos instrumentos básicos: la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989, que proclama la necesidad de “garantizar la igualdad de trato” y de “luchar contra las discriminaciones en todas sus formas, en particular las basadas en el sexo, el color, la raza, las opiniones y las creencias” (preámbulo), y vuelve a consagrar el derecho a la igualdad entre hombre y mujer (artículo 16), y la Carta de derechos fundamentales de 2000, que declara la igualdad ante la ley de todas las personas (artículo 20) y prohíbe toda discriminación, “en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual” (artículo 21).

C) El de las directrices generales (que a su vez son normas de desarrollo de aquellas reglas fundacionales), que hoy en día (y dejando al margen de momento el factor “sexo” o “género”) tiene su principal soporte en la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y en la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

D) El de las reglas específicas sobre el principio de igualdad entre trabajadores y trabajadoras en el terreno laboral y del empleo, que tiene su raíz en el deber general impuesto a los Estados miembros de igualdad en materia retributiva y de condiciones de trabajo (artículo 141 TCE), y que se compone a estas alturas de un importante acervo de Directivas comunitarias, entre las que ocupan un lugar preeminente la Directiva 75/117/CEE, sobre igualdad en materia salarial; la Directiva 76/207/CEE (reformada por Directiva 2002/73/CE), sobre igualdad en materia de empleo y de condiciones de trabajo; la Directiva 79/7/CEE (completada por las Directivas 86/378/CEE y 86/613/CEE), sobre igualdad en materia de seguridad social, y la Directiva 97/80/CE, sobre distribución de la carga de la prueba (a las que podrían añadirse, por ocuparse también de cuestiones ligadas a la igualdad de trato, la Directiva 92/85/CEE, sobre protección de la trabajadora embarazada, y la Directiva 96/34/CE, sobre permiso parental).

Todo este conglomerado normativo —que se ha ido construyendo, dicho sea de paso, en sentido inverso al de su descripción anterior, es decir, “de menos a más”— tiene ya por objeto no sólo impedir las discriminaciones y diferencias injustificadas, sino también promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, exigir a las autoridades

públicas una constante actitud de vigilancia frente a las conductas discriminatorias y proveer a los interesados de los medios precisos para que hagan valer sus derechos ante los jueces y tribunales. Se trata, además, de un conjunto de normas que va ampliándose y perfeccionándose con el paso del tiempo, y que ha transcurrido, concretamente, desde su configuración inicial como derecho a la igualdad entre hombre y mujer en materia salarial hasta su actual conformación como principio básico y transversal de la acción comunitaria, que se proyecta con carácter general en el ámbito del empleo (colocación, condiciones de trabajo, protección social), e incluso en el conjunto de las relaciones sociales, y que es apto para reprimir cualquier tipo de práctica discriminatoria (directa o indirecta, flagrante o soterrada), incluidas las que al mismo tiempo constituyen acoso u hostigamiento (sea de carácter sexual o de carácter moral).

La evolución de este principio ha ido unida, por otra parte, a la progresiva adhesión de la Comunidad Europea a la política global de lucha contra el racismo y la xenofobia, de promoción de la igualdad de oportunidades y de integración social de todas las personas, tanto en el mundo profesional como en el acceso a los servicios y bienes sociales (educación, asistencia social, asistencia sanitaria, vivienda y otras “ventajas sociales”). Como dijimos, el principio de igualdad y no discriminación es hoy en día un arma esencial en la lucha contra la marginación y la exclusión social.

El ámbito material de este sector del derecho comunitario puede sintetizarse en tres grandes tipos de cuestiones:

A) La definición de los conceptos básicos, a resultas de la propia evolución de la normativa comunitaria pero también de la labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la UE. Tres son los conceptos que de forma predominante se manejan en este acervo normativo: “igualdad de trato”, entendida como ausencia de toda discriminación, tanto directa como indirecta; “discriminación” (que puede ser directa o indirecta), entendida como distinción en base a un factor indebido o injustificado (sexo, origen racial o étnico, religión, discapacidad, edad, etc.), y “acoso”, como modalidad de discriminación específicamente dirigida a atentar contra la dignidad de la persona y a crearle un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

B) La prohibición de discriminaciones pero, al mismo tiempo, la progresiva identificación de los márgenes o espacios en los que es posible la diferencia. Según el Derecho comunitario, el trato diferenciado puede justificarse, para sintetizar, en cuatro hipótesis: cuando tenga por fin prevenir o compensar las desventajas que afecten a determinados grupos de personas (discapacitados, mujeres, miembros de una determinada etnia, etc.) y de esa manera garantizar plenamente su igualdad (acciones positivas); cuando esté relacionado de forma irreparable con la naturaleza y las necesidades de una determinada actividad profesional (por ejemplo, por el ideario de la empresa), siempre que su objetivo sea legítimo y su uso sea proporcionado; cuando responda a fines de política de empleo o de regulación del mercado de trabajo (como el establecimiento de edades mínimas o máximas de acceso al empleo), y, en fin, cuando conecte con requerimientos del sistema

social y político (como el control de entrada de trabajadores extranjeros).

C) El establecimiento de mecanismos e instrumentos aptos para procurar la difusión y aplicación efectiva del principio de igualdad y no discriminación: procedimientos judiciales, administrativos o extrajudiciales de conciliación para la resolución de las pertinentes quejas, reclamaciones o controversias; apertura de cauces apropiados para la “acción colectiva” de asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas con interés legítimo en el asunto; traslación o inversión de la carga de la prueba en caso de imputación racional y razonable de conductas discriminatorias; medidas de protección frente al despido o frente a cualesquiera otras consecuencias negativas que pudiera sufrir el interesado a resultas de su reclamación, y, en general, puesta en marcha de resortes o instancias administrativas de fomento y promoción de la igualdad, especialmente mediante el diálogo social.

3. LA TRANSPOSICIÓN FORMAL AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Como es sabido, las previsiones comunitarias sobre igualdad y no discriminación obligan a los Estados miembros en muchos sentidos (dirección política, programación presupuestaria, organización institucional, difusión y mentalización, supervisión y control, etc.), pero ante todo les imponen una obligación de transposición formal de las correspondientes directrices jurídicas. Desde este punto de vista, la situación del ordenamiento español es un tanto peculiar. No puede decirse desde luego que España haya incumplido los correspondientes mandatos comunitarios, pero también es verdad que no se ha producido en su sistema legal una recepción completa y acabada del conjunto de previsiones comunitarias; al menos, no hay una correlación exacta, en este plano formal, entre la normativa comunitaria en materia de igualdad y no discriminación y la normativa española. Dicho de otro modo: aunque el ordenamiento español esté bien cargado de referencias al principio de igualdad y no discriminación, su fisonomía o apariencia formal es muy distinta de la del Derecho comunitario. Es patente la influencia de la norma comunitaria, pero su incorporación se ha llevado a cabo de un modo muy disperso y fragmentario, que no supone en sí misma incumplimiento, pero que propicia la existencia de zonas de penumbra u oscuridad, y abre algunos riesgos de insuficiencia o desajuste.

**ESPAÑA NO
HA INCUMPLIDO LOS
MANDATOS COMUNITARIOS
PERO NO HAY
CORRELACIÓN EXACTA
ENTRE LAS NORMATIVAS
COMUNITARIA Y ESPAÑOLA
EN MATERIA DE IGUALDAD
Y NO DISCRIMINACIÓN**

De cualquier forma, las actuaciones registradas en el ordenamiento español con una finalidad más o menos marcada de transponer las normas comunitarias sobre igualdad y no discriminación son numerosas, y podrían compendiarse en cuatro grandes apartados:

A) Transposición formal y estricta de Directivas comunitarias. Por el momento, la única norma que de momento ha materializado una operación de estas características es la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, que (bien es verdad que dentro de una regulación mucho más amplia) llevó a cabo la transposición de las Directivas 2000/43 y 2000/78. En realidad, se trata de una norma de “reproducción” del Derecho comunitario de referencia, pues prácticamente se limita a incorporar al ordenamiento interno español el tenor de dichas Directivas, sin atreverse a una especificación o adecuación de sus mandatos a las características del sistema español, algo que podría haber sido muy pertinente en algunos de sus pasajes; por ejemplo, el que se refiere a la admisibilidad de la diferencia de trato en razón de las características del trabajo o de la correspondiente actividad profesional, o el que se refiere a la posibilidad de adoptar medidas de acción positiva para superar la desventaja de determinados grupos sociales. En todo caso, se trata de una disposición legal que acoge todas las medidas de refuerzo y de acción institucional previstas por la normativa comunitaria para garantizar la igualdad y la no discriminación en relación con los factores contemplados por aquellas Directivas comunitarias (origen racial o étnico, religión, convicciones personales, discapacidad, edad y orientación sexual), tanto en el ámbito del empleo como en el de las relaciones sociales, y que introduce los correspondientes cambios en las disposiciones legales afectadas, muchas de ellas de orden laboral (Estatuto de los Trabajadores, Ley de Procedimiento Laboral, Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social, etc.)

Se encuentran en fase de proyecto, en todo caso, otras dos disposiciones legales de transposición directa y expresa de las reglas comunitarias sobre igualdad y no discriminación: la primera de ellas sobre igualdad de la mujer y la segunda sobre igualdad de las personas con discapacidad (terrenos en los que, por cierto, ya se han producido operaciones parciales o fragmentarias de transposición; un ejemplo de ello es la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, sobre igualdad de oportunidades de los discapacitados). Aunque son de carácter general, ambas disposiciones incluyen reglas de contenido laboral y de promoción en el ámbito del empleo.

B) Cambios y modificaciones ocasionales de la legislación laboral con fines de adaptación al Derecho comunitario. Tal vez el más significativo de ellos sea el relativo al principio de igualdad entre varón y mujer en materia retributiva, que está consagrado desde hace tiempo en un precepto legal específico (artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores, a partir del artículo 35.1 de la Constitución) y que ha experimentado numerosas revisiones con fines de acomodación de su tenor literal al Derecho comunitario (tanto a las normas en sentido estricto como a la jurisprudencia del TJCE). Otros cambios importantes se han producido, con ese mismo objetivo (y, en especial, con el objetivo de proteger a la mujer trabajadora), en las reglas sobre clasificación profesional, sobre ascenso y sobre despido (artículos 22, 24 y 55 ET). También se han revisado las reglas sobre trabajo a tiempo parcial (artículo 12 ET) y trabajo temporal (artículo 15

El principio comunitario de igualdad de trato

ET), para imponer de forma más intensa un mandato de igualdad de trato en relación con los trabajadores ordinarios. Particular interés presenta, en fin, la progresiva incorporación al Derecho español de diversas referencias legales al acoso sexual y al acoso discriminatorio.

C) Intensificación de los principios de igualdad y no discriminación a través de reformas legales paralelas, pendientes de otros temas pero con el objetivo común de caminar hacia la igualdad real y efectiva de los grupos sociales más desfavorecidos. Tal es el caso de la Ley de prevención de riesgos laborales de 1995 (que incorpora medidas especiales de protección de la mujer), la Ley de conciliación de la vida laboral y familiar de 1999 (que contribuye a la igualdad real de hombres y mujeres en el trabajo y en las relaciones sociales), la Ley de igualdad de oportunidades de personas discapacitadas de 2003 (que busca la plena integración social de las mismas), y la Ley de violencia de género de 2005 (que de nuevo quiere actuar como medida de acción positiva a favor de la integración social y laboral de la mujer). Una consideración similar podría hacerse a propósito de algunas normas de ámbito autonómico aprobadas en los últimos años (violencia contra la mujer o violencia doméstica, promoción laboral de la mujer, etc.)

D) Implantación de medios de promoción e instrumentos de garantía del principio de igualdad y no discriminación. La promoción ha sido acometida principalmente a través de programas de fomento del empleo, acciones de formación profesional y planes de modernización administrativa. Los instrumentos de garantía han sido introducidos sobre todo a través de las pertinentes reformas en la Ley de Procedimiento Laboral (reglas sobre distribución de la carga de la prueba), en la Ley de infracciones y sanciones en el orden social (tipificación de los actos discriminatorios a efectos de sanción administrativa) y en el Código penal (delito de discriminación), sin contar con la progresiva extensión de la ya tradicional declaración de nulidad de los actos discriminatorios (artículo 17.1 ET, como principal fórmula de acogida).

El sistema español también se ha preocupado, por otra parte, de promover la igualdad de oportunidades en el ámbito del empleo, bajo el presupuesto de que es el punto de partida para la igualdad real en las relaciones laborales y sociales. Con base en las oportunas habilitaciones legales [artículo 17.3 ET y artículo 2.d) de la Ley de Empleo de 2003, fundamentalmente], los sucesivos programas de fomento y promoción del empleo contienen medidas especiales para facilitar la colocación de las personas pertenecientes a los grupos más desfavorecidos o “subrepresentados” en el mercado de trabajo, entre los que habitualmente figuran las mujeres, los discapacitados y, en general, las personas en situación de exclusión social. Estas acciones son muy variadas y utilizan incentivos de muy diverso tipo. Generalmente se trata de incentivos de tipo económico y financiero (subvenciones, bonificación de cuotas de seguridad social, desgravaciones fiscales, etc.), y, en el caso de trabajadores discapacitados (no así en el de las mujeres, por ahora al menos), contienen también reservas, cupos o preferencias de empleo.

No hay que olvidar, de cualquier manera, que el ordenamiento español cuenta desde hace tiempo –con anterioridad a su incorporación a la Comunidad Europea, para ser más

exactos— con numerosas cláusulas de igualdad de trato y no discriminación, tanto de orden general como de carácter laboral, lo cual ha permitido, sin duda alguna, ralentizar o hacer menos imperiosa la incorporación formal de las directrices comunitarias. Podría decirse, aun a riesgo de cierta exageración, que el ordenamiento español ya estaba suficientemente dotado de resortes y previsiones en esta materia, por lo que la entrada en la Comunidad no podía significar más que una intensificación de sus líneas de evolución en las últimas décadas.

La más general de esas cláusulas “externas” al Derecho social comunitario es la del artículo 14 de la Constitución, que reconoce la igualdad de los españoles ante la ley para el conjunto de las relaciones sociales y que prohíbe de manera expresa la discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión y opinión, así como por “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, lo cual tiene la ventaja de permitir la incorporación sucesiva y progresiva de otros factores de no discriminación (como los que va identificando el Derecho comunitario, por cierto).

Dentro de la legislación laboral, la cláusula más ambiciosa es la que se recoge en el artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores (adaptado progresivamente a las exigencias del Derecho comunitario; por ejemplo, por la Ley 62/2003), que declara la nulidad de las discriminaciones directas o indirectas en el ámbito del empleo y de las condiciones de trabajo por motivos de edad, discapacidad, sexo, origen, estado civil, condición social, religión, convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos, vínculos de parentesco o lengua dentro del Estado español. El artículo 4 de esa misma disposición legal reconoce a los trabajadores el “derecho” a la igualdad y a la no discriminación en su relación de trabajo.

Junto a las ya citadas pueden identificarse otras muchas reglas de igualdad y no discriminación a lo largo del ordenamiento jurídico español, alguna de ellas en la propia Constitución (artículo 23 sobre el acceso a los cargos públicos, artículo 35.1 en relación con algunos derechos laborales) y otras muchas en la legislación laboral ordinaria (artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores en materia de colocación, artículo 68 del Estatuto de los Trabajadores en materia de representación de los trabajadores, artículos 12 a 15 de la Ley Sindical en materia de garantías sindicales, artículo 23 de la Ley sobre derechos y libertades de los extranjeros, etc.)

4. LA RECEPCIÓN POR VÍA JUDICIAL DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

En todo caso, y pese a esa situación de abundancia normativa, puede que la principal vía de recepción y asimilación del principio de igualdad y no discriminación por parte del sistema español haya tenido lugar por vía judicial. Aun tratándose de un sistema de civil law, esta conclusión no debe extrañar, puesto que al fin y al cabo estamos hablando de un principio general (igualdad y no discriminación) que, como tal, tiene en la labor

El principio comunitario de igualdad de trato

de interpretación y aplicación de la ley uno de sus principales cauces de esclarecimiento e irradiación. Ni qué decir tiene que ésta es la labor típica de los jueces y tribunales. Puede decirse incluso que los órganos judiciales están mucho mejor dotados que el legislador para glosar el alcance, el contenido, el radio de acción y los efectos del principio de igualdad y no discriminación.

Sea como fuere, lo cierto es que el principio de igualdad y no discriminación ha penetrado profundamente en el orden de valores de la jurisdicción española, que además de incorporarlo a sus pautas de razonamiento y a sus criterios de fundamentación de las sentencias, se ha erigido en uno de sus principales valedores y en uno de sus más efectivos centros de difusión. En el desarrollo de esa tarea la jurisdicción española, lógicamente, ha tenido a la vista muchos cánones o puntos de referencia, tanto internos como de carácter internacional. Pero no cabe ninguna duda de que uno de los más importantes ha sido el Derecho comunitario; hay que reconocer que el acervo comunitario no ha sido su única fuente de conocimiento y de influencia, pero probablemente haya que reconocerle un papel de protagonista.

A decir verdad, el punto de partida para la interpretación y aplicación del principio de igualdad y no discriminación en la experiencia española ha de situarse en la cláusula general del artículo 14 de la Constitución, cuyo intérprete máximo, como de todo el texto constitucional, es el Tribunal Constitucional, que no por casualidad ha sido el principal responsable de la difusión y promoción de aquel principio en el sistema español. Pero para esa labor interpretativa el Tribunal Constitucional se sirvió en gran medida tanto de las normas y declaraciones internacionales (entre otros motivos, para seguir las indicaciones del artículo 10.2 del propio texto constitucional) como de la experiencia jurisprudencial de los correspondientes órganos jurisdiccionales. Entre esas normas se encontraba, naturalmente, el Derecho comunitario, y entre estas instancias de carácter jurisdiccional figuraba, como es fácil de imaginar, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. No puede extrañar, por lo tanto, que una de las más importantes corrientes de inspiración de la jurisprudencia constitucional española sobre igualdad y no discriminación proceda de la jurisprudencia comunitaria. Con el paso de los años esa influencia (mediatizada o no por el Tribunal Constitucional) se extendería a la jurisdicción ordinaria, que también viene contribuyendo a la difusión, defensa y garantía de la igualdad y no discriminación,

**LA INFLUENCIA DEL
DERECHO COMUNITARIO
SE APRECIA EN LA
DEFENSA DE LA IGUALDAD
SALARIAL ENTRE
HOMBRE Y MUJER,
EN LA PROTECCIÓN DE
LA MUJER TRABAJADORA
EMBARAZADA Y
EN LAS DEMANDAS POR
DISCRIMINACIÓN**

particularmente en el terreno de las relaciones de trabajo (el que corresponde, dicho sea de paso, al orden social de la jurisdicción, en cuya cúspide se encuentra la Sala de lo Social del Tribunal Supremo).

La influencia del Derecho comunitario (en su doble dimensión: normativa y jurisprudencial) en la jurisprudencia española se ha dejado notar en muchos aspectos y tipos de materias, aunque quizá sea de justicia destacar las tres siguientes:

A) Igualdad entre hombres y mujeres en materia salarial, donde la labor jurisdiccional se ha concentrado especialmente en sacar a la luz y dejar sin efecto las cláusulas de aquellos pactos o convenios colectivos que (generalmente, por vías indirectas o mediatas, y casi siempre mediante la creación de categorías exclusivas o esencialmente “femeninas”), preveían una retribución inferior para el trabajo de la mujer, incluso en aquellos casos en que el valor de uno y otro tipo de trabajo podía estimarse igual o equivalente. En este contexto ha jugado un papel estelar, a fin de cuentas, la regla de igual salario por trabajo de igual valor, que pese a tener su origen en las normas de la OIT ha sido difundida sobre todo por el Derecho comunitario (al menos en la experiencia española). Hoy en día, este tipo de prácticas está en franco retroceso, sin duda por influencia, a través de la jurisprudencia española, de las reglas y directrices comunitarias.

B) Protección de la mujer trabajadora en situación de embarazo. Esta situación, como se sabe, puede generar muy diversos riesgos para la mujer pero sobre todo suele provocarle especiales dificultades para continuar con el empleo o renovar su vinculación laboral con la empresa. Es fácil, dicho de otro modo, que la trabajadora sea en tales casos víctima de decisiones de no contratación, de no renovación de su contrato temporal o de despido, lo cual, como ha dicho la jurisprudencia comunitaria reiteradamente, constituye una discriminación por razón de sexo, al tratarse de una circunstancia que sólo afecta, por naturaleza, a la mujer, nunca al varón. En este terreno, la jurisprudencia española ha vuelto a seguir, de manera muy fiel, las orientaciones y resoluciones de la jurisprudencia comunitaria, ampliando progresivamente esta técnica de protección (la nulidad de la decisión empresarial por entenderse discriminatoria) desde su inicial adscripción a los actos de despido hacia todos aquellos supuestos en los que la finalización de la vinculación laboral de la trabajadora con la empresa se deba a su embarazo (señaladamente, la ruptura del contrato durante el período de prueba y la no renovación de un contrato temporal).

C) Traslación de la carga de la prueba en las demandas por discriminación. Como es sabido, una de las principales dificultades de quienes sufren actos discriminatorios estriba en la aportación de pruebas de cargo suficientes. Para tratar de remediarla, el Derecho comunitario ha difundido en los últimos años la técnica de la “traslación” (o “inversión”, según algunos) de la carga de la prueba, exigiendo al demandado la aportación de una prueba concluyente de no discriminación, siempre que haya indicios racionales de una práctica discriminatoria en las alegaciones del demandante. Esta técnica tiene origen jurisprudencial, y en España viene siendo utilizada desde los primeros años de la década de los ochenta, en un primer momento para combatir las discriminaciones de tipo

El principio comunitario de igualdad de trato

sindical, y con posterioridad para hacer frente a las discriminaciones por razón de sexo o por razón de ejercicio de derechos fundamentales (entre ellos, el derecho a reclamar judicial o extrajudicialmente para la tutela de intereses legítimos). En su origen, fue una técnica promovida en el sistema español por la jurisprudencia constitucional, pero hoy en día conecta de manera muy clara con las directrices de Derecho comunitario, que están ayudando a su generalización.

En un balance de conjunto, y en buena medida por influencia de la norma y la jurisprudencia comunitarias, puede decirse que la actitud de los órganos judiciales en España es muy proclive a preservar la regla de igualdad y no discriminación, lo que les lleva en infinidad de ocasiones a estimar las demandas o quejas de los interesados, siempre que cuenten con un mínimo fundamento. Desde este punto de vista puede decirse, así pues, que el principio de igualdad y no discriminación no se encuentra, ni mucho menos, desasistido. Existe una alta probabilidad de que las reclamaciones sean atendidas, especialmente cuando se invoca el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo. La jurisprudencia española, por otra parte, no sólo ha propiciado la difusión y la defensa del principio de igualdad y no discriminación, sino que también ha aportado instrumentos particularmente eficaces para su tutela efectiva, entre los que debe destacarse el ya citado de la traslación de la “carga de la prueba”.

Por otra parte, la jurisprudencia española sobre igualdad y no discriminación ha sido elaborada a partir de asuntos muy variados, lo cual quiere decir, al mismo tiempo, que los efectos de dicho principio se han expandido en un radio de acción muy amplio. Seguramente sus principales focos de atención han sido los siguientes:

– La discriminación por motivos sindicales, terreno éste en el que se conocieron asimismo las primeras aplicaciones judiciales de la técnica de la traslación de la carga de la prueba y en el que los jueces y tribunales han logrado un grado muy considerable de protección de los trabajadores, hasta el punto de que a veces podrían sorprender las ventajas y garantías de que gozan los representantes o afiliados sindicales.

– La discriminación de la mujer, que en la experiencia judicial ha ido basculando desde las iniciales quejas de desigualdad salarial a las más modernas de postergación con vistas a la promoción o al ascenso y de despido o no renovación del contrato por causa de embarazo, supuestos estos en los que los tribunales también han conseguido poner en circulación una doctrina firme de claro sentido protector.

– El ejercicio de derechos fundamentales y, en particular, el derecho a reclamar en sede judicial la no discriminación por esa causa, lo cual ha dado lugar, por cierto, a un nuevo instrumento de protección de raíz jurisprudencial conocido como “garantía de indemnidad”, que trata de cerrar el paso a toda conducta que tenga por objeto tomar represalias, perjudicar o discriminar a una persona por el solo hecho de buscar la tutela judicial de sus intereses legítimos.

– La diferencia de trato en materia salarial, que en los últimos años no se está limitando a la histórica segmentación entre hombres y mujeres sino que se viene produciendo

también por otros factores que, a diferencia del anterior, no son de tipo personal, sino de carácter objetivo o de raigambre laboral, como la modalidad del contrato de trabajo (fijo o temporal), la antigüedad o permanencia en la empresa, la fecha de ingreso, la procedencia laboral (a raíz de una transmisión de empresa, por ejemplo), o el régimen de vinculación a la empresa (laboral o funcional, algo propio de entidades públicas).

En términos generales, los criterios defendidos y difundidos por la jurisprudencia española acerca del principio de igualdad y no discriminación coinciden con la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Pero vale la pena resaltar dos matices diferenciales, seguramente de no excesiva trascendencia. Por un lado, no parece que tenga acogida en la jurisprudencia española la tesis del TJCE según la cual el derecho a la igualdad exige no sólo un trato igual en condiciones materiales de igualdad, sino también un trato diferente cuando las condiciones reales son diferentes. Para la jurisprudencia española (la jurisprudencia constitucional, especialmente), el derecho a la igualdad debe entenderse en el primero de esos sentidos, pero no en el segundo: no hay, por decirlo de otro modo, un derecho fundamental (constitucional) a ser diferenciado (sin perjuicio de que conforme a la legislación ordinaria o a la regulación sectorial aplicable deba o no diferenciarse el trato dispensado a dos supuestos distintos). Tampoco ha aflorado en la jurisprudencia española, por cierto, el problema de las acciones positivas, que se distinguen de las anteriores en que su objetivo no es exactamente diferenciar (aunque entrañen una diferencia real), sino más bien equilibrar o compensar una situación previa de inferioridad; no se conoce bien, por lo tanto, la posición de los jueces españoles sobre ese tipo de medidas.

Por otro lado, la jurisprudencia española –al menos, mayoritariamente– procura distinguir entre el derecho a la igualdad de trato y el derecho a la no discriminación. Según esta tesis, el principio de igualdad afecta sobre todo a los poderes públicos y admite aquellas diferencias de trato que estén fundadas en causas objetivas y razonables. Sin embargo, el principio de no discriminación alcanza al conjunto de las relaciones sociales (también al empresario), y tiene por objeto erradicar toda diferencia de trato que tenga su raíz en una serie de motivos (sexo, edad, discapacidad, origen, etc.) que se consideran especialmente rechazables desde el orden de valores propio de un sistema democrático. En el terreno del empleo y de las condiciones de trabajo, esta tesis se viene utilizando sobre todo para valorar las diferencias de trato que en materia salarial, y a través del convenio colectivo o de la práctica empresarial, se introducen a veces entre trabajadores que, realizando el mismo trabajo, presentan algún dato diferencial de carácter secundario, como la antigüedad, la fecha de incorporación a la empresa o la modalidad del contrato. Aunque la cuestión no esté del todo cerrada, podría decirse que para la jurisprudencia española, la eventual diferencia de trato por alguna de esas razones no es en sí misma discriminatoria y, por lo tanto, no es ilegítima, salvo cuando exista un mandato específico de igualdad.

5. EL ESTADO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Si la jurisprudencia ha sido el gran motor de difusión y aplicación del principio de igualdad y no discriminación en España, no puede decirse lo mismo de la negociación colectiva. Aunque con mucha frecuencia se solicita y se propone que en los convenios colectivos se incorporen cláusulas de igualdad, y que se erradiquen las cláusulas de contenido discriminatorio, lo cierto es que en los momentos actuales todavía es difícil encontrar en esas normas profesionales una posición decidida en ese sentido, tal vez por la propia inercia de los procesos de negociación, y quizá también porque las representaciones que negocian en nombre de los trabajadores siguen teniendo una composición muy tradicional, lo que les confiere un cierto sesgo en perjuicio de determinados grupos de trabajadores; siguen extrayéndose, por decirlo de otro modo, de una población laboral mayoritariamente masculina y acostumbrada a la estabilidad en el empleo, muy distante ya de las preocupaciones propias de las mujeres, de los jóvenes y de los trabajadores temporales o a tiempo parcial. Hay que tener en cuenta, asimismo, que en España no suele acudir al convenio colectivo para la transposición formal de las directrices comunitarias, sin perjuicio de que, obviamente, el convenio colectivo no pueda quedarse al margen de las mismas.

En todo caso, la negociación colectiva (y los actores sociales que la promueven y desarrollan, que son los sindicatos y las asociaciones empresariales principalmente) viene tomando conciencia en los últimos años de la necesidad de atender en mayor medida al principio de igualdad y no discriminación en ese terreno de la regulación sectorial o profesional de las condiciones de trabajo, tal vez por la alerta causada a raíz de la relativa frecuencia con la que los jueces y tribunales anulan cláusulas pactadas en base a su carácter discriminatorio. Esa toma de conciencia puede apreciarse sobre todo en los Acuerdos interprofesionales firmados en los últimos años entre las organizaciones sindicales y empresariales más representativas (ANC), que incluyen un capítulo completo con propuestas y directrices encaminadas a promover la igualdad de trato (sobre todo en su versión de “igualdad de oportunidades”) y a combatir la discriminación en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo, especialmente por razón de sexo.

Con este fin, el ANC hace por lo pronto una apuesta general por la remoción y superación de las dificultades de inserción laboral con que suelen tropezar los grupos de población que

**LA NEGOCIACIÓN
COLECTIVA TAMBIÉN HA
EMPEZADO A CONTRIBUIR
EN ESPAÑA A LA
PROMOCIÓN
DE LA IGUALDAD Y
A LA LUCHA CONTRA LA
DISCRIMINACIÓN
EN EL EMPLEO Y
EN LAS CONDICIONES
DE TRABAJO**

desde esta perspectiva suelen considerarse más desfavorecidos (como los discapacitados, los mayores de cuarenta y cinco años, los jóvenes, las mujeres o los inmigrantes), y a tal efecto reclama, por ejemplo, la inserción en los convenios de “cláusulas declarativas antidiscriminatorias”, la eliminación de los obstáculos que habitualmente tienen estas personas para acceder a la estabilidad en el empleo, y el establecimiento de condiciones de trabajo adecuadas a sus características (especialmente en el ámbito de la prevención de riesgos laborales).

Ya en relación con el trabajo de la mujer, el ANC promueve la inclusión en los convenios colectivos de medidas de “acción positiva” y reglas de selección y colocación que fomenten el acceso y la estabilidad de la mujer al empleo, así como la revisión de los sistemas de clasificación profesional, ascensos y retribución para depurar eventuales desviaciones sexistas en perjuicio de la mujer. También se propone una regulación de los tiempos de trabajo, de formación y de descanso que permita conciliar “las necesidades productivas y las de índole personal y familiar”, y se hace una llamada a la aplicación efectiva de los derechos laborales que la legislación sobre “violencia de género” concede a las mujeres.

En esta línea, cada vez es más frecuente que los convenios colectivos incluyan declaraciones generales a favor de la igualdad de trato y la no discriminación, especialmente por razón de sexo (como las que tratan de erradicar las prácticas de acoso sexual). También va creciendo el número de convenios colectivos que incorporan planes o medidas para favorecer la contratación o promoción laboral de las mujeres, lo mismo que se incrementa progresivamente el número de los que incluyen cláusulas o previsiones destinadas a favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar (mediante “permisos parentales”, entre otros instrumentos) y a proteger eficazmente a la trabajadora embarazada. Según todos los indicios, va en camino de desaparecer, asimismo, la tradicional diferencia entre hombres y mujeres en los sistemas de clasificación profesional y de remuneración del trabajo.

Puede decirse, por consiguiente, que la negociación colectiva también ha empezado a contribuir en España a la promoción de la igualdad y a la lucha contra la discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo. Es verdad, no obstante, que aún cabe encontrar residuos de discriminación de la mujer, normalmente por procedimientos indirectos (como la exigencia de cualificaciones o titulaciones innecesarias para el trabajo), y también cabe detectar la emergencia de nuevas prácticas diferenciadoras, que en algunos casos pueden ser legítimas y aceptables pero que en otros muchos quizá sean discriminatorias y por lo tanto inaceptables. Tal es el caso de la distinción entre trabajadores fijos y trabajadores temporales, que en ocasiones es directa y en otros casos indirecta o incluso encubierta. Tal es el caso también de la distinción entre trabajadores con cierta antigüedad y trabajadores de nuevo ingreso (generalmente más jóvenes). Tal es el caso, en fin, de la distinción entre trabajadores según su edad y, sobre todo, la postergación, a determinados efectos, de jóvenes (salario) y de trabajadores de edad madura (extinción del contrato). Puede que algunas de estas prácticas no se acomoden bien a las directrices comunitarias.

6. LAS DISCRIMINACIONES CLÁSICAS: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

No parece que el sistema legal español deje en la actualidad muchos flancos abiertos a las conductas discriminatorias, al menos formalmente. Tampoco parece que hoy en día “prevalezcan” las discriminaciones que en otros momentos pudieron existir y que el artículo 14 CE se empeñó en combatir desde sus primeros momentos. El escenario tradicional español, así pues, parece haber cambiado, una vez depurados, por vía legal y jurisprudencial, los focos de tensión más agudos o problemáticos. Ello no quiere decir que hayan desaparecido los problemas ni los riesgos de lesión del principio de igualdad y no discriminación, pero no cabe duda de que la situación ha mejorado de forma notable en comparación con décadas pasadas.

A) El sexo

Uno de los ámbitos en los que se ha registrado en mayor medida esa transformación es el de la discriminación por razón de sexo. Seguramente era éste el factor de discriminación que mayor preocupación concitaba en España con la implantación del actual sistema democrático, habida cuenta que en esos momentos la mujer tropezaba con bastantes barreras de acceso al empleo y en términos generales era objeto de una regulación y una práctica laboral netamente perjudicial o discriminatoria. No puede extrañar, por ello, que tanto en la Constitución de 1978 como en la legislación postconstitucional se hicieran numerosas referencias a la igualdad y no discriminación por razón de sexo (como la del artículo 35 CE). Tampoco podía extrañar que a este factor estuviera referida la mayor parte de la jurisprudencia (constitucional y ordinaria) aparecida a lo largo de los años ochenta y noventa en relación con el principio de igualdad y no discriminación.

Es verdad que el trabajo femenino no ha alcanzado aún las deseables condiciones de paridad, y también es cierto que la mujer sigue encontrando bastantes dificultades a la hora de su promoción profesional, pero hoy en día es claro que el trabajo femenino ha dejado de soportar en nuestra sociedad las actitudes de rechazo, postergación o desconsideración que en otros tiempos fueron desgraciadamente habituales. En una evaluación global puede que la mujer aún no haya alcanzado la posición profesional del varón, pero está muy cerca de alcanzarlo, y el proceso social de los últimos años camina exactamente, y con inusitada rapidez, en esa dirección. Prueba de ello es que van disminuyendo notablemente las demandas o reclamaciones por ese motivo, lo cual es indudablemente un indicio de que la situación laboral de la mujer ha mejorado.

No quiere decirse con ello que haya desaparecido el problema, ni mucho menos, puesto que aún existen situaciones reales de desigualdad: hay todavía trabajos típicamente femeninos con retribuciones mínimas o claramente inferiores a la media salarial, los tradicionales problemas de la maternidad y la conciliación de la vida laboral y familiar (o, simplemente, de la vida laboral y la vida personal) afectan sobre todo a la mujer, las ganancias de la mujer en su trabajo son en términos globales inferiores a las del varón, la mujer sigue teniendo mayores dificultades para su promoción profesional y para el desarrollo de puestos de dirección. Pero, pese a todo ello, el principio de igualdad y no discriminación

y, concretamente, los principios de igualdad de oportunidades en el empleo y de igual salario por trabajo de igual valor, van siendo progresivamente respetados y garantizados. Es fácil percibir, al mismo tiempo, una especie de estrategia social, e incluso empresarial, favorable a la promoción laboral y profesional de las mujeres, particularmente en los órganos de administración y gestión de las grandes empresas y corporaciones.

Tampoco hay que olvidar la situación de dificultad o inferioridad en que aún se encuentra la mujer en muchos aspectos de la vida y las relaciones sociales. La explotación con fines de prostitución (que, obviamente, tiene una clara dimensión laboral), las agresiones en forma de acoso sexual (también muy típicas del medio laboral), o la violencia de tipo sexual o en el seno de la pareja (con consecuencias a veces para el desarrollo del trabajo o la continuidad de la actividad profesional), son males sufridos sobre todo por las mujeres. El ordenamiento español ha reaccionado formalmente contra esas prácticas, aunque, según todos los indicios, cuesta mucho erradicarlas por completo de la realidad española.

B) La discapacidad

Problemas tal vez de mayor envergadura, por su carácter estructural o su mayor resistencia a los cambios, parecen mostrar en la actualidad otros factores y motivos de discriminación. Uno de ellos es verdaderamente el relativo a la discapacidad de las personas. Desde luego, ha avanzado mucho el ordenamiento legal protector de los discapacitados, y va desapareciendo progresivamente la minusvaloración social que la discapacidad o minusvalía ha llevado aparejada tradicionalmente, pero siguen existiendo dificultades materiales para proporcionar a esas personas (que por definición carecen de una capacidad “ordinaria”) puestos de trabajo adecuados, incluso dentro de la Administración pública. El sistema español ha mejorado las reglas de protección específica de los discapacitados en el trabajo (por ejemplo, en el ámbito de la prevención de riesgos laborales), y ha ensayado y sigue ensayando múltiples medidas con ese fin (reserva, preferencia, centros especiales de formación y de trabajo, etc.), pero no acaba de encontrar una respuesta absolutamente satisfactoria.

Probablemente no se trate tanto de un problema de diferencia de trato en las condiciones de empleo y de trabajo (pues difícilmente el discapacitado podrá ser equiparado por completo a un trabajador “ordinario”, ya sea por razones de aptitud o rendimiento, ya sea por la necesidad de contar con una protección singular en su trabajo), como de un problema de aceptación y de plena integración social, que depende de cambios estructurales en la organización social, tanto en el aspecto físico (accesibilidad, movilidad, formación, etc.) como en el de las mentalidades. A la postre, se trata de un problema de ordenación de la convivencia en una sociedad renovada en la que se va abriendo paso la diferencia y en la que poco a poco se va tomando nota de la existencia de personas y grupos con muy variadas condiciones de aptitud y capacidad, no sólo desde el punto de vista laboral o profesional, sino también desde una mera perspectiva vital.

C) Ejercicio de derechos básicos

Un factor de discriminación tradicional ha sido también el ejercicio de derechos por parte del trabajador, que en muchos casos conecta con la ideología o las convicciones personales. Quizá el ejemplo más claro en ese sentido lo brinde el derecho a la libertad sindical, cuyo ejercicio (en positivo generalmente, pero en ocasiones también en negativo) ha sido fuente constante de problemas para el trabajador en su empresa. Otros ejemplos pueden encontrarse en la libertad de expresión, la libertad religiosa o el derecho a reclamar ante los tribunales frente a las decisiones empresariales. El ejercicio de todos estos derechos, y de otros similares, ha generado con frecuencia para el trabajador situaciones de discriminación, perjuicio o postergación.

Hoy en día, el ejercicio de tales derechos y, señaladamente, el ejercicio de la libertad sindical, ha dejado de ser un riesgo generalizado para el trabajador, no sólo porque el sistema español proporciona resortes jurídicos suficientes para proteger al interesado, sino también porque la jurisprudencia se muestra especialmente diligente en la tutela de esos derechos. Como ya vimos, los jueces y tribunales han puesto en boga con estos fines diversas técnicas de protección, como la traslación de la carga de la prueba, que facilita la viabilidad de las demandas y reclamaciones, y la “garantía de indemnidad”, que presta al trabajador una especie de coraza frente a posibles reacciones empresariales.

Ello no significa, naturalmente, que no haya casos de discriminación, pero sí que éstos son hoy en día de menor entidad y de menor impacto social que en otros momentos. Su frecuencia y trascendencia depende, por otra parte, de las circunstancias reinantes: es muy probable que en las pequeñas y medianas empresas el trabajador se encuentre más desprotegido frente al empresario que en las grandes organizaciones productivas, entre otras razones porque en éstas están mucho más desarrollados los mecanismos de representación colectiva (sindicatos, comités de empresa, etc.); es seguro, asimismo, que el trabajador escasamente cualificado o en situación económica precaria está más expuesto a las prácticas discriminatorias o fraudulentas, por su mayor lejanía, en todos los sentidos, de los tradicionales instrumentos de tutela. Si bien se mira, tales situaciones se deben más a circunstancias de hecho (situación del mercado de trabajo, situación de necesidad, etc.) que a la configuración del sistema legal e institucional, aunque ello no

**QUE EL SISTEMA LEGAL
ESPAÑOL HAYA DEPURADO
LOS FOCOS DE TENSION
MÁS PROBLEMÁTICOS, NO
SIGNIFICA
LA DESAPARICIÓN
DEL RIESGO DE LESIÓN
DEL PRINCIPIO DE
IGUALDAD Y
NO DISCRIMINACIÓN**

debe verse como atenuante a la hora de valorar la fuerza expansiva y la eficacia del principio de igualdad y no discriminación.

7. LOS NUEVOS FOCOS DE LA DIFERENCIA DE TRATO

El “cambio de escenario” en materia de igualdad y no discriminación ha entrañado, ciertamente, la superación de viejos problemas, pero ha hecho aflorar nuevas cuestiones, o ha otorgado mayor dimensión a factores de discriminación o diferenciación que parecían adormecidos, como la edad, la nacionalidad, la procedencia o el estatuto jurídico del trabajador. Se ha entrado en una fase, por así decirlo, en la que las diferencias de trato no reflejan una actitud discriminatoria en sentido tradicional sino más bien una tenaz lucha de intereses entre distintos colectivos de personas o distintos segmentos laborales. La mayor parte de los pleitos y reclamaciones que en los últimos años se generan por problemas relacionados con el principio de igualdad y no discriminación tiene que ver, en efecto, con la diferencia de posiciones que en la escala social, en el sistema económico o en la estructura empresarial ocupan esos diferentes colectivos, que repercute, como era previsible, en su respectiva capacidad de presión o de negociación.

Siendo así, las quejas de desigualdad y las peticiones de parificación o de igualdad de oportunidades no suelen ir dirigidas tan sólo contra la empresa sino también, al menos implícitamente, contra el colectivo que ocupa una posición más fuerte o más ventajosa. En muchas ocasiones se dirigen incluso frente a los propios representantes de los trabajadores, dado que la diferencia de trato, aunque nazca de manera inmediata de actos, decisiones u operaciones empresariales, suele tener su raíz última en una regulación acordada entre representantes de trabajadores y empresarios, de la que parte alguna ventaja para ciertos colectivos o, como también sucede, algún sacrificio para otros. La modalidad del contrato, la antigüedad, la fecha de ingreso, la fuente de regulación o la edad del trabajador, suelen ser los detonantes más comunes de esas diferencias de trato.

A) La edad

Un factor que en los últimos años viene mostrándose bastante problemático desde el punto de vista de la igualdad y la no discriminación es en efecto la edad, en un doble sentido. Por un lado, porque existe una acusada tendencia (propiciada incluso por los interlocutores sociales, y plasmada en muchas ocasiones en la negociación colectiva) a expulsar del mercado de trabajo a los trabajadores en edad madura (entre cincuenta y sesenta años), a veces incluso mediante cláusulas de jubilación forzosa. Por otro lado, porque los trabajadores jóvenes (que con frecuencia sustituyen a esos “prejubilados”) suelen ingresar al trabajo con unas condiciones laborales (en particular, en lo relativo al salario) muy inferiores a las del resto de la plantilla, hasta el punto de que a veces llega a implantarse en las empresas una “doble escala salarial”, más alta para los trabajadores de cierta antigüedad y más baja para los trabajadores de nuevo ingreso. En muchos casos los jóvenes también quedan sujetos a una organización del trabajo más flexible y menos

El principio comunitario de igualdad de trato

definida, que de hecho les exige mayor dedicación a la empresa y más horas de trabajo, y que les confiere mayor precariedad en el empleo.

El ordenamiento español permite diferencias de trato por razón de edad, pero siempre que sean favorables para los afectados (artículo 17.1 ET), o que persigan una “finalidad legítima”, que según el Derecho comunitario (artículo 6 Directiva 2000/78) puede estar ligada, en síntesis, a la política de empleo, a la inserción laboral o a la protección de las personas afectadas, o a las condiciones profesionales requeridas por el empleo. Desde este punto de vista, ningún problema ofrecen las reglas sobre edad mínima para el acceso al empleo, sobre protección especial de los menores de edad (incluida la prohibición de ciertos trabajos) o sobre edad máxima de acceso a una determinada función o puesto de trabajo, que normalmente irá acompañada de una regla de extinción del contrato al cumplimiento de la edad pertinente.

Mucho más problemáticas son, sin embargo, las medidas de cese obligatorio en el trabajo por causa de la edad en aquellos casos en los que el único factor determinante es la reestructuración de la empresa o el rejuvenecimiento de la plantilla. Podría buscarse su justificación, como tantas veces se ha hecho, en razones de política de empleo (reparto del trabajo, concretamente) pero la experiencia ha demostrado sobradamente no sólo que el mercado de trabajo se mueve por otros derroteros, sino también que el fin perseguido por este tipo de medidas es con mucha frecuencia la sustitución de los habituales procedimientos de despido por otros menos costosos o complicados. Cabe dudar, por ello, de la racionalidad y admisibilidad de la medida, que en el fondo implica un sacrificio muy directo de bienes personales con vistas a obtener unos resultados un tanto inciertos y que, en todo caso, deberían perseguirse por otros cauces menos incisivos para los derechos individuales. Sin embargo, el sistema legal español admite en la actualidad ese tipo de medidas, que tras ser prohibidas en 2001 han sido reestablecidas con una Ley de 2005.

B) Nacionalidad, origen y raza (e inmigración)

Como ya se dijo, dentro de la Comunidad Europea no puede haber diferencias de trato por razón de nacionalidad, para garantizar, entre otros bienes y objetivos, el de libre circulación de trabajadores. No se aprecia en el sistema español ningún problema de lesión o incumplimiento de ese principio, sin perjuicio de las dificultades que pueden alzarse para la búsqueda de empleo por razones de desconocimiento de la lengua del país, o de las fricciones que ocasionalmente puedan suscitarse con motivo de la aplicación de las normas sobre entrada y estancia de familiares o de las normas sobre seguridad social de los trabajadores migrantes.

El problema se ubica principalmente en el sector de los extranjeros no comunitarios. Formalmente gozan de igualdad de derechos laborales y de seguridad social, y no pueden ser discriminados por el solo hecho de proceder de otro país (como se desprende del artículo 23 de la Ley española sobre derechos y libertades de los extranjeros). Pero conviene hacer dos advertencias. En primer lugar, tales extranjeros pueden quedar sometidos, como de hecho sucede, a controles de entrada en el país (a través de la autorización de residencia y

trabajo), lo cual es, por cierto, compatible con las normas sobre igualdad y no discriminación (según se deduce de la Directiva 2000/78).

En segundo lugar, la llegada masiva (y a veces incontrolada) de inmigrantes ha ido generando una nueva clase laboral y social que formalmente tiene los mismos derechos, pero que realmente se encarga de realizar aquellos trabajos que rechazan los trabajadores nacionales, por su carácter penoso, por su escasa retribución, o por su mala valoración social. Esta situación entraña en sí misma cierta discriminación de orden social o general. Pero sucede además que muchos de esos inmigrantes carecen de las autorizaciones reglamentarias, por lo que desarrollan su actividad en situación de clandestinidad, expuestos de forma clara al fraude y abuso en las condiciones de trabajo, como por desgracia suele confirmar la propia realidad. Hay aquí, en definitiva, un riesgo evidente de exclusión social, si entendemos por tal la exclusión de los beneficios que ordinariamente están al alcance de la población.

Los problemas que puedan sufrir los inmigrantes en España se deben por lo general a su procedencia del exterior, pero no tanto a su origen racial o étnico, ni tampoco a sus convicciones religiosas o costumbres culturales. Conviene advertir, no obstante, que la pertenencia a cierta confesión o etnia es motivo en ocasiones de cierto rechazo social (como ocurre con musulmanes), lo mismo que algunas comunidades de personas, incluso de nacionalidad española (como los gitanos), experimentan todavía ciertas dificultades de integración laboral y social.

El inmigrante (el extranjero, en general) suele tropezar con problemas lingüísticos al arribar a un determinado país. Es ésta una barrera particular, que no suele alzarse para el resto de la población, salvo en comunidades con pluralismo lingüístico, donde a poco que se descuide el sistema legal e institucional puede crear nuevos focos de discriminación y exclusión social. Nuestro sistema, al menos en su vertiente laboral, prohíbe las discriminaciones por motivos de “lengua dentro del Estado español”, lo que formalmente impide que la lengua en sí misma se convierta en condición de contratación o mantenimiento del empleo, o en factor diferencial en las condiciones de trabajo.

C) El estatuto jurídico del trabajador

Otro importante factor de diferenciación en las condiciones de trabajo (y especialmente en materia salarial) viene siendo en los últimos años lo que podríamos llamar el “estatuto jurídico” del trabajador. En efecto, la modalidad del contrato de trabajo (fijo o temporal, a tiempo completo o a tiempo parcial), la antigüedad o la fecha de ingreso en la empresa (trabajadores veteranos y trabajadores recientes), o la pertenencia a una empresa auxiliar que trabaja para una empresa “principal” (subcontratación), o a una empresa de trabajo temporal, son factores que casi siempre entrañan diferencias de trato, pese a que en algunos de esos supuestos (como la contratación temporal o a tiempo parcial) la ley trata expresamente de impedirlo (de acuerdo con lo que exigen las correspondientes Directivas

El principio comunitario de igualdad de trato

comunitarias). En ocasiones son los propios acuerdos y convenios colectivos los que introducen ese tipo de diferencias.

No se trata, como puede comprobarse, de factores que en sí mismos sean discriminatorios, pues no remiten a ninguna circunstancia o condición ligada a la persona, a los derechos que le son inherentes o a su pertenencia a un determinado grupo social. Son factores, además, que conectan de manera muy directa con el trabajo, con la “calificación” profesional o con la aptitud para el trabajo (experiencia laboral, práctica profesional, vinculación a la empresa, etc.), y que por ello mismo podrían justificar algún tipo de distinción, siempre en ese estricto terreno laboral. Pero también es cierto que se sitúan en muchos casos en una auténtica zona de frontera, por cuanto aparecen normalmente en conjunción con otros muchos datos que más bien parecen inducir a una igualdad de trato (trabajadores de la misma empresa, trabajadores que realizan la misma clase de trabajo, etc.); puede suceder, incluso, que afecten a personas que desde otros puntos de vista merezcan una mejor valoración profesional (mejor formación, mayor aptitud, mayor rendimiento, etc.) No puede extrañar, en consecuencia, que los criterios jurisprudenciales sobre el particular muestren alguna fluctuación.

Ha de recordarse, además, que en algunos casos el juego de estos factores ha de coherarse con reglas expresas de igualdad de trato, como la que afecta a los trabajadores temporales y a tiempo parcial respecto de los trabajadores fijos u ordinarios (artículos 15 y 12 ET), o la que exige igual salario por trabajo de igual valor (artículo 28 ET). En estos casos parece dibujarse con mayor claridad un horizonte de equiparación, aunque lo cierto es que no dejan de suscitarse tensiones entre el plano formal, en el que la regla es la igualdad, y el plano real, en el que las diferencias (de vinculación, de dedicación, etc.) no dejan de hacer notar sus efectos.

D) El plano de las relaciones colectivas

En el plano de las relaciones colectivas de trabajo también es frecuente que se detecten o registren diferencias de trato, ya sea con origen directamente normativo, ya sea con origen en la propia práctica profesional. Al primer apartado pertenecen las reglas sobre protección especial de los afiliados a un sindicato, o las reglas que distinguen entre sindicatos según su índice de representatividad o afiliación. Al segundo pertenecen, por su parte, prácticas como la negociación de convenios colecti-

**LAS QUEJAS
DE DESIGUALDAD Y
LAS PETICIONES DE
IGUALDAD
DE OPORTUNIDADES
NO SUELEN DIRIGIRSE
SÓLO CONTRA
LA EMPRESA SINO
TAMBIÉN CONTRA
EL COLECTIVO QUE OCUPA
UNA POSICIÓN MÁS
FUERTE O VENTAJOSA**

vos de eficacia limitada, que distinguen entre trabajadores según su afiliación sindical, o como el establecimiento de tasas o cánones por los gastos de negociación colectiva, que quizá sea más infrecuente en nuestro sistema y que suele afectar en exclusiva a los trabajadores no sindicados.

Ninguna de esas reglas o prácticas ha sido considerada discriminatoria por los tribunales, con el argumento de que la distinción que introducen cuenta siempre con alguna justificación objetiva, como puede ser la necesidad de seleccionar interlocutores sociales de audiencia acreditada, o la necesidad de proteger la actividad sindical en sus distintas facetas. Pero lo cierto es que esas reglas o prácticas dan lugar en ocasiones a situaciones de abuso o monopolio, con la postergación consiguiente de quienes no pueden acceder a sus ventajas. No son infrecuentes por ello las quejas o reclamaciones por discriminación, sobre todo por parte de las organizaciones sindicales que por el juego de esas reglas ven limitadas sus posibilidades de acción sindical.

La representatividad, a la postre, ha creado en nuestro sistema una diferencia prácticamente insalvable entre las organizaciones sindicales, consolidada e incluso agudizada por la concurrencia de circunstancias varias. Influye, desde luego, la posición de ventaja de la que parten las más representativas, que les facilita la renovación y el mantenimiento de tal condición, y que al mismo tiempo va marginando a las que no la alcanzan. Pero influye también el sistema legal e institucional, que ha ido progresivamente difuminando o rebajando los mecanismos de control y transparencia, especialmente desde que fue descartada la convocatoria concentrada de “elecciones sindicales” y fue suprimida la publicación oficial de los datos resultantes de las mismas. Hoy en día se echan de menos, en efecto, mayores dosis de publicidad y certeza respecto de esa variable, que constituye a fin de cuentas el soporte principal de la escala representativa.

8. MECANISMOS INSTITUCIONALES DE CONTROL Y APLICACIÓN

A estas alturas puede decirse que el sistema español cuenta con resortes institucionales importantes para ocuparse de los problemas de desigualdad y discriminación. Con carácter general, el Ministerio de Trabajo cuenta con departamentos internos específicamente dedicados a la promoción de la igualdad, a la tutela de los discapacitados, y a la atención a los inmigrantes. Existen, además, numerosos organismos especializados en ese terreno, con fines de análisis y propuesta de acciones (Observatorio para la Igualdad de Oportunidades entre hombres y mujeres, Observatorio Permanente de la Inmigración, Observatorio Español para la lucha contra el racismo y la xenofobia), o con fines de participación y programación (Consejo Nacional de la Discapacidad, Consejo para la Promoción de la igualdad de trato y no discriminación de personas por origen racial o étnico, Consejo Estatal del Pueblo Gitano, Consejo de Política de inmigración, Foro para la Integración social de los inmigrantes).

El principio comunitario de igualdad de trato

La Administración laboral española, por otra parte, ha puesto en marcha numerosos planes y medidas de promoción de la igualdad de los colectivos sociales más perjudicados o preteridos. El campo de actuación más habitual ha sido el de la igualdad entre hombres y mujeres, donde en 2002 fue aprobado el *IV Plan de Igualdad de Oportunidades (2002-2006)* y en 2005 sendos Acuerdos del Gobierno con *Medidas específicas para promover la igualdad entre hombres y mujeres* (en el terreno del empleo, la empresa o la investigación) y un *Plan de igualdad de género en la Administración General del Estado* (incluida la Administración militar), con vistas a mejorar las posibilidades de acceso y promoción profesional de las mujeres. En el campo de la discapacidad, están en marcha el *II Plan de acción para las personas con discapacidad (2003-2007)* y el *Plan Nacional de Accesibilidad (2004-2012)*. Muchas Comunidades Autónomas cuentan también con instituciones y planes de igualdad de oportunidades, especialmente para la promoción y protección de la mujer.

En el ámbito laboral, el control de las medidas de promoción e igualdad, como en general el de las normas laborales, corresponde principalmente a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (sin perjuicio de la labor que a estos efectos pueden desarrollar las organizaciones sindicales y, en el ámbito de la empresa, las representaciones colectivas de los trabajadores). La Inspección de Trabajo puede hacer requerimientos a las empresas y levantar actas de infracción, que pueden conducir a la imposición de multas e incluso a la apertura de un procedimiento penal por discriminación en el empleo. Con un carácter más general, la Fiscalía también puede controlar y promover la aplicación de las normas penales sobre discriminación.

Por su parte, la jurisdicción laboral o social es la competente para resolver las demandas sobre discriminación en el ámbito laboral. Tales demandas pueden poner en marcha un proceso judicial rápido y preferente en el que la carga de la prueba se traslada al demandado si se aportan suficientes indicios de discriminación y al cabo del cual el juez puede declarar la nulidad del acto discriminatorio y reconocer una indemnización compensatoria a la víctima.

Los mayores problemas, de nuevo, suelen registrarse en el plano de la práctica o la experiencia real. Las personas y los grupos sociales que en mayor medida están expuestos a la discriminación suelen ser también los que atraviesan situaciones más precarias desde el punto de vista económico o de subsistencia. Los inmigrantes carentes de la pertinente autorización administrativa o los jóvenes en busca de su primer empleo (al menos, los de clases sociales económicamente desfavorecidas), por poner sólo un par de ejemplos, quedan con mucha frecuencia expuestos a la aceptación de condiciones de trabajo abusivas o ilegales simplemente porque ello les proporciona un primer respiro con vistas a un futuro ascenso en la escala social. En verdad, todo parece indicar que en ese primer escalón “de subsistencia” apenas hay resortes eficaces para hacer valer los derechos laborales, mientras que conforme se avanza en la escala van apareciendo los pertinentes mecanismos de control y exigencia (públicos o privados, administrativos o sindicales), que muestran toda su potencia, paradójicamente, cuando el trabajador está perfectamente anclado en el mercado profesional correspondiente. Es aquí donde cabe hablar de una auténtica discriminación, que se deja notar tanto en los derechos como en los instrumentos de defensa de intereses, y que se manifiesta más bien en forma de explotación o exclusión social.

Los artículos 165 y 166 de la Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña: Configuración de la Seguridad Social en el Estado autonómico

BORJA SUÁREZ CORUJO

Profesor Ayudante de Derecho
del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid

Resumen

Los artículos 165 y 166 de la Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña: Configuración de la Seguridad Social en el Estado autonómico

La aprobación por el Parlamento de Cataluña de la Propuesta de Reforma de su Estatuto de Autonomía, actualmente en fase de tramitación en las Cortes Generales, ha suscitado un agrio debate en la opinión pública. Sin embargo, la carga emotiva que a menudo acompaña el debate sobre la distribución territorial del poder no debe impedir un análisis sosegado de las nuevas previsiones estatutarias que, sin

ignorar la dimensión política del asunto, se enfrente con rigor científico a su contenido. En esta línea, el presente artículo pretende analizar los preceptos dedicados a la regulación del sistema de Seguridad Social, artículos 165 y 166, con el fin de determinar su ajuste o no al marco constitucional. La conclusión es favorable a la reivindicación catalana con algún matiz.

Abstract

The articles 165 and 166 of the proposal of reformation of catalonia's statute of autonomy: configuration of the social security in the autonomous state

The approval for the Parliament from Catalonia of the Proposal of Reformation of their Statute of Autonomy, at the moment in a negotiation phase in the Cortes Generales, it has raised a sour debate in the public opinion. However, the emotive load that often accompanies the debate on the territorial distribution of the power it should not impede a quiet analysis of the new statutory forecasts that, without

ignoring the political dimension of the matter, face their content with scientific rigor. In this line, the present article seeks to analyze the precepts dedicated to the regulation of the system of Social Security, articles 165 and 166, with the purpose of determining its adjustment or not to the Constitutional scope. The conclusion is favorable to the Catalan recovery with some shade.

Sumario:

1. El apartado 1 del artículo 165. 2. El apartado 2 del artículo 165. 3. El apartado 1.a) del artículo 166. 4. Conclusión.

El presente trabajo se acerca “en primera lectura” a las previsiones en materia de Seguridad Social recogidas en los artículos 165 y 166 de la Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. El análisis se realiza a partir de los tres parámetros que consagra la Constitución, la legislación básica, el régimen económico del sistema y la ejecución de los servicios. Se constata, en general, que el espacio del que hoy disfrutaban las CCAA en esta materia no se ha agotado. De forma más particular, se concluye que el contenido del artículo 165 es sustancialmente constitucional, mientras que una de las previsiones del artículo 166 transgrede los límites constitucionales.

Sin olvidar la máxima de Séneca que apunta a la ingenuidad de atenerse sólo a lo legal, este breve trabajo pretende hacer un análisis estrictamente jurídico-constitucional de la previsión competencial en materia de Seguridad Social recogida en la Propuesta de Reforma del Estatuto Catalán. Mi atención se ha de dirigir, por tanto, al artículo 165 y, de forma puntual, al artículo 166 de dicho texto; a un lado se dejan, por razones de oportunidad, las previsiones del artículo 170.1.1) sobre la gestión de las políticas pasivas de empleo.

1. EL APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 165

1. Una lectura pausada del artículo 165 de la *Propuesta* permite extraer la conclusión de que la separación de sus dos apartados responde a la voluntad de respetar (no siempre con rigor) las dos esferas consagradas en materia de Seguridad Social por el artículo 149.1.17 CE: la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social. Como es sabido, dicho precepto atribuye al Estado competencia exclusiva sobre estos dos aspectos, de manera que se viene a reservar implícitamente a las CCAA la facultad de asumir ciertas competencias respecto de cada uno de ellos (en concreto, la legislación no básica y la gestión de régimen económico), que se unen a otra competencia, ésta sí explícita, cual es la ejecución de los servicios de la Seguridad Social. Se trata, por tanto, de esclarecer los límites del espacio que el Estado y, en este caso, la Generalitat pueden ocupar; en otras palabras, se ha de determinar si las previsiones de la *Propuesta* se circunscriben, de una parte, a la legislación no básica y a la ejecución de aspectos desligados del régimen económico, y, de otra, a la gestión de éste.

2. El párrafo primero del artículo 165.1 contiene una declaración general sobre la asunción de competencias de la Generalitat en esta materia, si bien no se refiere al conjunto de la Seguridad Social sino (principalmente) a una de las esferas concretas a las que se aludía: la relativa a aspectos carentes de dimensión económico-financiera. “Corresponde a la Generalitat, en materia de Seguridad Social, la competencia compartida, de acuerdo con los principios que establece la legislación básica estatal sobre Seguridad Social”. Varios comentarios son pertinentes.

En primer lugar, la proclamación de que la competencia en Seguridad Social es compartida debe valorarse a la luz del artículo 111 (siempre de la *Propuesta*) en el que se precisa su significado. Según este precepto, ello supone que corresponden a la Generalitat “... la potestad legislativa y la integridad de la potestad reglamentaria y de la función ejecutiva...” con una limitación fundamental: la sujeción al “... marco de los principios, los objetivos o los estándares mínimos que fije el Estado en normas con rango de ley...”, fórmula un tanto alambicada que se refiere naturalmente a la legislación básica estatal.

Si se comparte la interpretación propuesta en relación con las dos esferas de Seguridad Social, legislación básica y régimen económico, cabe considerar acertado (por suficiente) que el

**EL PROPIO TC
HA RECONOCIDO A
LAS CCAA UN PAPEL
DESTACADO EN EL ÁMBITO
DE LA SEGURIDAD SOCIAL
A LA HORA DEL EJERCICIO
DE UNA POTESTAD
ADMINISTRATIVA TAN
TÍPICA COMO
LA SANCIONADORA**

artículo 165 reitere que el ejercicio de esa competencia por parte de la Generalitat se realice "... de acuerdo con los principios que establece la legislación básica sobre Seguridad Social". Puede quizá estimarse poco oportuna la referencia a "principios" por entender que la legislación básica es algo más que normas "principalistas", pero a la vista de lo señalado por la doctrina del Tribunal Constitucional es evidente que no transgrede el marco constitucional: recuérdese que desde la STC 25/1983, de 7 de abril, dicha legislación se identifica con "... objetivos, fines y orientaciones generales para todo el Estado, exigidos por la unidad del mismo y por la igualdad sustancial de todos sus miembros..."; con la particularidad de que la fijación de esas bases no puede "... llegar a tal grado de desarrollo que dejen vacías de contenido las correspondientes competencias de las Comunidades" (STC 50/1999, de 6 de abril, entre otras).

En caso de que, por contra, se entienda que la proclamación del artículo 165.1 es genérica, ¿debería considerarse entonces que existe una vulneración del reparto competencial constitucionalmente establecido por ignorar que, junto al límite de la legislación básica estatal, la Generalitat debe en todo caso respetar también el régimen económico de la Seguridad Social que el Estado tiene encomendado en exclusiva? No necesariamente; una interpretación "constructiva" llevaría a aceptar la irrelevancia de tal omisión por considerar que en esta materia dicho régimen económico forma parte de lo básico y, por ende, se encuentra implícitamente aludido.

3. A continuación, el artículo 165.1 pasa a precisar aquellos aspectos específicos que en todo caso quedan en manos de la Generalitat. Sin entrar en la polémica acerca de la idoneidad del recurso a esta técnica de determinación de lo no básico que condiciona lo que el Estado puede regular como básico, se trata en este punto de reflexionar sobre el encaje constitucional de tales previsiones. Cabe apuntar, con carácter previo, que la ubicación de alguna de ellas en este primer apartado puede no resultar del todo correcta por su eminente dimensión económico-financiera, en el bien entendido que ello atañe a aspectos directamente relacionados con la integridad económica del sistema y la suerte de unos recursos de titularidad estatal.

4. Sin respetar el orden establecido por el mencionado precepto, es oportuno comenzar por el examen de la letra b) donde se permite a la Generalitat asumir "(1) a organización y la administración del patrimonio y de los servicios que integran el sistema de la Seguridad Social en Cataluña". No cabe concluir que este precepto sea inconstitucional dado que respeta con celo el elemento que asegura la unidad del sistema: la titularidad de los recursos del sistema y, por extensión, de su patrimonio. Sin embargo, es necesario hacer alguna puntualización en torno a cada uno de los dos elementos aludidos.

Por lo que se refiere a los servicios esas funciones de organización y administración abarcan, por supuesto, aspectos ejecutivos, incluida la facultad organizativa interna; pero incluso sería aceptable una actuación legislativa dentro de los márgenes marcados por "lo básico" del Estado. En cambio, la alusión al patrimonio tiene otro tipo de implicaciones; en concreto, no caben actuaciones normativas en relación con los bienes y derechos que lo compo-

nen, puesto que se trata de un aspecto inherente al régimen económico de la Seguridad Social. En este sentido, quizá sería preferible incluir esta alusión en el apartado del 2 del artículo comentado con el fin de evitar equívocos.

5. Esta última apreciación también debe ser tenida en cuenta al enfrentarse con la letra c), según la cual, la competencia compartida por la Generalitat también se extiende a “(l)a ordenación y el ejercicio de todas las potestades administrativas sobre las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y sobre las instituciones, las empresas y las fundaciones que colaboran con la Seguridad Social”. Se observa que la asunción no se limita a las potestades administrativas (ejecutivas –organizativas y de aplicación o ejercicio efectivo–), sino que puede adentrarse en el campo de las actuaciones legislativas, siempre que el régimen económico del sistema no se vea afectado. Dos breves comentarios son pertinentes.

Primero, no resulta difícil encontrar aspectos del régimen jurídico no económico de las citadas entidades que sean susceptibles de regulación normativa como legislación no básica. Se piensa, por ejemplo, en aspectos relacionados con el cumplimiento de obligaciones formales, como la conservación de libros, documentos, relaciones de trabajadores o boletines estadísticos, los cuales se caracterizan por su carácter instrumental.

Y, segundo, respecto de la esfera ejecutiva, el propio Tribunal Constitucional ha reconocido a las CCAA un papel destacado en el ámbito de la Seguridad Social a la hora del ejercicio de una potestad administrativa tan típica como la sancionadora. La STC 195/1996, de 28 de noviembre, declaró la inconstitucionalidad de la retención en manos del Estado de la potestad de imponer las sanciones correspondientes por la mayoría de las infracciones cometidas por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y de las empresas colaboradoras. Concretamente, el criterio seguido atendía a la existencia o inexistencia de un vínculo con el régimen económico de la Seguridad Social, de tal manera que todas aquellas infracciones por incumplimiento de obligaciones de tipo informativo, formal o incluso material, pero desvinculadas de la esfera económico-financiera, podían ser asumidas por las CCAA.

En sí mismo esto último ya es relevante, pues supone una implicación autonómica notable. Pero cabe entender que ello supondría un vaciamiento de la potestad de las CCAA (aquí de la Generalitat) sobre la gestión del régimen económico de la Seguridad Social. Dado que es el Estado el encargado de aprobar una normativa sobre la materia que delimite un marco común para el desarrollo de la colaboración en la gestión, negar a las CCAA capacidad para sancionar determinadas actividades previamente tipificadas por miedo a que ello ponga en peligro la unidad patrimonial de la Seguridad Social resulta un contrasentido: supone que el Legislador estatal confía en la gestión directa de recursos públicos por parte de entidades privadas y, en cambio, desconfía de la intervención de otros organismos públicos (autonómicos) en la aplicación de una normativa aprobada por el propio Estado.

6. La misma STC 195/1996 es esclarecedora a la hora de interpretar la competencia asumida por la Generalitat en torno a “(l)a ordenación de la inscripción de empresas, las

afiliaciones, las altas y bajas y los otros actos de encuadre de los empresarios y los trabajadores por cuenta propia y ajena”. Un pronunciamiento previo, la STC 124/1989, de 7 de julio, se había ocupado de esta cuestión en un sentido claramente restrictivo del papel de las CCAA en esta materia. A la vista de que tales actos de encuadramiento “... no pueden entenderse totalmente ajenos al régimen económico de la Seguridad Social...”, el Tribunal Constitucional sólo amparó un ejercicio autónomico de funciones ejecutivas muy limitado, restringido a actuaciones concretas en la formalización de la relación; reservaba, en cambio, al Estado una facultad de igual naturaleza que “... asegure la comunicación inmediata de esos actos para que tengan efectos dentro del sistema de Seguridad Social, así como el control del cumplimiento de los correspondientes deberes en tanto que afecten al cumplimiento de obligaciones recaudatorias”.

Sin embargo, esta interpretación tan restrictiva fue corregida por la STC 195/1996, según la cual, los actos de encuadramiento (inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas) son “... deberes no inmediatamente económicos...”, y, en consecuencia la ejecución de su cumplimiento (incluida la potestad punitiva sobre esos actos instrumentales relativos al nacimiento y mantenimiento de la obligación de contribuir) es una competencia que las CCAA pueden asumir; la intervención del Estado en este ámbito ejecutivo no es admisible salvo para supervisar el efectivo cumplimiento de dichas tareas, lo que ha de entenderse referido al ejercicio de la “alta inspección”.

Por lo demás, obsérvese que se emplea de nuevo el término “ordenación” que incluye todo tipo de actuaciones ejecutivas (organizativas internas y de ejercicio efectivo), pero también aquellas normativas dentro del marco establecido por el Estado como legislación y, en su caso, regulación del régimen económico de la Seguridad Social.

7. La letra d) del artículo 165 se refiere a “(l)a dirección y la inspección de la gestión y la administración de las prestaciones económicas de la Seguridad Social”. La involucración directa de las prestaciones económicas implica que la ubicación de esta previsión no es probablemente la más adecuada (obsérvese, no obstante, que se recurre al término dirección, mucho menos ambicioso que el de ordenación empleado en otros tres apartados). En cualquier caso, y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá en torno a la gestión del régimen económico del sistema, tendría cabida en este punto el ejercicio de la potestad sancionadora a pesar de su evidente relación con el citado régimen económico; y ello por un doble motivo. Primero, como se ha visto, porque otro criterio llevaría a vaciar de contenido la competencia autónomica sobre gestión del régimen económico. Y, segundo, porque semejante atribución competencial en materia sancionadora no pone en peligro en absoluto la unidad del sistema que se encuentra asegurada por la necesidad de observar lo previsto en la normativa estatal y por el control que podría ejercer la alta inspección del Estado a través de la Unidad Especial de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social.

8. Sin duda el subapartado más polémico del artículo 165.1 es el correspondiente a la letra a) donde se atribuye a la Generalitat competencia respecto de la “(l)a ordenación del sistema de Seguridad Social”. Tan laxa previsión podría llevar pensar a primera vista que

estamos ante una extralimitación del marco constitucional. Cabe en verdad reprochar la falta de rigor derivada del uso de una fórmula deliberadamente amplia que en apariencia podría justificar el ejercicio de cualquier competencia concreta sobre la materia; sin embargo, un análisis más detenido permite salvar sin dificultad la constitucionalidad del precepto. Veamos cómo.

La expresión “ordenación” se ha de entender referida, como se ha dicho, a la potestad normativa. Ahora bien, inmediatamente se ha de precisar que esa función legislativa debe ajustarse al marco constitucional, tal y como reconoce el propio artículo 165 de la *Propuesta* al proclamar el respeto de la legislación básica; así pues, esa ordenación significa en este caso legislación no básica. Con ello tenemos una primera clave para la correcta interpretación del precepto.

El otro elemento clave es el relativo al objeto de dicha ordenación: el sistema de Seguridad Social. No es concebible una actuación unilateral de la Generalitat (o de cualquier Comunidad Autónoma) que condicione la estructura y el funcionamiento de la Seguridad Social en cuanto sistema de protección social estatal. Por consiguiente, la actuación normativa prevista en el artículo 165.1.a) se refiere a aspectos secundarios (no básicos) que tengan efectos sólo en el territorio de aplicación de la norma estatutaria. La duda que entonces se plantea es qué tipo de materia puede ser regulada bajo el amparo de esta previsión.

En mi opinión, esa facultad de ordenación del sistema atribuida a la Generalitat podría servir para legitimar el desarrollo autonómico de una acción protectora complementaria de las prestaciones otorgadas por el sistema estatal. En efecto, al amparo de la atribución a las CCAA ex artículo 149.1.17 CE de la legislación no básica en materia de Seguridad Social, y pese a las tercas actuaciones estatales dirigidas a frenar tales iniciativas, cabe entender que las CCAA están legitimadas constitucionalmente (si así lo asumen en sus Estatutos de Autonomía) para complementar las prestaciones contributivas y no contributivas de Seguridad Social, con la única limitación de que el régimen económico del sistema no puede verse afectado, lo que implica que la financiación debe correr a cargo de la Comunidad Autónoma.

Debe insistirse en que esta acción complementaria (no básica) de la Generalitat no sólo se extiende a las prestaciones no

**NO ES CONCEBIBLE
UNA ACTUACIÓN
UNILATERAL
DE LA GENERALITAT QUE
CONDICIONE
LA ESTRUCTURA Y
EL FUNCIONAMIENTO
DE LA SEGURIDAD
SOCIAL COMO SISTEMA
DE PROTECCIÓN SOCIAL
ESTATAL**

contributivas por su carácter asistencial (como reconoce el artículo 166 del que más adelante me ocuparé), sino que también puede afectar a prestaciones del nivel contributivo. Cabría preguntarse entonces si ello supone un paso hacia la disgregación del sistema con la consiguiente quiebra de la igualdad de derechos de los ciudadanos residentes en España. La respuesta debe ser negativa: una lectura atenta del artículo 165 pone de manifiesto que el riesgo inherente al desarrollo de esa función se ataja a través de su sometimiento a una limitación fundamental: el respeto a la legislación básica estatal sobre la materia y al régimen económico de la Seguridad Social; la conjunción de ambos actúa como garante de la citada igualdad. De esta forma, se hace posible la conciliación del interés general, plasmado en la solidaridad financiera que permita garantizar un determinado nivel de prestaciones de Seguridad Social para todos los ciudadanos fijado por el Estado mediante legislación básica, con el principio de autonomía política que sustenta el actual modelo de Estado.

2. EL APARTADO 2 DEL ARTÍCULO 165

9. El contenido de este apartado ha sido (¿justificadamente?) el que más polémica ha suscitado en la opinión pública. En concreto, muchos consideran que la proclamación de que “(c)orresponde a la Generalitat la gestión de los servicios del régimen económico de la Seguridad Social, que incluye el reconocimiento y la gestión de las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social y la organización de estos servicios” supone una flagrante vulneración constitucional, puesto que llevaría consigo la ruptura de la así denominada caja única del sistema y la quiebra de la igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos. A mi juicio, no es así, tal y como se expone a continuación.

10. Para empezar hay que recordar que el vigente Estatuto de Cataluña (el Estatuto de Sau), al igual que otros*, proclaman la competencia autonómica para gestionar el régimen económico de la Seguridad Social, sin que hasta la fecha tal previsión haya sido impugnada ante el Tribunal Constitucional. Es más; la lectura del artículo 149.1.17 CE pone de manifiesto, como reconocen las SSTC 124/1989 y 195/1996, que la función ejecutiva atribuida a las CCAA en materia de Seguridad Social incluye la gestión de su régimen económico. Luego nada cabe objetar a esta previsión estatutaria desde una perspectiva general.

Más peliaguda puede resultar la determinación del contenido de esta competencia y, en particular, la valoración de las funciones mencionadas por el artículo 165.2. Este precepto

* Véanse los siguientes preceptos: artículo 18 del Estatuto del País Vasco, artículo 33 del Estatuto de Galicia, artículo 20.2 del Estatuto de Andalucía (LO 6/1981, de 30 de diciembre), artículo 13.1.11) del EA de Murcia (LO 4/1982, de 9 de junio), artículo 54.1.a) de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (LO 13/1982, de 10 de agosto), artículo 12.5 del EA para las Islas Baleares (LO 2/1983, de 25 de febrero –hasta su reforma en 1994–), artículo 17.2.b) del Estatuto de Cataluña (LO 4/1979, de 18 de diciembre) y artículo 38.2.b) del Estatuto de la Comunidad Valenciana (LO 5/1982, de 1 de julio). Por cierto, en este último caso la propuesta de reforma del Estatuto en trámite en las Cortes Generales mantiene la misma redacción; en cambio, en la relativa al Estatuto catalán sí es novedosa pues sobre su contenido añade que “... incluye el reconocimiento y la gestión de las prestaciones económicas del sistema de seguridad social y la organización de estos servicios” (artículo 165.2).

La Seguridad Social en el Estado autonómico

se refiere al “... reconocimiento y la gestión de las prestaciones económicas”. Inmediatamente hay que preguntarse si cabe conciliar tales facultades con la atribución al Estado del régimen económico de la Seguridad Social, esto es, si ello es posible sin cuestionar la integridad patrimonial del sistema estatal de protección social, la supuesta caja única. La respuesta no sólo es afirmativa, sino que se ve incluso corroborada por la práctica vigente en relación con las prestaciones no contributivas y con la intervención de las entidades colaboradoras de la Seguridad Social, empresas y mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

11. Generalmente el “principio” de caja única, entendido como la plena disponibilidad de los recursos del sistema por su titular (la Tesorería General de la Seguridad Social) es presentado como una exigencia constitucional. Lo cierto es que el examen del marco establecido por la Constitución revela que esa unidad de caja no pasa de ser una solución técnica, de carácter legislativo (vid. artículo 57.1 LGSS), para la organización de la Seguridad Social necesariamente respetuosa con otros principios sustantivos, éstos sí de valor constitucional, cuya consecuente superioridad supone la aceptabilidad, como alternativa, de otras hipotéticas formas operativas.

Ese marco constitucional viene delimitado, de un lado, por un principio específico, el de unidad del régimen económico de la Seguridad Social, cuyos pilares fundamentales son la unidad presupuestaria y la titularidad única del patrimonio de dicho sistema. Y, de otro, por dos principios más generales. Primero, la exigida uniformidad en el ejercicio de los derechos de los ciudadanos (incluyendo, naturalmente, el derecho a la Seguridad Social) se halla íntimamente ligada al principio de solidaridad: los recursos del sistema deben repartirse de forma equitativa, lo que supone que aquellos territorios, colectivos o personas que disponen de una mayor cantidad tendrán que sacrificar una parte de tales recursos a favor de los más desprotegidos. Y, segundo, el ejercicio de cualquier competencia por una Comunidad Autónoma (aquí la gestión del régimen económico de la Seguridad Social) no puede comprenderse sin tener presente el principio de autonomía política de las CCAA.

12. Pero la posibilidad de recurrir a otras fórmulas de gestión no es sólo teórica: aunque los recursos financieros de la Seguridad Social disponen de un solo titular, el Estado a través de la TGSS, su administración no queda en manos de una única entidad, pues se prevé la intervención de entidades de diversa naturaleza que colaboran en la gestión de las prestaciones del sistema. Se produce así una auténtica desvirtuación del de la caja única.

13. En primer lugar, todas las CCAA tienen transferida la gestión de las prestaciones no contributivas. Así el correspondiente organismo autonómico se encarga del reconocimiento de las prestaciones y del pago material de las mismas, sin que pueda considerarse que ello significa que el Estado esté atribuyendo a las CCAA un aspecto sustancial del citado régimen económico de la Seguridad Social que amenace su integridad; y es que aquella actuación consiste en aplicar la normativa estatal y ésta se financia con los recursos (estatales) del sistema.

14. Más llamativo resulta, en segundo lugar, que igualmente se acepte la sintonía del principio de unidad de caja con una consolidada práctica gestora, previa y posterior a la

Constitución, consistente en la intervención de entidades colaboradoras privadas (empresas a título individual y mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales) en la administración de las prestaciones de la Seguridad Social. Sorprende que esta participación gestora, fruto del reconocimiento de un grado de autonomía casi absoluto en el caso de la colaboración individualizada, o más relativo, pero aún intenso, cuando se trata de mutuas profesionales, se encuentre prevista en la misma normativa sobre Seguridad Social que proclama la “unidad de caja”, la LGSS. Por ello, puede ya adelantarse, sin perjuicio de las precisiones que se realizan a continuación, que esta contundente realidad de la gestión de la Seguridad Social sirve para negar rotundamente cualquier interpretación maximalista del mentado principio de unidad de caja.

En el caso de las mutuas, su actividad gestora se concreta en las tareas de declaración del derecho al subsidio de incapacidad temporal (incluidas su denegación, suspensión, anulación y declaración de extinción) y de asunción a su cargo de las prestaciones económicas y sanitarias a que tengan derecho los trabajadores por contingencias profesionales (artículo 61.2 RD 1993/1995); en términos parecidos asumen también, en su caso, la gestión de la incapacidad temporal por contingencias comunes (vid. artículos 70 y 71 RD 1993/1995). Pero aun más sorprendente es que las mutuas puedan disponer con cierto grado libertad de una parte, siquiera pequeña, de los excedentes que resulten de la gestión de aquellas prestaciones: el artículo 66, apartados 2 y 3, RD 1993/1995 prevé que hasta un 20 por 100 de estos excedentes se destinen a asistencia social de los trabajadores protegidos por la mutua o sus derechohabientes, esto es, a servicios y auxilios económicos que en atención a estados y situaciones concretas de necesidad se consideren precisos (artículo 67.1, segundo párrafo, RD 1993/1995). Téngase en cuenta que los ingresos que perciban las mutuas merced a las primas (cotizaciones) de las empresas forman parte del patrimonio de Seguridad Social (artículo 68.4, párrafo primero, LGSS).

Por cuanto se refiere a las empresas que colaboran voluntariamente en la gestión, su margen de autonomía es todavía mayor. La autorización que requiere su participación en la gestión puede extenderse a las prestaciones sanitarias y/o de incapacidad temporal derivadas de riesgos comunes o profesionales (artículo 77.1 LGSS). Para financiar tales prestaciones los artículos 6 y 9 de la Orden 25 de noviembre de 1966, sobre colaboración de las empresas en la gestión del régimen general reconocen a las empresas las siguientes prerrogativas: primero, el derecho a retener, en el momento de efectuar la cotización, la parte de la cuota correspondiente a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales que gestione; y, segundo, otro derecho a reducir la cuota a través de la aplicación de un coeficiente anualmente fijado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, cuando se trate de prestaciones derivadas de contingencias comunes.

Debe observarse que esos recursos no llegan a integrarse en el patrimonio de la Seguridad Social, sino que siguen perteneciendo a la empresa por mucho que se encuentren vinculados a ciertas obligaciones voluntariamente aceptadas (artículo 10.1 de la citada Orden). De ahí que el resultado económico de la colaboración sea responsabilidad exclusiva de las empresas (artículo 10.1 de la misma norma), lo que implica soportar el déficit

pero también disfrutar del superávit que pudiera generarse, sin perjuicio de condicionantes. En efecto, una vez satisfecha una obligatoria reserva de estabilización con los excedentes pueden emplearse los restantes en la mejora de las prestaciones objeto de la colaboración.

15. A la vista de lo anterior no parece que existan obstáculos jurídico-constitucionales (los técnicos deberían poder salvarse) que impidan a las CCAA (en este caso a Cataluña) la gestión de las prestaciones de la Seguridad Social. Dos son los motivos fundamentales que avalan tal postura: de un lado, constituye una grave incoherencia permitir a entidades privadas participar en la gestión y en la configuración de la acción protectora de la Seguridad Social, mientras se niega tal participación a los poderes públicos autonómicos; y, de otro, en verdad la intervención de éstos en la gestión del sistema ya es una realidad respecto de las prestaciones no contributivas.

En definitiva, muchos considerarán que dejar en manos de la Generalitat la gestión de las prestaciones de la Seguridad Social, como pretende el artículo 165.2, supondría desvirtuar el principio de unidad de caja. No obstante, ello es tan cierto como las quiebras que sufre éste en la actualidad. En verdad, el protagonismo de las CCAA no tendría por qué poner en peligro la que debería ser nuestra principal preocupación: la integridad y la solidaridad de nuestro sistema de Seguridad Social. Y es que la consecución de tales objetivos queda asegurada por la vigencia en todo el territorio del Estado de unas reglas uniformes sobre los siguientes aspectos: determinación de las cargas protectoras, distribución de esas cargas entre todas las diversas fuentes de recursos, y acceso igual de los ciudadanos a sus beneficios y a la conservación de éstos; cuestiones que, sin perjuicio de lo que de inmediato se dice respecto del artículo 166.1.a) la Propuesta no cuestiona en absoluto.

3. EL APARTADO 1.A) DEL ARTÍCULO 166

16. El artículo 166.1 de la Propuesta, dedicado a los servicios sociales (“asistencia social” en la terminología algo caduca empleada por la Constitución), también contiene dos referencias, una directa y otra indirecta, a la atribución de competencias en materia de Seguridad Social. Tal circunstancia es muy relevante, no sólo por los aspectos afectados, sino porque la distribución de funciones competenciales es muy distinta a la prevista en el artículo 165. Si en este último se atribuye a la Generalitat una

**LA FUNCIÓN EJECUTIVA
ATRIBUIDA A LAS
COMUNIDADES
AUTÓNOMAS EN MATERIA
DE SEGURIDAD SOCIAL
INCLUYE LA GESTIÓN DE
SU RÉGIMEN ECONÓMICO**

competencia “compartida”, en el artículo 166 la competencia es exclusiva; lo que a tenor del artículo 110.1 implica que la Generalitat asume “... de forma íntegra y excluyente, con el único límite que el de respetar las condiciones básicas a que se refiere el artículo 149.1.1 de la Constitución, la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva”.

17. La alusión directa al sistema de Seguridad Social atañe, en concreto, a las prestaciones de su nivel no contributivo [“... regulación y ordenación de (...) las prestaciones técnicas y económicas no contributivas de la Seguridad Social”]. No hay duda de que tal previsión pretende fundamentarse en el artículo 148.1.20 CE, que reconoce a las CCAA competencia en materia de asistencia social: dado que las prestaciones no contributivas son por definición asistenciales (en el sentido de que sus destinatarios son personas sin recursos económicos para hacer frente a situaciones de necesidad), el artículo 166.1.a) pretende “apropiarse” de esta materia (recuérdese que se califica de competencia exclusiva) y posibilitar así una actuación libre de condicionantes estatales: se asume la regulación y ordenación, es decir, el ejercicio de todas las funciones propias de una materia de competencia exclusiva.

Sin entrar aquí en mayores disquisiciones sobre los conceptos de asistencia social y Seguridad Social, cabe señalar que la aceptación de la pertenencia de esas prestaciones no contributivas al ámbito de la asistencia social, y no al de Seguridad Social, nos reconduciría a un estadio anterior de la evolución del sistema de protección social donde la Seguridad Social se ocupaba (casi) exclusivamente de los trabajadores, olvidando, en cambio, al resto de ciudadanos aunque se encontraran en situación de necesidad. La definitiva superación de ese modelo a partir de la Ley 26/1990, tal y como reconoce sin fisuras el Tribunal Constitucional (vid. SSTC 76/1986, de 9 de junio; 239/2002, de 11 de diciembre), implica la necesaria supresión de esta previsión estatutaria para evitar su declaración de inconstitucionalidad. En suma, la competencia de la Generalitat sobre dichas prestaciones debe respetar la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social.

18. Como se apuntaba, también cabe encontrar una referencia indirecta a la Seguridad Social: se asume “(l)a regulación y ordenación de (...) las prestaciones económicas con finalidad asistencial o complementarias de otros sistemas de previsión”. En realidad, la previsión estatutaria está llena de cautela y tiene muy presente la doctrina constitucional plasmada en la STC 239/2002, de 11 de diciembre, y la redacción actual del artículo 38.4 LGSS.

La lectura atenta de este inciso final del artículo 166.1.a) permite distinguir dos tipos de prestaciones autonómicas: las asistenciales y las complementarias. Ciertamente, ambas tienen en común su reconducción al ámbito de los servicios sociales (en terminología de la Propuesta; asistencia social en la constitucional) como reflejo de su naturaleza asistencial; de ahí que haya que considerar que la previsión es respetuosa con el artículo 148.1.20 CE. Pero resulta interesante diferenciar una y otra modalidad de prestaciones.

La Seguridad Social en el Estado autonómico

Al referirse a las prestaciones económicas con finalidad asistencial, el artículo 166.1.a) de la Propuesta parece pensar en un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza aquel sistema y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social; justamente la caracterización típica, por clásica, de la asistencia social (STC 76/1986, de 9 de junio).

Por su parte, cuando se menciona el otro tipo de prestaciones, las complementarias, el legislador catalán tiene con toda probabilidad en mente "... las ayudas de otra naturaleza que, en el ejercicio de sus competencias, puedan establecer las Comunidades Autónomas en beneficio de los pensionistas residentes en ellas", previstas por el segundo párrafo del artículo 38.4 LGSS. Estas también son concebidas como asistencia social siguiendo la doctrina recogida por la STC 239/2002, de 11 de diciembre; en tal sentido, nada cabe objetar a la previsión. Sin embargo, más arriba se ha insistido en legitimar este tipo de iniciativas suplementarias como legislación no básica de Seguridad Social, aspecto sobre el que las CCAA tienen competencia, sin necesidad de buscar amparo en el más imperfecto ámbito asistencial.

4. CONCLUSIÓN

19. La convivencia dentro del territorio estatal exige "... la formación y mantenimiento de la unidad política, sin ignorar o reprimir el conflicto en nombre de la unidad política y sin sacrificar la unidad política en nombre del conflicto" (K. HESSE). Pese a la inevitable carga emotiva que a menudo acompaña el debate sobre la distribución territorial del poder, la madurez democrática de una sociedad ha de permitir centrar la discusión política en aquellas cuestiones que tienen una repercusión directa en las condiciones de vida de los ciudadanos. En este sentido, las anteriores líneas han pretendido servir para poner de manifiesto que existen vías hasta ahora inexploradas que, sin violentar las previsiones constitucionales, otorgan un papel más relevante a los poderes autonómicos en el funcionamiento, e incluso en la configuración, de la Seguridad Social.

I. FUENTES DEL DERECHO

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Ley y convenio colectivo. 2. Legislación estatal y Comunidades autónomas. Cuotas colegiales. Responsabilidad del pago de deudas anteriores a las transferencias. 3. Convenio colectivo. A) Aplicación del Convenio colectivo. B) Convenios extraestatutarios. C) Interpretación del Convenio colectivo. D) Concurrencia de convenios. 4. Determinación de la norma aplicable. 5. Autonomía de la voluntad y Convenio colectivo. 6. Condición más beneficiosa. 7. Absorción y compensación.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las sentencias del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 9 a 12 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 1108 a 1639).

1. 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.

La **STS de 1 de junio de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 1233, recoge la doctrina de la Sala reflejada, entre otras, en Sentencias de 27 de marzo de 2003 (recurso 89/2002) y 26 de enero de 2004 (recurso 21/2003). Esta doctrina establece que lo dispuesto en el artículo 84 del ET, en cuanto limita el alcance y extensión de los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa en aquellas materias que no sean las que se exponen en el párrafo tercero del citado precepto, es “norma no disponible” a través de los instrumen-

tos contractuales, siendo ineficaces los pactos en contrario sea cuales fueren sus ámbitos territorial y funcional. En la litis se plantea en sede de casación ordinaria y ante el recurso formulado por la patronal ante la sentencia de la Audiencia Nacional, la validez o no de determinados preceptos convencionales del Convenio General de la Construcción que vulneran lo establecido en el artículo 84 del ET. La vulneración surge como consecuencia de haberse acordado en ellos dejar reservadas, para la negociación general estatal, determinadas materias que el citado artículo 84, en su párrafo dos, permite que puedan ser objeto de negociación en convenios de ámbito superior al de empresa e inferior al estatal. La sentencia del Tribunal Supremo establece que el párrafo segundo del artículo 84 del ET deja patente que se trata de un precepto de derecho necesario que obligatoriamente ha de ser respetado, no pudiendo ser rectificado mediante convenios colectivos o acuerdos interprofesionales que por contravenir lo dispuesto legalmente carecen de virtualidad o eficacia.

Entre otras cuestiones y resolviendo demanda de conflicto colectivo planteada en instancia ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la **STS de 9 de junio de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 1144, dictada en recurso de casación ordinaria, entiende que las previsiones convencionales devienen nulas si contravienen lo dispuesto en la norma legal de referencia. Se plantea en el recurso el tratamiento retributivo que ha de darse a los trabajadores incluidos en el ámbito del Convenio Colectivo del Personal Laboral de Centros Educativos y Universidades del Gobierno Vasco, que estuvieren cumpliendo penas por insumisión. A estos trabajadores no se les reconoce en el convenio el pago de una ayuda económica a diferencia de aquellos que se encontraban cumpliendo el servicio militar o la prestación social sustitutoria. La Sala anula el precepto convencional que deniega un complemento retributivo a los trabajadores insumisos en base a que la norma penal (Ley Orgánica 3/2002, que derogó determinados preceptos del Código Penal) dejó sin efecto las penas impuestas a quien hubiese incumplido sus deberes militares o prestacionales sustitutorios.

En la **STS de 20 de junio de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 1228, se resuelve sobre si un artículo del Convenio Colectivo de Aldeasa, al establecer la posibilidad de acumular las horas del permiso de lactancia mediante el disfrute del permiso de un mes retribuido, se opone a lo dispuesto en el artículo 37.4 del ET. La sentencia, que confirma la dictada en su día por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, entiende que el precepto convencional sometido al control de legalidad es plenamente válido, pues la posibilidad establecida en el convenio constituye una facultad otorgada al progenitor que no supone renuncia de derecho alguno y que no se opone sino que cumple con la finalidad prevista en el artículo 37.4 y 6 ET. Añade la resolución que el artículo 37 ET es un precepto de derecho necesario relativo que puede ser mejorado por norma convencional, tal como de forma constante sostiene un sólido criterio jurisprudencial. En este sentido, el permiso de lactancia regulado en el referido precepto estatutario es susceptible de admitir la mejora en el convenio en el uso y ejercicio legítimo de su autonomía colectiva.

I. Fuentes del Derecho

2. LEGISLACIÓN ESTATAL Y COMUNIDADES AUTONOMAS. 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 8 de junio de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 1115, 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 8, 9, 14, 15, 17, 21, 22, 23, 28, 29 y 30 de junio de 2005; de 4, 5, 6, 7, 8, 12, 13, 14, 15, 18, 19 y 22 julio de 2005, y de 15 y 16 de septiembre de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 1116, 1118, 1119, 1120, 1121, 1127, 1432, 1145, 1128, 1114, 1139, 1140, 1141, 1143, 1161, 1490, 1117, 1109, 1166, 1129, 1122, 1165, 1168, 1133, 1167, 1195, 1252, 1184, 1185, 1190, 1191, 1196, 1197, 1251, 1424, 1146, 1147, 1183, 1198, 1255, 1257, 1433, 1434, 1435, 1436, 1437, 1181, 1182, 1608, 1610, 1611, 1605, 1187, 1609, 1423, 1422, 1416, 1426, 1245, 1606, 1607, 1234, 1235, 1236, 1237, 1247, 1254, 1256, 1258, 1440, 1429, 1421, 1420, 1419, 1418, 1417, 1501, 1500, 1502.

3. CONVENIO COLECTIVO

A) Aplicación del Convenio colectivo

La aplicación de los convenios colectivos estatutarios en el concreto ámbito del personal laboral de la Administración es objeto del recurso de casación para la unificación de la doctrina resuelto por la **STS de 1 de abril de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 1113. La cuestión

planteada versa sobre la demanda salarial de una trabajadora con categoría de maestra en una guardería infantil municipal dependiente de un Ayuntamiento que carece de convenio colectivo propio. La pretensión ejercitada se basaba en la aplicación del convenio colectivo de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil ante la inexistencia de convenio de ámbito inferior. Ante la estimación de la demanda por el Juzgado de lo Social y una vez confirmada en sede de suplicación, recurre el Ayuntamiento en casación para unificación de doctrina, alegando que la sentencia de contraste estableció que en ausencia de convenio colectivo propio del Ayuntamiento ninguna otra norma convencional debía regular sus condiciones de trabajo y, en consecuencia, se aplicaría la norma estatal, específicamente para este caso, la norma reguladora del Salario Mínimo Interprofesional. Entre otras cuestiones, la citada resolución establece que los convenios colectivos estatutarios constituyen convenios de eficacia general *erga omnes* porque alcanzan fuerza normativa y constituyen la segunda de las fuentes de la relación laboral en el orden jerárquico que de tales fuentes suministra el artículo 3.1 del ET, llegando a formar parte del ordenamiento jurídico de tal manera que obliga no sólo a los negociadores y a los representados por ellos sino a muchos trabajadores y empresarios que ni participaron en la negociación ni tampoco estaban representados por los negociadores.

Añade la sentencia que al no existir un convenio para el ámbito específico de la relación laboral de la trabajadora lo lógico es que la relación laboral quede sujeta al convenio correspondiente, pues en caso contrario se crearía un injustificado vacío de regulación en los centros de trabajo a cargo de los ayuntamientos que quebraría el principio de igualdad que consagra el artículo 14 CE y que también acoge el artículo 17 del ET.

La exclusión del ámbito de aplicación personal de un convenio colectivo de determinados trabajadores es cuestión tratada en la **STSJ de Madrid de 18 de junio de 2005**, I.L. J 1465. En la litis se plantea la exclusión del convenio colectivo de un ayuntamiento de los trabajadores que hubiesen formalizado un **contrato de inserción**. Lo que la citada sentencia viene a concluir es que si bien el artículo 83.1 ET permite que los convenios colectivos tengan el ámbito de aplicación que las partes acuerden, los sujetos negociadores no gozan de libertad absoluta para delimitar su ámbito de aplicación, pudiendo existir limitaciones provenientes del principio de igualdad y no discriminación. La exclusión, del ámbito del convenio, de un sector de trabajadores requiere que se base en “singulares características u otras circunstancias relevantes para la prestación de servicios”. Por tanto, tal como resulta de la doctrina transcrita, lo decisivo en orden a determinar si es admisible o no la exclusión de un determinado colectivo del ámbito personal de un convenio colectivo es si concurren o no circunstancias singulares en la relación laboral prestada por los trabajadores excluidos. Este criterio resulta de plena aplicación cuando la exclusión no afecta a la totalidad de las materias reguladas en convenio sino sólo a dos parcelas concretas: la organizativa y la económica.

En sentido idéntico y sobre el mismo asunto se pronuncia la **STSJ de Madrid de 9 de mayo de 2005**, I.L. J 1599.

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 jurisprudencia de Tribunal Constitucional así lo vino proclamando al declarar que “la negociación extraestatutaria está constitucionalmente protegida”. Sobre el valor de este tipo de convenios se plantea en la **STSJ de Cataluña de 15 de marzo de 2005**, I.L. J 1326, los efectos de un pacto suscrito por una Asociación profesional de enfermería y una Fundación sanitaria, en el que se establecía el abono de una cantidad a tanto alzado al personal de enfermería representado por la asociación. La sentencia, estimando el recurso formulado por la empresa y con revocación de la sentencia, absuelve a ésta de las reclamaciones efectuadas por otros trabajadores no representados en la negociación. Entre otros argumentos, la sentencia analiza la eficacia de los pactos extraestatutarios, señalando que su eficacia contractual se proyecta exclusivamente sobre las partes que lo suscribieron y en los términos en ella establecidos. En consecuencia, sostiene la resolución que las cantidades que se postulan derivan de un acuerdo de naturaleza transaccional alcanzado entre la empresa y una parte de los trabajadores y, por lo tanto, el derecho se les reconoce en tanto que pactado en los términos que resultan del contenido del acuerdo así suscrito (artículo 1092 Código Civil).

También sobre el valor de los convenios colectivos extraestatutarios y, en concreto, su imposibilidad de extensión a otras patronales dentro de un grupo empresarial, se pronuncia la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 21 de abril de 2005**, I.L. J 1358. En la litis se planteaba el despido por causas objetivas de un trabajador perteneciente a una de las empresas del grupo, despido que el trabajador consideraba nulo o subsidiariamente improcedente, entre otras razones, por la existencia de un acuerdo suscrito entre otra de las empresas del grupo y la representación de los trabajadores de dicha empresa, acuerdo en virtud del cual la empresa se comprometía a no efectuar extinciones por causas objetivas en el lapso temporal en el que fue despedido el trabajador. El problema a resolver radicaba en determinar si dicho acuerdo resultaba aplicable al caso de autos, puesto que el actor no era trabajador de la empresa pactante sino de otra ajena al acuerdo. La Sala considera que el indicado acuerdo tiene la naturaleza de un pacto o convenio de carácter extraestatutario, con fuerza vinculante únicamente entre las partes que lo suscribieron, esto es, respecto a la empresa y a los trabajadores representados por las partes contratantes, sin perjuicio de que quepa la posibilidad de adhesión (individual o colectiva) al indicado pacto extraestatutario por los trabajadores y empresarios no representados por las partes contratantes. En definitiva, no puede otorgarse al pacto o acuerdo en cuestión una eficacia *erga omnes* frente a empresas y trabajadores que ni lo suscribieron ni posteriormente se adhirieron al mismo. Por lo tanto, el citado acuerdo colectivo sólo podrá vincular a la empresa pactante y sus trabajadores, en la medida en que el Comité de Empresa de ésta únicamente estaba legitimado para representar a los trabajadores pertenecientes a dicha mercantil, pero no a los trabajadores de otra empresa ajena al actor, pues ello supondría una deslegitimación de los órganos de representación unitaria de la empresa en la que prestaba sus servicios el demandante. Lo anterior no puede quedar desvirtuado por el hecho de que ambas empresas constituyan un grupo empresarial, pues para que el acuerdo en cuestión abarcase

al trabajador accionante habría sido preciso que en su elaboración y conclusión hubiese participado también el órgano de representación de los trabajadores de su empresa.

C) Interpretación del Convenio colectivo

Sobre los criterios de interpretación de los convenios colectivos la **STS de 7 de junio de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 1134, decide si, de acuerdo con la legislación vigente en la actualidad para la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, SA, debe estimarse aplicable a los trabajadores de dicha empresa contratados como temporales de forma inadecuada lo dispuesto en el artículo 49 del Convenio, en cuanto concede a los trabajadores “contratados como fijos” la decisión de optar entre la readmisión o la indemnización en los casos en que su despido haya sido declarado improcedente. Para resolver esta cuestión el Tribunal Supremo considera que el tenor literal del precitado artículo 49 del Convenio colectivo y el contexto en el que el mismo se haya redactado se deduce inequívocamente que la regla prevista en el mismo no puede alcanzar a los empleados ajustados como temporales cuyo contrato se transforma en indefinido por irregularidades sobrevenidas durante la vida de la relación contractual.

En materia de interpretación de los convenios sobre el concepto de antigüedad y, en concreto, sobre el cómputo de los períodos prestados bajo contratos temporales diversos, se pronuncia la **STSJ de Cantabria de 4 de mayo de 2005**, I.L. J 1404. Reitera la sentencia la doctrina de la Sala Cuarta del TS que entiende computable el período prestado bajo contratos temporales diversos a efectos del cómputo de antigüedad si no existe solución de continuidad en la prestación de servicios por más que formalmente se haya amparado dicha prestación en dichos contratos. Añade la sentencia que no existe ruptura cuando el tiempo transcurrido no excede de los veinte días hábiles, como aquí ocurre. En consecuencia, la Sala desestima el recurso, pues ha de computarse el contrato temporal ya extinguido entre las partes de la litis, a efectos de la determinación de la antigüedad, incluso si fuese válidamente de naturaleza temporal y se hubiera extinguido lícitamente.

Por su parte, la **STSJ de Cataluña de 30 de marzo de 2005**, I.L. J 1334, incide en los criterios interpretativos de aplicación a los convenios colectivos. El asunto versa sobre la extensión del derecho a una licencia retribuida por muerte o enfermedad grave de un familiar a los yernos y nueras. La sentencia, dictada en sede de suplicación y en la modalidad procesal de conflicto colectivo, razona la absolución de la empresa en base a la interpretación gramatical del precepto convencional en cuya literalidad no se incluye a este tipo de familiares afines. La Sala llega al fallo estimatorio del recurso de la empresa razonando que la interpretación de los convenios colectivos, según reiterada jurisprudencia, ha de llevarse a cabo por las mismas normas de interpretación establecidas en el Código Civil (artículo 4.3 en relación con los artículos 1281 y siguientes CC). Uno de estos elementos de interpretación es el literal a que se refiere el precitado artículo 1281 del CC y señala la sentencia que basta la lectura del precepto de la norma paccionada para llegar a la conclusión de que en él no se menciona para nada a nueras y yernos, por lo

I. Fuentes del Derecho

que no puede darse al mismo una interpretación extensiva cuando lo pretendido no sea incluido por las partes en el acuerdo colectivo.

También sobre la interpretación literal de las cláusulas convencionales se pronuncia la **STS de 21 de junio de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 1486, dictada en proceso de conflicto colectivo. La cuestión suscitada radica esencialmente en el cómputo de las horas extraordinarias a efectos de determinar el importe de las dos pagas extraordinarias anuales y las vacaciones. La sentencia de instancia reconoció tal cómputo, estimando la pretensión articulada por el Comité de Empresa. La Sala del Tribunal Supremo soluciona el dilema planteado en base a la interpretación literal del artículo convencional regulador del referido importe de las pagas extraordinarias y vacaciones, señalando que el convenio colectivo literalmente incluye entre los conceptos que integran las referidas pagas todos los complementos salariales, citando expresamente alguno de ellos y añadiendo la voz “etcétera”. Tal expresión supone que la cláusula del convenio no es exhaustiva o de *numerus clausus* sino meramente ejemplar y, por lo tanto, el listado de los complementos no se agota con los mencionados sino que habrá de tener por tales los que ostenten la misma naturaleza.

En proceso de conflicto colectivo la **STSJ de Cataluña de 15 de abril de 2005**, I.L. J 1512, se pronuncia sobre la interpretación y aplicación de un convenio colectivo. En concreto, el precepto convencional establece que el trabajador podrá ausentarse del trabajo con derecho a remuneración hasta dos días al año por asuntos propios, sin que sea necesaria justificación y siempre que se solicite con la debida antelación. Otro precepto convencional establece el derecho al disfrute de 30 días naturales de vacaciones. La postura del sindicato demandante es que se aplique el tenor literal del convenio declarándose el derecho de los trabajadores contratados a tiempo parcial al disfrute de los descansos señalados sin reducción alguna. Por su parte, la empresa entiende que los permisos no pueden ser disfrutados por los trabajadores a tiempo parcial o, en su caso, los disfruten de forma proporcional a su jornada, reducción que también ha de aplicarse al período vacacional. La sentencia estima la demanda, en lo referido al permiso, al no existir una regulación concreta en el convenio, mientras que desestima en lo relativo a las vacaciones, ya que esa materia se regula implícitamente de manera convencional. Para llegar a tal solución la Sala entiende, por un lado, que ha de acudir a la interpretación literal de los preceptos convencionales y que cuando esta norma guarda silencio absoluto sobre la materia la respuesta ha de ser positiva en el sentido de reconocer a todos los trabajadores, incluso a los de tiempo parcial, el disfrute de los dos días de permiso. Sin embargo, y por otro lado, respecto al disfrute vacacional entiende que ha de aplicarse la regla de la proporcionalidad, regla que se impone automáticamente al estar implícita en la prestación de trabajo en jornada inferior a la habitual.

Por su parte, resolviendo demanda de conflicto colectivo, la **STSJ de Cataluña de 15 de abril de 2005**, I.L. J 1513, incide en la interpretación de las normas convencionales y de nuevo en el criterio literal o gramatical de los propios términos de la norma, destacando que si la misma está redactada de forma genérica o ambigua es a los negociadores del convenio a quienes corresponde despejar dicha ambigüedad o introducir en un convenio posterior una mayor concreción. La Sala desestima el recurso formulado por la representación de los trabajadores contra la sentencia del Juzgado de lo Social desestimatoria

también de sus pretensiones. En concreto, la acción ejercitada instaba a la Sala a interpretar una determinada cláusula convencional en materia de clasificación profesional, interpretación que la Sala entiende que no le corresponde, pues como dice la resolución “En definitiva no puede pretender la empresa que la Sala interprete con carácter general las palabras o los términos utilizados en el convenio en un sentido que no sea la simple interpretación literal o gramatical, para lo cual no es necesario un pronunciamiento judicial. Cualquier interpretación que no fuera ésta exigiría completar el propio texto con aclaraciones o adiciones no previstas...”.

D) Concurrencia de convenios

Sobre los convenios colectivos que concurren en la regulación de las condiciones laborales de determinados trabajadores, aunque en este supuesto se niega la existencia de un supuesto de concurrencia convencional, se resuelve en la **STS de 6 de julio de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 1564. La demanda, formulada por una federación sindical ante la Audiencia Nacional, es de impugnación de convenios y se resuelve por el Tribunal Supremo en casación ordinaria. La pretensión de nulidad ejercitada por la federación recurrente fue desestimada por la Sala en base a la inexistencia de concurrencia de convenios. El supuesto de hecho versaba sobre la hipotética concurrencia de un convenio colectivo de empresa (Leroy Merlin) negociado en su propia unidad de negociación y que se encontraba ya en vigor en la fecha en que se publica el convenio colectivo general de ámbito estatal, en concreto, del sector de grandes almacenes. La sentencia argumenta que el supuesto no da lugar a la concurrencia de convenios colectivos, puesto que, por un lado, el convenio colectivo de la empresa ya estaba en vigor cuando se negocia el sectorial y, por otro, en que el propio Convenio Colectivo de Grandes Almacenes excluye de su ámbito de aplicación aquellas empresas que estuvieran asociadas a una determinada patronal y que tengan convenio colectivo propio, doble condición de exclusión que concurre en la empresa afectada. Siendo esto así, es claro que no se conculca el precepto del convenio colectivo sectorial que fija las reglas de concurrencia en ámbitos inferiores de negociación situados dentro de la empresa, por lo que este último no es aplicable ni directamente ni a título de convenio marco.

4. DETERMINACIÓN DE LA NORMA APLICABLE

Respecto de la determinación o selección de la norma que ha de ser aplicable a las relaciones jurídico-laborales se pronuncia la **STSJ de Madrid de 5 de abril de 2005**, I.L. J 1464. En la sentencia se resuelve sobre la pretensión de los trabajadores demandantes consistente en que se les aplique, con efectos 1 de enero de 2002, el Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Comunidad de Madrid y, como consecuencia, se les abonen las retribuciones establecidas en su estructura salarial. Dicha pretensión tiene origen causal en la integración de este personal, procedente del Hospital Clínico San Carlos, en el INSALUD y el posterior traspaso de funciones y servicios de dicha Entidad Gestora

I. Fuentes del Derecho

al actualmente denominado Servicio Madrileño de Salud, en virtud del Real Decreto de Transferencias con efectos al 1 de enero de 2002. La cuestión fundamental consistía en determinar cuál era la normativa específica de los demandantes (personal laboral no estatutario del INSALUD) dado que no tenían convenio colectivo específico. Esta situación particular conlleva que, independientemente de los pactos individuales que pudieran haber realizado, sus condiciones laborales se regían por la fuente del derecho prevista en el artículo 3.1.a) del ET, esto es, por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado contenidas esencialmente en la norma estatutaria. En base a tal argumentación el recurso es desestimado y se confirma la sentencia de instancia a su vez desestimatoria de la referida pretensión.

La aplicación temporal de unas u otras normas se trata en la **STSJ de Valencia de 10 de marzo de 2005**, I.L. J 1270. Resuelve la sentencia dictada en recurso de suplicación la determinación de la norma aplicable con ocasión de una reclamación a FOGASA formulada por un trabajador. Dicha norma será la vigente al momento en que deba entenderse producida la extinción de una relación laboral. Puede entenderse así que la relación jurídica se extingue en el momento del despido o en el momento en que el Auto del Juzgado declaró, ante la imposibilidad práctica de la ejecución de la sentencia de despido nulo en sus propios términos, extinguida una relación laboral. La Sala entiende que en el despido nulo se produce algo más que la ilegalidad del mismo, pues entiende que el despido no ha existido y, por lo tanto, que el acto del empresario no produce los efectos jurídicos propios del mismo. En consecuencia, la relación ha de considerarse extinguida al momento en que fue dictado el Auto del juez de la ejecución y, por ende, será aplicable la norma vigente en ese momento temporal.

5. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y CONVENIO COLECTIVO

Se analiza como problema de fondo en el recurso de amparo resuelto en la **STC de 26 de septiembre de 2005**, I.L. J 1630, la determinación de, si la voluntad individual de los trabajadores manifestada por la aceptación voluntaria de una oferta formulada por la empresa, puede, sin vulneración del derecho de negociación colectiva, modificar respecto de los mismos el contenido de lo pactado con carácter general en el convenio colectivo aplicable. En el relato de hechos se suscita la pretensión de amparo ejercitada por un sindicato ante el TC por vulneración de su derecho de libertad sindical al haberse llegado a acuerdos individuales entre empresa y trabajadores que dejaban sin efecto el régimen convencional de la jornada establecido en el convenio de sector de Cajas de Ahorros. El TC, recogiendo sentencias anteriores sobre supuestos de hecho similares, entiende que no puede prevalecer la autonomía de la voluntad individual de los trabajadores sobre la autonomía colectiva plasmada en un convenio y legalmente pactada entre los sindicatos y la representación empresarial, pues ello quebraría el sistema de negociación colectiva configurado por el legislador, cuya virtualidad viene determinada por la fuerza vinculante de los convenios constitucionalmente prevista en el artículo 37.1 CE. Añade la resolución que de no hacerse así y mantenerse vigente un convenio sin que, en determinadas partes esenciales del mismo –y el régimen de jornada lo es–, sea de obligado cumplimiento para todos los integrantes del sector regulado, se vendría abajo el sistema de la negociación co-

lectiva que presupone, por esencia y conceptualmente, la prevalencia de la autonomía de la voluntad colectiva sobre la voluntad individual de los afectados por el convenio. Sigue diciendo la sentencia que “Sólo la unión de los trabajadores a través de los sindicatos que los representan, permite la negociación equilibrada de las condiciones de trabajo que persiguen los convenios colectivos y que se traduce en la fuerza vinculante de los mismos y en el carácter normativo de lo pactado en ellos (STC 105/1992, de 1 de julio, FJ 6º)”.

El Tribunal acoge el amparo instado por el sindicato demandante anulando la sentencia del Tribunal Supremo recurrida al entender conculcado su derecho de libertad sindical. Se formula **voto particular** a la sentencia por el Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas que, en lo sustancial, justifica el mismo en que la resolución de referencia entra a analizar una materia sobre la que las sentencias recurridas no versaron. En este caso, el recurso de casación que dio lugar al procedimiento de amparo, se centró en la vulneración del artículo 41.2 ET, esto es, en la vulneración de una norma de rango simplemente legal y no constitucional, existiendo meras referencias a la negociación colectiva como añadido argumental pero en ningún caso como planteamiento del objeto de la tutela pretendida de un derecho constitucional singularizado. En el escrito de formalización del recurso se planteaba una cuestión estrictamente legal y no constitucional sin que en ningún momento se imputase a la sentencia recurrida la vulneración del derecho a la negociación colectiva.

Ya es bastante, añade el voto particular, que según nuestra jurisprudencia el derecho de libertad sindical, que es el propiamente fundamental, ex artículo 28.2 CE, se integre, cuando de su ejercicio por los sindicatos se trata con otro derecho que la Constitución misma categoriza por su colocación sistemática, no como derecho fundamental, sino simplemente como derecho de los ciudadanos (artículo 37.1 CE) y, como tal, ajeno al ámbito al que se contrae el amparo constitucional, pero llevar la tutela en vía de amparo, al extremo de dar por cumplido el requisito del artículo 44.1.c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, cuando no se reclama la tutela del derecho en cuanto tal, sino que simplemente se pretende hacer valer una determinada negociación colectiva con alegaciones genéricas sobre su valor, parece excesivo y, por ello, señala el Magistrado disidente, inadmisibile.

En definitiva, y a juicio del Magistrado, la pretensión ejercitada se centraba en una cuestión de estricta legalidad ordinaria al alegar la contrariedad del horario pactado al general aplicable en la empresa conforme al convenio colectivo de Cajas de Ahorro. También señala el voto particular que la sentencia del TC se aleja del pronunciamiento del Tribunal Supremo, pues el fallo se limitaba a desestimar por cuestiones procesales, en concreto, negar la procedencia de la modalidad de conflicto colectivo. En definitiva, concluye el Magistrado disidente, que la sentencia del TC al traer a colación la problemática de la negociación individual frente a la negociación colectiva no se atiene, como las sentencias anuladas hicieron, a la dimensión concreta con que se formulaban las pretensiones objeto del proceso, dimensión concreta y singularizada con la que guarda perfecta coherencia la respuesta judicial.

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 **STSJ de Cataluña de 16 de febrero de 2005**, I.L. J 1204. La Sala estima el recurso de suplicación formulado por la parte actora frente a la sentencia de instancia desestimatoria de la demanda inicial de conflicto colectivo. Entre otras censuras jurídicas se denuncia la infracción de la doctrina emanada del Tribunal Supremo por el principio de la condición más beneficiosa. Alegan los recurrentes que desde el año 1997, pese a pactarse un calendario laboral en el que se excluía la consideración de jornada los veinte minutos de descanso para el bocadillo o la merienda, lo cierto es que la empresa vino reconociendo tal descanso como de trabajo efectivo, mientras que en el calendario de 2004 la misma se ha negado a reconocer tal descanso como jornada efectiva, entendiéndose que con tal actuación la empresa vulnera la condición más beneficiosa que los trabajadores tenían adquirida. La Sala, recogiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, establece que el nacimiento de la condición más beneficiosa requiere algo más que la mera persistencia en el tiempo del disfrute de una determinada situación, siendo necesario que esa persistencia sea indicativa de la voluntad de la empresa de conceder un beneficio que sobrepase las exigencias de las normas legales o colectivas aplicables, integrando así la reiteración una declaración tácita de voluntad en este sentido. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1998 la construcción de la figura de la condición más beneficiosa se diferencia de la concesión graciosa en la habitualidad, regularidad, persistencia y disfrute en el tiempo, siempre que esa persistencia sea indicativa de la voluntad del empresario de reconocer el beneficio. En el presente caso queda acreditado que desde el año 1997 la empresa siempre otorgó y consintió que el descanso por bocadillo se consideraba jornada efectiva de trabajo, negándose posteriormente al beneficio otorgado durante siete años. No cabe duda, así, que la larga consideración en el tiempo de esta condición provoca el nacimiento de una condición más beneficiosa y la decisión empresarial de suprimir tal condición de forma unilateral constituye sin duda una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que únicamente podía viabilizarse por los cauces establecidos en el artículo 41.4 del ET.

Precisamente sobre la supresión de la condición más beneficiosa sin ajustarse al procedimiento establecido en el artículo 41 del ET se pronuncia la **STS de 16 de junio de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 1375. La sentencia dictada en recurso de casación ordinaria y en procedimiento especial de conflicto colectivo resuelve sobre el derecho de los trabajadores afectados a continuar eligiendo ellos mismos los días de descanso compensatorio y a que se reconozca como nula o, subsidiariamente, injustificada la medida impuesta por la empresa demandada en orden a suprimir la posibilidad de que los trabajadores compensasen a su libre elección los excesos de jornada con descansos, elección que venían efectuando a lo largo de al menos catorce años. La resolución del Tribunal Supremo, tras valorar la existencia de una condición más beneficiosa y aún reconociendo la potestad empresarial de dirección y organización, entiende que no se ha dado cumplimiento a las formalidades prescritas en el artículo 41.4 del ET, por lo que procede confirmar la sentencia recurrida que declaró la nulidad de la medida adoptada por no haber acudido la empresa a los

mecanismos previstos en dicho precepto estatutario. En este sentido, la Sala establece con dicción literal que "... El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores es el recordatorio esquemático de las fronteras de esa potestad y en orden a su contenido y pautas formales de actuación allí donde el contenido es menos relevante y cobra importancia la relación de comunicación con los trabajadores y sus representantes y la creación al menos de una garantía de puesta en conocimiento".

Asimismo, en la **STSJ de Cantabria de 27 de mayo de 2005**, I.L. J 1408, se plantea como supuesto de condición más beneficiosa la gratificación que los trabajadores venían percibiendo en el mes de marzo de cada año que recibía variadas denominaciones (objetivos, bonus y gratificación voluntaria) y que la empresa decidió unilateralmente suprimir, alegando que se trata de una percepción variable dependiente del grado de cumplimiento de criterios tales como la disponibilidad, dedicación, integración, etc. La resolución de la Sala, que confirma la sentencia de instancia, aplica el principio de condición más beneficiosa, principio plenamente consolidado en nuestro ordenamiento laboral y que implica el mantenimiento de aquellas condiciones anteriores que eran adquiridas por el trabajador e incorporadas a su relación de trabajo, quedando por lo tanto inmunes frente a la normativa general sobrevenida. Recuerda también la Sala, acogiendo doctrina jurisprudencial, que la condición más beneficiosa debe ser fruto de la voluntad deliberada de establecerla, ya sea de forma bilateral o unilateral, no siendo la mera persistencia en el tiempo lo que crea dicha condición. Añade que la voluntad de su concesión puede manifestarse tanto de forma expresa como de forma tácita. En el supuesto de autos queda acreditado que el actor venía percibiendo en la mensualidad de marzo de cada año un complemento variable con denominaciones diversas que se vinculaba a los resultados que habían sido positivos todos los años. Tales circunstancias suponen una persistencia de regularidad indicativa de la voluntad empresarial de reconocer un beneficio, aunque ésta se manifestara tácitamente a través de dicha reiteración, quedando incorporada al vínculo laboral. Tal condición, señala la sentencia, no puede ser minorada unilateralmente como la empresa lo ha hecho y, por lo tanto, procede la desestimación del recurso.

Sin embargo, no se admite el juego de este principio en supuestos de normas convencionales que son derogadas por otras posteriores menos favorables. En este sentido, la **STS de 22 de junio de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 1110, dictada en recurso de casación para unificación de doctrina, anula la sentencia de la Sala de lo Social que había reconocido a una trabajadora, tras la declaración de invalidez de su marido, el derecho a reintegrarse a su puesto tras la situación de excedencia por matrimonio, así como el derecho al percibo, en concepto de daños y perjuicios, de los salarios dejados de percibir desde la solicitud de reingreso. Interpuesto recurso casacional por la empresa, la Sala lo estima entendiendo que con la entrada en vigor de la Constitución todas las trabajadoras que habían tenido que pedir la excedencia en razón de matrimonio, con anterioridad a su promulgación, tuvieron derecho al reingreso de manera inmediata. El convenio colectivo anterior al vigente permitió la posibilidad de reingreso en los supuestos de fallecimiento o incapacidad para el trabajo del marido pero tal posibilidad fue expresamente derogada y dejada sin efecto por el posterior convenio colectivo. La Sala para llegar a la solución estimatoria

I. Fuentes del Derecho

del recurso de la empresa entiende que el convenio colectivo no es fuente de condición más beneficiosa y la fuerza derogatoria que tiene un convenio respecto del precedente lo recoge expresamente el artículo 86.4 del ET. Se recuerda por la Sala que las condiciones establecidas en convenio no son irreversibles y que quienes están legitimados para aportar ventajas sociales deben estarlo también para adaptarlas o modificarlas.

El criterio de inexistencia de condiciones más beneficiosas de origen normativo se confirma en la **STSJ de Valencia de 24 de febrero de 2005**, I.L. J 1217. En el caso de autos se plantea la procedencia de la aplicación de un convenio colectivo cuyo ámbito incluía al trabajador demandante, siendo así que con anterioridad la empresa venía aplicando otro que no incluía al mismo dentro de su ámbito de aplicación. Establece la Sala que no cabe aceptar la conservación de condiciones más beneficiosas de origen normativo, sino que la condición más beneficiosa no tiene su origen en una norma jurídica, concretamente, en un convenio colectivo, pues incluso caben convenios colectivos regresivos. Es doctrina reiterada que para la existencia de un derecho adquirido o condición más beneficiosa será requisito necesario la constancia de una ventaja que supere la establecida legal o convencionalmente. En este supuesto no es posible sostener que habiéndose aplicado durante un período de tiempo más o menos largo un convenio que no se ajustaba a la real actividad y objeto de la empresa, nos hallemos ante un derecho adquirido a permanecer de forma irreversible sujetando a las partes a dicho convenio, sino que la exigencia legal obliga a la aplicación, que no elección, del específico convenio en atención al real contenido de la actividad desarrollada, determinada en su correspondiente ámbito de aplicación fijado normativamente.

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 30 de mayo de 2005**, I.L. J 1638, resuelve sobre si la decisión de la empresa de fijar el tiempo de descanso o pausa dentro de las cuatro horas y media centrales de la jornada conculca la condición más beneficiosa disfrutada por los trabajadores de tener dicho descanso o pausa en las dos horas centrales de la jornada. En primer lugar, la sentencia, dictada en conflicto colectivo, establece que tal práctica no constituye una condición más beneficiosa puesto que no mejora la regulación convencional del descanso o pausa, sino simplemente constituye una manifestación del ejercicio regular del poder de dirección que tiene el empresario para regular y modular la jornada laboral dentro de los límites legales y convencionales. Dado lo anterior, y en segundo lugar, se considera ajustada a derecho la decisión de la empresa, pues se atiende estrictamente a lo establecido en convenio y no se ha operado una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que exija un acuerdo novatorio con el Comité, sino que se constituye simplemente en una manifestación del ejercicio regular del poder de dirección conforme a lo autorizado por el convenio. En consecuencia, la sentencia desestima el recurso formulado por el Comité de Empresa.

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 Extremadura de 26 de mayo de 2005, I.L. J 1316, interpreta, a la luz de la doctrina jurisprudencial, el instituto de la compensación y absorción con ocasión de la demanda formulada por un trabajador que por pacto tenía reconocido un salario mensual superior al de convenio y que reclamaba su mantenimiento, así como el abono de dos pagas extraordinarias de igual cuantía mensual que no habían sido expresamente pactadas. La empresa le compensa y absorbe las retribuciones que como condición más beneficiosa venía percibiendo y le abona la cuantía del salario mensual y de las pagas extras conforme al convenio colectivo de aplicación. La Sala estimando parcialmente el recurso aplica el instituto de la compensación y absorción de conformidad a la doctrina del Tribunal Supremo expresada principalmente en la Sentencia de su Sala de lo Social de 28 de febrero de 2000. A la luz de esta doctrina, señala la sentencia que el artículo 26.5 del ET viene a establecer que dicho instituto opera cuando se aprecie la existencia de dos situaciones que permitan la comparación, por lo que no es necesario que la parte alegue de forma expresa la compensación y absorción sino que puede ser de forma tácita con la invocación de hechos de los que la misma resulte. Añade la sentencia que la compensación y absorción recogida en el citado precepto del ET, pero con tradición muy arraigada en nuestro sistema jurídico, siempre ha tenido por objeto evitar la superposición de las mejoras salariales que tuvieron su origen en diversas fuentes reguladoras del mismo, de forma que el incremento de un concepto salarial contenido en una fuente normativa convencional quedaba neutralizado por cualquier otro incremento con origen en fuente distinta. Aplicando esta doctrina al caso de autos, la Sala entiende, por un lado, que la empresa demandada ha venido satisfaciendo al actor una cantidad salarial superior a la pactada en convenio que ha de ser respetada, pues no ha sobrevenido una modificación que resulte más favorable. Sin embargo, y por otro lado, la segunda reclamación sobre pagas extraordinarias sobre las que no consta pacto alguno de su pago en la misma cantidad del salario mensual es desestimada por cuanto el trabajador debe percibir las cuantías de las pagas que establece el convenio.

Asimismo, la **STSJ de Cataluña de 24 de marzo de 2005**, I.L. J 1330, considera absorbido un plus de disponibilidad establecido en el convenio colectivo de aplicación, siendo así que el trabajador venía percibiendo una retribución bruta por todos los conceptos que incluía un salario base superior en un 57% al salario base del convenio. La Sala entiende que dicho salario base mayor, que ya venía percibiendo el trabajador como consecuencia de gozar de un acuerdo particular entre él y su empresario, absorbe y neutraliza el plus de disponibilidad previsto en el convenio colectivo y ello aunque de la estructura salarial se deduzca que salario base y plus de disponibilidad no son conceptos homogéneos, pues dicho Tribunal viene manteniendo que “La doctrina jurisprudencial sigue un criterio amplio de la compensación y absorción, por lo que ésta debe aplicarse respecto a toda percepción económica que tenga naturaleza salarial y periodicidad fija y si bien por lo general esta fórmula no abarca a conceptos heterogéneos, cuyo devengo dependa de una mayor cantidad o calidad de trabajo, ha de estarse a la fórmula particular, si existe, en el Convenio Colectivo que rija la relación de las partes, de forma que si éste contiene un criterio aún más amplio que incluya en la compensación y absorción conceptos de diversa naturaleza, al mismo hemos de estar, y en el caso de autos el Convenio de aplicación

I. Fuentes del Derecho

contiene un criterio amplio y comprensivo de la compensación y absorción, al disponer que las condiciones económicas pactadas en el Convenio, estimadas anualmente y en su totalidad, podrán ser compensadas y absorbidas con las que rigieran en la empresa, y que las percepciones salariales efectivamente devengadas o percibidas por cada trabajador podrán compensar y absorber cualesquiera otras que pudieran corresponderle por aplicación de la normativa legal, reglamentaria o convencional vigente en cada momento”.

La **STSJ de Madrid de 31 de marzo de 2005**, I.L. J 1460, aplica el régimen de absorción y compensación previsto legalmente en un supuesto en el que la trabajadora demandante venía percibiendo una retribución personal superior a su salario al máximo del nivel retributivo en que está encuadrada su respectiva categoría profesional. La sentencia recuerda que la Sala ya se había pronunciado en ocasiones anteriores sobre supuestos idénticos, estableciendo que si bien este tipo de personal tenía adquirida una condición más beneficiosa, y habida cuenta de que en el salario de quien demanda se había producido una modificación en el sistema de clasificación profesional que conlleva un incremento retributivo, esta condición no queda fuera del régimen de absorción y compensación que se prevé legalmente en el artículo 26 del ET, al tratarse de partidas retributivas homogéneas sobre las que opera el instituto referido.

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 9 a 12 de 2005 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 1108 a 1639) en torno al concepto de trabajador.

1. PRESUPUESTOS CONFIGURADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

A) Presupuestos sustantivos

– STSJ de Cataluña de 11 de marzo de 2005 (recurso de suplicación 8052/2004), I.L. J 1449.

1. El presente recurso de suplicación es interpuesto por “Unión Derivan, SA,” contra la sentencia del juzgado de lo social que declaraba la laboralidad de la relación mantenida con D. Fernando, y calificaba de despido improcedente la extinción de la misma. Los hechos sobre los que se fundamenta la resolución de instancia son los siguientes: se reconoce la antigüedad de la relación de D. Fernando con la empresa recurrente desde 1988; se determina que las funciones realizadas por el demandante se corresponden con las de la categoría profesional de oficial 1.ª, mecánico de mantenimiento, con un salario mensual de 2.926 euros y en régimen de exclusividad; el trabajo era desempeñado conforme a las instrucciones y bajo la supervisión del jefe de mantenimiento de la sociedad demandada, dentro de un horario predeterminado; se le exige al demandante su inclusión en el RETA y alta en IAE, si bien aparece como titular de la sociedad “Montajes Industriales Can Ribas”, emitiendo facturas con IVA; además se hace constar que D. Fernando contrató, a solicitud de la empresa demandada, a D. Francisco con un contrato temporal de obra o servicio determinado; por último, se toma en consideración que tanto D. Fernando como D. Francisco portaban una maleta con herramientas pequeñas, correspondiendo a la demandada aportar las herramientas de mayor envergadura.

2. “Unión Derivan, SA,” recurre ante el TSJ alegando la falta de competencia de la jurisdicción laboral al cuestionar la naturaleza laboral de la relación. Por razón de que la cuestión alegada por la recurrente reúne el carácter de orden público procesal esta nueva instancia judicial justifica la revisión de la totalidad de la prueba practicada sin límite alguno. Por otra parte, se recuerda *ex artículo 217 LEC* que, cuando una de las partes cuestiona la existencia de una relación laboral, corresponde a quien afirma su existencia aportar la prueba de la misma. En consecuencia se entra a valorar en primer término, la oposición de la recurrente a la demanda y su no reconocimiento de las circunstancias de la antigüedad, categoría profesional u horario, asumidos como hechos probados en la resolución de instancia; se afirma que hasta 1988 D. Fernando prestó servicios para distintas empresas, estando integrado en el RETA, lo que viene a contradecir la afirmación de que la empresa demandada le exigió tal encuadramiento. Sólo a partir de 1989 el actor empezó a prestar

II. Trabajador

sus servicios en régimen de exclusividad, si bien continuó emitiendo facturas en función de las horas trabajadas. En relación con la contratación de D. Francisco por D. Fernando, la resolución valora el hecho de que D. Fernando giraba factura por hora trabajada en una cantidad superior a la que luego abonaba en nómina a aquél, lo que supone que se quedaba con parte de los beneficios generados por su trabajador. Además se considera probado que el actor decidía la forma en que ejecutaría su trabajo, y el horario en que lo realizaría. Por estos motivos se estima el recurso y se niega la naturaleza laboral de la relación en cuestión.

3. Llama intensamente la atención la extraordinaria divergencia entre los hechos probados reconocidos en instancia y los ulteriormente valorados por el TSJ. El resultado es que quien analiza la presente resolución alcanza un grado de confusión importante por la ausencia de identidad de hechos que interpretar. No hay divergencia en la interpretación de los hechos, sino en los mismos hechos. Así, de acuerdo con la narración fáctica de la sentencia del juzgado de lo social se observan datos definitivos para asumir la solución sobre la laboralidad de la relación, y siguiendo la que corresponde al Tribunal se obtiene la solución opuesta, como si de dos casos distintos se tratara. En consecuencia, la prueba no habrá sido convenientemente valorada en un caso o en el otro. Por mi parte, y a pesar de la exclusividad de la prestación realizada por D. Fernando y el uso de maquinaria pesada de la empresa demandada, resulta definitivo para la exclusión de la laboralidad la existencia de una estructura empresarial de la que es titular D. Francisco, de la que se sirve para desarrollar su actividad y en la que integra a D. Francisco. Aún así, considero insuficiente la prueba y hallo importantes vacíos en la línea descriptiva de los hechos considerados probados.

– STJS de Castilla-La Mancha de 25 de mayo de 2005 (recurso de suplicación 416/2005), I.L. J 1537.

1. El demandante fue socio mayoritario y administrador solidario de Albavín, SL, sociedad dedicada a la elaboración de vinos y bebidas. En mayo de 1999 la citada sociedad se convierte en SA y aumenta su capital social. A partir de ese momento, el actor se convierte en socio minoritario y cesa en su actividad de administrador social, si bien pasa a prestar servicios en régimen laboral por cuenta de dicha sociedad como enólogo percibiendo un salario bruto próximo a las 450.000 pesetas. En julio de 2001, el actor dirige una carta a Albavín en la que le comunica su voluntad de renunciar a su puesto de trabajo; a partir de noviembre de ese año, el actor factura mensualmente honorarios profesionales a Albavín por sus servicios como enólogo, facturas en la que se carga el IVA correspondiente y se realiza por la pagadora la correspondiente retención de IRPF. En concepto de honorarios recibe una cantidad de 1.020,40 euros y en concepto de gastos de manutención y locomoción de 300,51 euros, cantidades que se refunden a partir de enero de 2003 bajo el concepto de honorarios por importe de 1.320,91 euros, que se abona todos los meses. Además se facturan por el actor cantidades variables en concepto de comisión por ventas que van desde los 0 euros hasta casi los 600 euros según los meses. En marzo de 2002 se le abonó en la factura correspondiente a dicho mes 1502,54 euros por asistencia técnica en feria alimentaria y 6.009 euros por la obtención de un premio repartidos en las facturas de los meses de septiembre a noviembre de 2002. Son hechos probados, igualmente, que desde 2001 hasta marzo de 2003 Albavín, SA tuvo en plantilla de alta en el Régimen Ge-

neral a otro enólogo; que desde 1994 hasta 2004 el actor permaneció de alta en el RETA, y que entre 2001 y 2004 el actor realizó sus correspondientes declaraciones tributarias del IVA y permaneció de alta en el IAE.

Por lo demás, el actor no tenía un horario regular de asistencia a la empresa, sino que realiza su trabajo con flexibilidad en función de la producción. Tampoco presta sus servicios en exclusividad: desde marzo de 2002 a febrero de 2003 trabajó a tiempo completo como enólogo por cuenta de una Cooperativa, permaneciendo en alta en el Régimen General de la Seguridad Social; también consta que impartió clases de enología en junio de 2004 para Liber formación y desde octubre a diciembre de 2003 en un curso de cata de vinos para FEDA facturando a dichas entidades sus honorarios profesionales. En julio de 2004 Albavín, remite una carta al actor por la que le comunica que se prescinde de sus servicios y le ruega que no pase la iguala profesional. La sentencia de instancia estima la demanda y declara la improcedencia del despido.

2. Se discute la naturaleza de la relación que une a las partes: según la empresa es un arrendamiento de servicios concertados con un enólogo que se dedica al ejercicio libre de la profesión y no un contrato de trabajo como viene calificada por la sentencia recurrida. Ante todo, el Tribunal recuerda que la posible incompetencia de la jurisdicción social es una cuestión de orden público procesal que en consecuencia debe ser resuelta de oficio. A continuación, se detiene en señalar las diferencias entre una y otra modalidades contractuales: si en el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un precio o remuneración de los servicios, en el contrato de trabajo la causa objetiva del tipo contractual es una especie del género anterior que consiste en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo dependiente por cuenta ajena a cambio de retribución garantizada. Así pues, cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo nos encontramos ante un contrato de trabajo, sometido a la legislación laboral.

A la vista de los hechos considerados probados, el Tribunal rechaza la existencia de una relación laboral por las razones siguientes. En primer lugar, sólo se aprecia un indicio de laboralidad: el abono mensual de una cantidad fija en concepto de honorarios. Sin embargo, la posible ajenidad que de ello podría derivarse se ve desdibujada por la percepción en determinados meses de incentivos por premios obtenidos o por asistencia técnica en ferias. En segundo término, no concurre la nota de dependencia, por mucho que ésta se interprete de forma flexible: el actor no tiene horario; atiende sus obligaciones de forma autónoma conforme a las exigencias del ciclo del producto; no consta si durante los tres años de relación las ventas o compras se realizaban siguiendo instrucciones de la empresa o su propio criterio. En tercer lugar, a juicio del Tribunal resulta decisivo en este caso la autonomía del actor que se pone de manifiesto de forma rotunda en el establecimiento simultáneo de otra relación como enólogo por cuenta ajena y a tiempo completo para una Cooperativa. Todo ello conduce a la Sala a la conclusión de que no concurren las no-

II. Trabajador

tas de ajenidad y dependencia propias del contrato de trabajo en la relación que el actor mantenía con Albavín, a partir del noviembre de 2001: se establece entonces una relación profesional regida por normas civiles por lo que cualquier cuestión relativa a la finalización de la misma ha de someterse al orden jurisdiccional correspondiente siendo el social incompetente para conocer de la cuestión que se le plantea.

3. La argumentación de la Sala parece acertada en lo fundamental: no se acredita la concurrencia de las notas de dependencia y ajenidad. Quizá pueda resultar discutible la indefinición de la sentencia a la hora de identificar la falta de exclusividad como manifestación de alguna de esas dos notas. Aunque es sabido que no siempre es tarea sencilla separar una de otra, probablemente quepa considerar que la exclusividad (o falta de ella) constituye un indicio de la integración en el ámbito rector de una organización empresarial y, en tal sentido, un indicio de dependencia (o de ausencia de ella).

c) Actividad dependiente

– STSJ de Castilla y León (Valladolid) 9 de mayo de 2005 (recurso de suplicación 696/2005), I.L. J 1633.

1. A través del recurso de suplicación se pretende combatir la estimación de la excepción de incompetencia de jurisdicción por parte del juez de instancia, en virtud de la ausencia de los rasgos de laboralidad de la relación jurídica que mantenían la parte demandante y la parte demandada. Para alcanzar esta solución se han valorado como hechos probados los siguientes: El demandante junto al demandado llegaron a un acuerdo conforme al cual el primero llevaría la contabilidad de los clientes del segundo en el despacho de este último, permitiendo que al mismo tiempo el demandante atendiera a sus propios clientes en la misma sede. A cambio de sus servicios, el demandante facturaba mensualmente, por acuerdo de ambas partes, una cantidad mensual de 1939 euros, que se sumaba a las que el demandante facturaba directamente a sus propios clientes. Consta como hecho probado que el demandante no estaba sujeto a orden alguna sobre la forma de realizar su trabajo, ni sobre horario ni jornada. Del mismo modo se afirma que los medios materiales con los que se llevaba a cabo el trabajo eran propiedad del demandado, quien aparecía anunciado como titular del negocio.

2. El magistrado ponente del TSJ entra a interpretar los hechos considerados probados en la instancia. Conforme a dicha interpretación encuentra un único argumento en el que se podría sostener la laboralidad de esta compleja relación: el demandante realiza un trabajo personal, dentro de las instalaciones del demandado, consistente en llevar la contabilidad de los clientes del demandado, y a cambio de una cantidad fija mensual. Pero a partir de aquí el resto de indicios conducen a la exclusión de la laboralidad de la relación. La ausencia de sujeción a las órdenes del demandado, la distribución libre y autónoma del tiempo de trabajo y de las tareas a realizar; la atención a clientes propios a los que facturaba directamente, conducen a entender que, pese a que el demandado ponía la estructura organizativa, no asumía la dirección del trabajo del demandante, lo que excluye la dependencia de la relación. Incluso se llega más allá, y se considera la imposibilidad de valorar, incluso asumiendo la laboralidad de la relación, la existencia de un despido improcedente, ya que

se entiende sobradamente probado que la extinción de la relación se ha producido por mutuo acuerdo de ambas partes.

3. En esta ocasión comparto la solución alcanzada por el TSJ. En efecto, se está ante una asociación libre y voluntaria de dos profesionales que comparten medios para llevar a cabo sus respectivas profesiones. El demandado aportaría a la asociación los medios materiales, mientras que el demandante aportaría sus conocimientos como contable. Podría hacer dudar de esta solución el hecho de que el demandante percibía del demandado una cantidad fija todos los meses, pero tal duda se despejaría observando la facturación al resto de los clientes privativos del demandante, que también sería periódica dada la actividad de contabilidad contratada, habitualmente de tracto sucesivo.

2. SUPUESTOS INCLUIDOS

B) Contratos de grupo

– STSJ de Cataluña de 29 de abril de 2005 (recurso de suplicación 9811/2004), I.L. J 1583.

1. El actor, Eloy, es músico, trompeta primero, perteneció a la Orquesta Internacional Maravilla hasta el 2 de marzo de 2004, fecha en la que le fue entregada al actor una carta firmada por Jesús Miguel en calidad de representante de dicha orquesta, por la que se le comunica que no se le renueva el contrato con la misma. Consta igualmente que en 2002 los integrantes de la OIM celebraron un contrato con la sociedad “Musics de Catalunya” por el cual ésta se comprometía a firmar los contratos y presentarlos a registrar al Sindicato, cobrar su importe y liquidar las cuotas a los músicos que integran la agrupación orquesta; sin embargo, la citada entidad “Musics de Catalunya” no ha llevado a cabo tareas organizativas de espectáculos musicales, sino que ha circunscrito su actuación a proceder a cobrar los importes de las actuaciones de grupos musicales como la OIM, intervenir en los contratos celebrados por ésta, retener y pagar el IVA y IRPF, entregar las cantidades restantes a la OIM para su reparto entre los músicos. Durante este tiempo, la orquesta ha tenido como representante de los músicos integrados en ella, primero, a Víctor Manuel, jubilado en la actualidad, y en la actualidad a su hijo Jesús Miguel, también músico de la orquesta. Se desestima la demanda por despido interpuesta por Eloy al entender que se trata de un supuesto de trabajo en grupo y que no hay, por tanto, relación laboral entre el demandante y la orquesta musical en la que se encontraba integrado; aquél recurre en suplicación.

2. Reconoce el Tribunal que su actuación debe limitarse a analizar y resolver si procede acoger la excepción de incompetencia del orden social de la jurisdicción invocada por los demandados, tal y como hizo el juzgado de instancia al concluir que la relación jurídica existente entre las partes no es de naturaleza laboral. Recuerda, en este sentido, que este asunto constituye una cuestión de orden público procesal que debe ser resuelta por

II. Trabajador

el órgano judicial con libertad, sin 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, fundadamente y con sujeción a derecho, sobre una cuestión cuya especial naturaleza la sustrae al poder dispositivo de las partes.

En relación con el fondo de la cuestión, el Tribunal trata de determinar si estamos ante una situación jurídica de trabajo en grupo (en la que la relación jurídica existente entre los diferentes integrantes del mismo no es de naturaleza laboral) o bien ante un contrato de trabajo en el que el representante del grupo actúa en realidad como auténtico y verdadero empleador de los demás miembros de la orquesta. Confirmando el pronunciamiento de instancia se decanta por la primera opción. Pero recuerda, siguiendo la doctrina establecida en STS de 25 de octubre de 1988, que el grupo de trabajadores que como tal funciona no es empresario, sino un conjunto de trabajadores con prestaciones coordinadas que lo son de un mismo empresario, por lo que no hay relación laboral entre los integrantes del grupo, sino tan sólo entre los empleadores que como terceros contratan los servicios del grupo. Se trata, en definitiva, de un contrato cuya característica esencial radica en que la obligación de trabajar es asumida colectivamente por varios trabajadores en virtud de un solo vínculo jurídico, efectuándose la contratación por parte del empresario no con un trabajador aislado, sino con un grupo de trabajadores considerado en su totalidad. La consecuencia de ello es doble: una, que el empresario no tendrá frente a cada uno de sus miembros los derechos y deberes que como tal le competen y, otra, que existe un jefe del grupo designado expresamente o que de hecho actúe como tal.

A juicio del Tribunal, el caso de autos constituye una mera discrepancia interna en el seno del grupo que ha motivado la decisión de excluir del mismo al actor. Y es que la consideración de que los demandados pudieran ser en realidad empleadores del grupo debe ser rechazada ante la ausencia de elementos de prueba de que eran titulares de la infraestructura empresarial utilizada por la orquesta, o bien, que unilateralmente decidían, ordenaban y dirigían sus actividades, de manera que los demás actuaban bajo su ámbito de organización y dirección. Aunque se admite el riesgo de utilización de esta figura contractual en fraude de ley, se insiste en la necesidad de aportar indicios en este caso ausentes.

En fin, en relación con la sociedad cooperativa codemandada, “Musics de Catalunya”, el Tribunal señala que su intervención se limita a la gestión como intermediaria de los intereses de todos los músicos cooperativistas afiliados a la misma, sin que haya elemento alguno que permita considerar que ha actuado como empleadora del demandante, sino tan sólo como mera y simple gestora de la documentación necesaria para el ejercicio de la actividad, tal y como constituye su objeto social en relación con todos los socios que la integran.

3. El Tribunal expone con claridad y acierto la naturaleza jurídica del contrato de grupo regulado en el artículo 10.2 ET. La clave reside en que la posición del jefe del grupo no pasa de ser la de un mero representante del colectivo, de manera que su papel no debe confundirse con el que, en su caso, corresponde al empleador. De todas formas, resulta

oportuno insistir, como hace el citado órgano jurisdiccional, en el riesgo de fraude que se da en este tipo de vinculaciones contractuales.

C) Relaciones laborales de carácter especial

a) Alta dirección

– STSJ de Cataluña de 28 de febrero de 2005 (recurso de suplicación 5728/2004), I.L. J 1205.

1. La trabajadora ha sido contratada como directora del área de Cataluña con contrato de trabajo en 1997, de naturaleza laboral y ordinario, hasta que en 2002 se otorgan poderes notariales para actuar en nombre de la compañía. La actora es encuadrada en el grupo B, mientras que existen otros niveles jerárquicos tales como el A y el C, con los que comparte facultades, ya que para disponer de fondos hasta 100.000 euros se requiere la firma mancomunada de un apoderado del grupo B con otro del grupo C, y para disponer de fondos superiores a 100.000 euros, e inferiores a 500.000, es necesaria la firma de los apoderados del grupo B, y si se dispone de más de 500.000 euros entonces se exige la firma de un apoderado del grupo A, junto con otro del grupo B. Es necesaria la firma mancomunada también para operaciones que impliquen el pago de salarios a empleados, pagos de impuestos y pagos a otras sociedades del grupo. Consta en el contrato de trabajo del demandante que depende del vicepresidente de la compañía y el director general de la división internacional. Se ha decidido rescindir su contrato de trabajo por desistimiento empresarial.

2. Se estima que para la aplicación eficaz del artículo 1.2 RD 1382/1985 y 1.8, de conformidad con las Sentencias del TS de 10 de octubre de 1985, 3 de julio de 1966, 24 de enero de 1990, 3 de marzo de 1990, 7 de marzo de 1988, 13 de noviembre de 1989, 15 de octubre de 1986 y 24 de noviembre de 1989, lo definitorio es la existencia de requisitos: ejercicio de poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, lo que implica capacidad de llevar a cabo actos y negocios jurídicos en nombre de la misma y realizar actos de disposición patrimonial y la obliguen frente a terceros; que estos poderes afecten a objetivos generales de la compañía, sin que puedan ser calificados como tales los que se refieran a facetas o sectores parciales de su actividad; y que el ejercicio de estos poderes se efectúe con autonomía y plena responsabilidad, con la sola limitación a los criterios e instrucciones directas emanados de la persona física o jurídica titular de la empresa. No se exige de esa calificación que sea atribuible únicamente al *alter ego* del empresario la empresa, al titular del puesto vértice de su estructura piramidal, sino que también comprende a los que asumen altas funciones directivas en sectores específicos del tráfico empresarial. Lo característico del PAD es la toma de decisiones en la gestión fundamental de la actividad empresarial, que en los poderes sean enteramente ejercidos, y que se refieran a la generalidad de la empresa o a un sector amplio de la misma. El concepto de PAD es excepcional, siendo la presunción a favor del trabajador común u ordinario. En las grandes sociedades que tengan implantación muy importante, la actuación de un alto

II. Trabajador

directivo puede no afectar a la totalidad de la empresa, sino tan sólo a una determinada rama o sector de su actividad productiva.

Resulta que en el presente caso, la demandante sólo goza de libertad de decisión para cuestiones relativas al tráfico ordinario de la sociedad sin la amplitud que requieren unos poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, tampoco se encuentra dentro del grupo de mayor rango entre los directivos y no dispone de facultades para decidir sobre la marcha económica de la empresa, pues requiere la firma mancomunada de los apoderados, firma necesaria también para el pago de salarios a empleados o para pago de impuestos, o incluso el pago a otras sociedades del grupo. Sus facultades no alcanzan los objetivos generales de la empresa y en su ejercicio se supedita al control de otros directivos. Los poderes de la demandante desde 2002 han sido muy limitados. No es relevante que en su contrato de trabajo se haya expresado que tenía la obligación de guardar secreto porque ocupaba un puesto de confianza y que se le exigiera dedicación exclusiva.

Se estima que sólo es directivo de alto nivel y en llega a ocupar esa posición en la empresa, pues todo los demás estarán sometidos a su dirección y control. Concluye la sentencia diciendo que el desistimiento empresarial constituye un despido improcedente, por tratarse de un contrato de trabajo ordinario.

3. Dentro de la ortodoxia de esta sentencia llama la atención que se insista en que tan sólo uno de los directivos, el que esté en el puesto vértice, venga a ser personal de alta dirección, después de haber recogido jurisprudencia según la cual tienen esta consideración los que desarrollan funciones relevantes en sectores específicos del tráfico empresarial. Se trata de una pugna doctrinal que no aparece totalmente resuelta.

– STSJ de Cantabria de 18 de abril de 2005 (recurso de suplicación 155/2005), I.L. J 1289.

1. El demandante y la empresa Sodercan concertaron un contrato de trabajo de lanzamiento de nueva actividad. Este contrato fue prorrogado el 9 de julio de 1997, para convertirse en indefinido a partir del 1 de julio de 1997. El 7 de julio de 1999 se celebraron elecciones para representantes de trabajadores en la empresa demandada y el actor salió elegido como delegado de personal.

El 22 de noviembre de 2000 el demandante y la demandada firmaron un contrato de alta dirección, alcanzando aquél el cargo de Director General de la empresa, fijando una retribución de 78.094,83 anuales y estableciendo que en el caso de que la rescisión se acordara por Sodercan, sin justa causa, habría de indemnizar al actor en una cantidad igual al importe de dos anualidades de la retribución que en dicho momento percibiera por todos los conceptos.

El 23 de agosto de 2002 se celebró una reunión de la comisión ejecutiva de la demandada en la que se acordó nombrar un nuevo Director General de Sodercan y el cese como tal del demandante, al amparo de una nueva orientación empresarial dirigida al desarrollo tecnológico, innovación y nuevas tecnologías, así como una potenciación en el ámbito internacional tanto para la promoción como para la búsqueda de iniciativas comunitarias que

pudiera aprovechar Cantabria para captar fondos europeos. Tras unas conversaciones directas entre el Consejero de Industria del Gobierno de Cantabria y el demandante (agosto 2002), en las que se acordó que éste pasase a desempeñar el puesto de director del Centro Tecnológico de Componentes (en adelante, CTC), con una retribución actualizada equivalente a la que venía percibiendo antes de ser director general de Sodercan (60.101 euros), confirmándose estos extremos en otra reunión del CTC el 12 de septiembre de 2002.

El 22 de septiembre de 2003 el actor formuló reclamación salarial contra la demandada, por importe de 28.279,77 euros, en concepto de “diferencias y revisión salarial”, aquélla interpretó que se le reclamaba el resto de 4.000.000 de pesetas entre el salario que le correspondía cuando era Director General de Sodercan y lo que estaba percibiendo como Director del CTC, con la revisión del IPC, interpretando que no le correspondía a la vista del acuerdo alcanzado para el desempeño del nuevo puesto de trabajo.

El 27 de octubre de 2003 se celebró una reunión del Patronato de la Fundación del CTC, en la que se acordó, a instancia del nuevo Consejero de Industria, que los poderes que ostentaba el actor como director del CTC pasaran a ser ejercitados de manera mancomunada. A finales de 2003, la Consejería de Industria envió al demandante una propuesta de contrato con el contenido que obra en los autos y el 20 de julio de 2004 la demandada comunicó a CTC que por motivos de organización interna el teléfono móvil a nombre del actor pasaría a depender, a todos los efectos, del CTC.

El 30 de julio de 2004 se notificó al demandante que, en virtud de acuerdo de fecha 27 de los corrientes, adoptado por la Comisión Ejecutiva, se había decidido la extinción de la relación laboral, en la que venía ostentando la categoría de Director del Centro Tecnológico de Componentes, extinción que será efectiva el día 31 de julio de 2004. Tal decisión ha sido adoptada por motivos de política empresarial por lo que, asumiendo la improcedencia de su cese, la empresa pone a su disposición en este acto una indemnización equivalente a 24 mensualidades de salario, la cual, por exceder la que correspondería a 45 días de salario por cada año de antigüedad, procede abonar de conformidad con lo dispuesto en el contrato suscrito entre ambas partes el día 22 de noviembre de 2000. Se significaba que la indemnización había sido calculada tomando como referencia el salario anual actual, que asciende a 64.129,94 euros, lo que totaliza un importe de 128.259,88 euros brutos. El 6 de agosto de 2004 se notificó al demandante su cese como director del CTC, así como la revocación de sus poderes.

El salario bruto diario del demandante asciende a 178,14 euros (de conformidad con la relación laboral inicial del trabajador). De conformidad con el contrato celebrado en noviembre de 2000, la retribución diaria bruta actualizada del demandante ascendería a 271,58 euros. La empresa demandante es una sociedad anónima de participación pública. El 51% de su accionariado pertenece al Gobierno de Cantabria, el 44% a Caja Cantabria y el resto a la Cámara de Comercio y el consejero de Industria ostenta los cargos de Presidente de Sodercan y Presidente del Patronato de la Fundación CTC. La plantilla actual de la demandada es de 44 personas.

II. Trabajador

2. Las revisiones fácticas que propone el recurso son desestimadas expresamente, por lo que el estudio jurídico de la cuestión se lleva a cabo sobre el relato fáctico de instancia. Empieza recordando la Sala que la jurisprudencia ha perfilado a través de numerosos pronunciamientos la noción de alta dirección que hoy recoge el artículo 1.2 RD 1382/1985, de 1 de agosto, precisándose que: 1º Han de ejercitarse poderes inherentes a la titularidad de la empresa que se incluyan en el círculo de decisiones fundamentales o estratégicas (Sentencia de 6 de marzo de 1990, RJ 1990, 1767) con independencia de que exista un acto formal de apoderamiento (Sentencia de 18 de marzo de 1991, RJ 1991, 1870). 2º Los poderes han de referirse a los objetivos generales de la entidad, lo que supone que las facultades otorgadas además de afectar a áreas funcionales de indiscutible importancia para la vida de la empresa, hayan de ser referidas normalmente a la íntegra actividad de la misma o a aspectos trascendentales de sus objetivos (Sentencias de 30 de enero, RJ 1990, 233) y 12 de septiembre de 1990 (RJ 1990, 6998). 3º El alto directivo ha de actuar con autonomía y plena responsabilidad, es decir, con un margen de independencia sólo limitado por los criterios o directrices de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad, por lo que no toda persona que asuma funciones directivas en la empresa puede ser calificada como alto directivo, ya que han de excluirse quienes reciban instrucciones de otros órganos delegados de dirección de la entidad empleadora (Sentencias de 13 de marzo de 1990, RJ 1990, 2065) doctrina esta seguida por esta Sala en numerosas sentencias, entre las que se encuentra la citada. Por ello, admitido por las partes que ostentaba el actor los poderes que se refieren tanto en el escrito de recurso como de impugnación, y remitiendo a dicho cotejo de facultades, hemos de determinar si los mismos se incardinan o no en el círculo de decisiones fundamentales o estratégicas de la empresa.

Afirma la Sala el carácter restrictivo que debe seguirse para poder calificar un contrato como de alta dirección, pues en la medida en que lleva la aplicación de un régimen jurídico especial en el que se limita de forma importante la protección que el ordenamiento otorga a los trabajadores, no puede ser objeto de una interpretación extensiva (SSTS, Social, 13 de marzo de 1990 y 11 de junio de 1990, RJ 1990, 5050). Sin embargo, partiendo de los criterios o premisas referidos, debe considerarse que el actor era un alto directivo, también en su segundo vínculo como Director General del Centro Tecnológico de Componentes. Se trataba de un cargo de confianza, y entre otras facultades, asumía la representación de la entidad ante autoridades y terceras personas, podía reclamar y percibir deudas, intervenir en suspensiones de pagos, quiebras, procedimientos de quitas y esperas, celebrar convenios judiciales o extrajudiciales, asistir a las juntas de acreedores, retirar y abrir correspondencia, suscribir contratos de seguro, pactar transacciones, cláusulas arbitrales, comparecer en todo tipo de procedimientos, conferir poderes, otorgar y firmar cuantos documentos públicos y privados fuera necesario. Con determinadas restricciones económicas (cuantía máxima de disposición de 90.151,82 euros) y también la de obtener reconocimientos de derechos, cualquier forma de adquirir o enajenar bienes muebles, realizar operaciones bancarias y cambiarias, y también contratar y despedir empleados y trabajadores, finando sueldos e indemnizaciones. Actuando mancomunadamente con otra persona podía ejercer en nombre y representación de la Fundación todas y cada una de las facultades. Es decir, se trataba de poderes inherentes a la titularidad de la empresa que se incluyen de ordinario en “el círculo de decisiones fundamentales o estratégicas, referidas también a la íntegra actividad de la misma o a aspectos trascendentales” y actuaba aquél con autonomía y plena

responsabilidad, es decir, con un margen de independencia sólo limitado por los criterios o directrices de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad, en este caso del Patronato, pero sin que recibiese órdenes o instrucciones de otros órganos delegados de dirección de la entidad empleadora. No se desvirtúa esta circunstancia por el hecho de que actuando mancomunadamente con otra persona podía ejercer en nombre y representación de la Fundación todas y cada una de las facultades o que se transformaran de solidarias a mancomunadas las facultades de contenido económico, a partir de septiembre de 2003. Esta cuestión también ha sido objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo que matiza al respecto, en la Sentencia de 13 noviembre 1991 (RJ 1991, 8219) como no obsta a la conclusión expresada, relativa a la estimación de que el actor sea alto directivo de la demandada, el hecho de que determinadas facultades hubieran sido atribuidas mancomunadamente si se trata, en definitiva, de facultades referidas al ejercicio de “poderes inherentes a la titularidad jurídica de las empresas, lo cual es bastante a los fines de la presente litis. La prescripción de que hayan de ejercitarse con autonomía y plena responsabilidad” (artículo 1.2 del precitado Real Decreto) no ha de entenderse como exigencia de exclusividad (es decir, poderes compartidos), sino como expresión global y completa, y al mismo tiempo como correlato adecuado, del amplio ámbito de poder conferido. Tampoco trasciende a tal calificación como alta dirección la existencia de una limitación económica, ya que, como ha entendido alguna otra Sala (Sentencia del TSJ de Madrid de 28 de marzo de 1996, AS 1996, 1245), limitación que opera cuando el actor actúa sólo, pero no cuando lo hace conjuntamente, que no existe limitación alguna como en el caso de autos. Las facultades que se recogen en ambos casos son universales, comprenden la entera actividad de la entidad ya que abarca todo tipo de negocio propio del objeto social y la actuación conjunta evidencia un mero fenómeno de titularidad plural del poder de dirección, que ubica también el cometido del actor en el núcleo estratégico de tal poder, en pie de igualdad con las otras dos personas y por lo tanto también como entiende la sentencia referida “con autonomía y dependencia en la ejecución de sus funciones directivas”.

Por otro lado, la novación que se quiere deducir de este nuevo ejercicio mancomunado, no se presume y tampoco cabe deducirla del hecho de la revocación de poderes, o minoración que representa tal modificación, pues ésta no deja de ser una medida cautelar preventiva, según ha expuesto también el Tribunal Supremo en Sentencia de 12 de julio de 1997 (RJ 1997, 6259). A esta conclusión lleva también la circunstancia de que el nuevo director del Centro, que ha sustituido al demandante, con los poderes referidos, esté también vinculado por un contrato de alta dirección.

En cuanto a la rehabilitación de su calidad de representante de personal, no procede acceder a ella, siquiera cuando se entendiera suspendido, como defiende, el mandato de representación, el cargo de delegado, y prescindiendo del nombramiento de suplente. Lo motiva el mandato del artículo 16 del RD 1832/1985, porque la continuidad en un vínculo de alta dirección impidió en cualquier caso la posibilidad de actuar como delegado de personal y la efectividad de las garantías reconocidas por el artículo 68 del Estatuto de los Trabajadores, en este caso del reclamado derecho de opción.

II. Trabajador

3. Todas las interesantes cuestiones que propicia plantear los hechos narrados en la sentencia, quedan reducidas en último término a la determinación de la naturaleza jurídica del vínculo que une al actor y a la empresa participada por la Administración Pública, en la que finalizó un vínculo contractual iniciado años antes en otra empresa, en régimen de trabajador de régimen común, transformado luego en la misma empresa de derecho privado en vínculo de alta dirección. Incidentalmente la Sala entra también en la cuestión, ajena a la que se trata en este apartado, de la posible rehabilitación de la condición originaria de representante del personal, avalando una solución acertada en términos legales.

La Sala de suplicación construye su fundamentación a favor del carácter de alto directivo que merece el actor, en su segunda actividad empresarial, de la mano de la interpretación que la jurisprudencia unificadora ha realizado del reglamento regulador de ese tipo de relaciones de alta dirección. Poniendo en íntima conexión los detallados hechos que quedaron probados y tal doctrina casacional, arriba a la única conclusión razonable a la vista de las circunstancias concurrentes, no otra que la de decidir el carácter de alto directivo que convenía al reclamante.

3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

F) Mediadores mercantiles con asunción de riesgo

– STSJ de la Comunidad Valenciana de 30 de marzo de 2005 (recurso de suplicación 3832/2004), I.L. J 1348.

1. Son hechos probados de la sentencia de instancia que el actor viene desarrollando desde el 16 de febrero de 1995 la actividad consistente en la promoción de actos y operaciones de comercio por cuenta de la empresa demandada Ideahogar, SL, percibiendo como retribución unas comisiones sobre el precio de los productos que se contraten por su mediación, cuyo promedio mensual durante el período comprendido entre el mes de junio de 2002 al mes de mayo de 2004 ascendió a 584,97 euros. La zona asignada al demandante es la provincia de Alicante. En el ejercicio de sus funciones el demandante no se encuentra sujeto a ningún tipo de horario, jornada o régimen de vacaciones establecidos por la empresa demandada, que no le abona dietas ni le fija itinerarios ni listados de clientes.

2. La sentencia de instancia acogió la excepción de incompetencia de jurisdicción, al entender que la relación entre las partes era de naturaleza mercantil y no laboral. El recurso de suplicación combate un extremo del relato fáctico de la sentencia originaria, que la Sala desestima al venir fundada únicamente la corrección pretendida en la alegación del recurrente, sin remisión a prueba alguna obrante en los autos. Pero, básicamente, el recurso interesa la declaración de vínculo laboral entre las partes y, por tanto, la desestimación de la excepción de incompetencia por razón de la materia.

Pero la Sala desestima asimismo la denuncia jurídica con apoyo en sus resoluciones precedentes de 28 de enero de 1997 (AS 1997, 62), 4 de marzo de 1998 (AS 1998, 997), 29 de marzo de 2000 (AS 2000, 3845) o 12 de septiembre de 2002 (JUR 2003, 170236), y

en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, manifestada en la Sentencia de 2 de julio de 1996 (RJ 1996, 5631), pues a partir de la regulación del contrato de agencia, por la Ley 12/1992, el elemento definidor de la existencia de relación laboral o mercantil no es el tradicionalmente utilizado por la doctrina, la jurisprudencia y el legislador, concretado en el hecho de responder o no del buen fin de las operaciones en las que interviene el mediador, sino si concurre la nota de dependencia en la relación que mantiene el mediador con la empresa. En efecto, como señala el Tribunal Supremo en la Sentencia citada de 2 de julio de 1996 (RJ 1996, 5631) "...la nota que diferencia al representante de comercio ... de quien asume el papel de agente como consecuencia de la válida celebración de un contrato de agencia, radica esencialmente en la dependencia, la que ha de presumirse excluida, con consecuencias eliminatorias de la laboralidad, cuando aquel que por cuenta de una o varias empresas se dedica a promover o a promover y concluir, actos u operaciones de comercio, despliega dicha actividad en términos de independencia, circunstancia esta que ha de entenderse concurrente en aquellos supuestos en que, al asumir dichas funciones, queda facultado para organizar su actividad profesional y el tiempo que fuera a dedicar a la misma, conforme a sus propios criterios, sin quedar sometido, por tanto, en el desenvolvimiento de su relación, a los que pudiera impartir en tal aspecto la empresa por cuya cuenta actuare". Con base en tal doctrina esta Sala ha considerado como datos indicativos a tener en cuenta para vislumbrar la nota de dependencia los siguientes: la regulación a la que se sometieron las partes cuando suscribieron el contrato, la existencia o no de un salario garantizado y la autonomía y libertad con que en la prestación del servicio se desenvolvía el solicitante, en cuanto a la fijación de horario y a la organización de su trabajo. En este sentido, en la Sentencia de esta Sala de 4 de marzo de 1998 (AS 1998, 997) se señala que el criterio diferenciador entre una y otra figura se concreta en si el mediador organiza su actividad profesional libremente o si en esa actividad está sometido a las órdenes del empleador, de forma que si puede visitar a los clientes que él establezca y cuando él disponga sin control previo, estaríamos ante la figura del agente autónomo y mercantil, mientras que si tal actividad ha de seguir un plan empresarial previamente trazado o exigente de un determinado comportamiento en cuanto a horas, itinerario, clientes, controles, etc., estaríamos ante un representante de comercio".

Aplicando la doctrina expuesta al caso controvertido, y de acuerdo con la declaración de hechos probados que contiene la sentencia recurrida, y que la Sala acepta en su integridad, resulta que no concurre la nota de dependencia definidora de la relación laboral, pues nada indica que el demandante no organizara la prestación de sus servicios de acuerdo con sus propios criterios, ni que recibiera instrucciones en relación a recorridos, gestiones a realizar, clientes a visitar –salvo indicaciones muy genéricas–, tiempo y jornada de trabajo, modo de efectuarlo, etc. El hecho de que la empresa expresara determinados criterios en relación con la fijación de los precios de los productos ofrecidos, o con la manera de realizar el cobro a los clientes o de exponer la mercancía, no enerva la conclusión expuesta, toda vez que se trata de cuestiones que afectan al núcleo básico de la actividad empresarial y que, por tanto, no pueden quedar en manos de terceros, sin que la determinación de aquellas condiciones afecten a la naturaleza de la relación que la empresa mantiene con sus agentes. Refuerza el argumento la Sala citando su anterior Sentencia de 12 de septiem-

II. Trabajador

bre de 2002 (JUR 2003, 170236), en la que se señalaba que es obvio que los precios de los productos ofertados y sus descuentos son fijados por la empresa que los produce; y lo mismo ocurre con la necesidad de visitar a determinados clientes, por cuanto la propia supervivencia de la empresa en el mercado está íntimamente ligada al mantenimiento y cuidado de sus clientes en cuanto potenciales consumidores de sus productos. Pero una cosa es que se establezca por la empresa la necesidad de realizar visitas a determinados clientes y, otra bien diferente, es que sea la empresa la que, en el quehacer diario, señale las rutas a seguir o establezca los itinerarios, lo que sí que denotaría un régimen de dependencia a las instrucciones empresariales propias de una relación laboral.

3. Como en tantas ocasiones anteriores, la determinación de la existencia de contrato de trabajo, en supuestos similares, y la delimitación de la difícil frontera entre la relación laboral de representación comercial y la relación mercantil de agencia, queda en función de la prueba de las circunstancias concurrentes en cada supuesto de hecho, circunstancias determinantes de la existencia o inexistencia del presupuesto sustantivo de la dependencia. Bajo el relato factual aquí concurrente, la solución aportada por las dos sentencias que han conocido del caso –la de instancia y la de suplicación– pertenecen al amplio grupo de las resoluciones judiciales reiterativas, en las que, por decirlo de otro modo, se aplica la doctrina judicial habitual.

– STSJ de Extremadura de 24 de mayo de 2005 (recurso de suplicación 129/2005), I.L. J 1318.

1. El demandante ejerció como viajante, siendo sus funciones las de mediación en la venta de mercancía perteneciente a la demandada. En su trabajo, la ruta a realizar era libre, no tenía horario fijo y cuanto más vendiera, más iba a cobrar. Ha prestado sus servicios de forma independiente para la demandada, con la categoría profesional de agente comercial, realizando su trabajo, y organizando sus rutas de viaje de forma libre, y percibiendo sus retribuciones de forma exclusiva según el volumen de ventas realizadas por cuenta de la demandada.

2. Cita las Sentencias del TS de 2 de junio de 1996 y de 17 de abril de 2000, según las cuales la nota que diferencia la relación laboral especial del artículo 2.1.f) ET, desarrollado por el RD 1438/1985, de 1 de agosto, a diferencia de la figura prevista en el artículo 1.3.f) ET, es la falta de ajenidad, mientras que en la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia, que toma como referencia obligada la Directiva 86/653/CE, se pone de manifiesto la insuficiencia de la nota de la ajenidad. La nota de la ajenidad es compartida por ambos negocios jurídicos, por lo que no es criterio delimitador, siendo éste el de la dependencia. El representante de comercio laboral es el dependiente, mientras que el agente es independiente o autónomo, ya que organiza su actividad profesional y el tiempo que dedique a la empresa conforma sus propios criterios, sin quedar sometido a ella en el desenvolvimiento de su relación.

En el caso de que se trata, el actor ha actuado según instrucciones de la demandada y no ha quedado exento de responder del buen fin de las operaciones en que intervenía, puesto que el devengo de las comisiones que constituían su única forma de retribución, quedaba

subordinado al resultado positivo de sus gestiones ya que, cuanto más vendiera más iba a cobrar. El actor ha reconocido que gozaba de libertad al momento de ejecutar su trabajo lo cual implica que la relación que le unía con la demandada era de naturaleza mercantil. La consecuencia es que se estima la falta de jurisdicción del orden social.

3. A partir de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, se ha consolidado el criterio de que el agente de comercio, con contrato mercantil de agencia, goza de una independencia en la gestión de su quehacer, de la que carece el representante de comercio, trabajador sujeto de contrato especial de trabajo. En ello la sentencia que se cita es plenamente coherente. Pero sorprende que exprese, de manera innecesaria que el actor ha quedado exento de responder del buen fin de las operaciones “puesto que el elenco de las comisiones, y constituían su única forma de retribución, quedaba subordinado a aquel resultado positivo”, ya que esto no es sino la forma natural del devengo del salario, sin hacer depender el mismo del buen fin de la operación mercantil. Son cosas distintas la existencia y el importe de una comisión, a partir del trabajo previamente realizado por el trabajador, a operación hecha, que la pérdida de la comisión ya devengada si el cliente no abona el importe de la operación al empresario, que es en lo que consiste el responder del buen fin de la operación.

4. ZONAS GRISES

B) Personal contratado en las Administraciones Públicas

– STSJ de Castilla y León (Valladolid) 18 de abril de 2005 (recurso de suplicación 333/2005), I.L. J 1302.

1. En la sentencia comentada se analiza el caso de unos veterinarios que prestaban servicios para la Consejería de Agricultura de la Junta de Castilla y León y que reclaman el reconocimiento de su relación laboral con la Administración, durante el período en que ésta se desarrolló. Los actores estaban formalmente vinculados por un contrato amparado en la legislación administrativa, siendo las principales características de los servicios prestados los siguientes: a) el objeto del contrato era desarrollar servicios veterinarios pormenorizadamente fijados en los pliegos de prescripciones técnicas; b) los trabajos se desarrollaban en equipos de trabajo de dos veterinarios, exigiéndoles dedicación exclusiva; c) los trabajos quedaban sometidos, de forma continuada y directa, a la inspección y vigilancia de la Administración; d) percibían retribuciones a precio unitario por acto médico, con importe fijo preestablecido y con un máximo a percibir por campaña; e) los actores debían estar de alta en el RETA y en el IAE. La inspección de trabajo giró visita y levantó acta de liquidación de cuotas por entender que los actores prestaban servicios en régimen laboral y que les correspondía cotizar en el Régimen General.

2. La sentencia declara la existencia de relación laboral respecto del período trabajado, pese a no estar vigentes los contratos de trabajo, ya que dicha declaración podía tener

II. Trabajador

efectos de cara a posteriores concursos públicos en los que pretendían participar los actores. La sentencia se centra en el dato de la continua inspección y vigilancia, la forma de prestación de los servicios, y en el hecho de que el instrumental necesario (salvo las gafas, mascarilla y guantes) era proporcionado por el empleador.

3. La sentencia vuelve a incidir en la posibilidad de declarar la laboralidad de las relaciones de servicios con cobertura formal administrativa, si se acredita el cumplimiento de los requisitos que exige la relación laboral (trabajo personalísimo, ajenidad, dependencia, retribución y voluntariedad). Aquí, el aspecto esencialmente debatido fue la dependencia. Así, la Sala se apoya en la continua existencia de inspección y vigilancia por parte de la Administración, así como en la forma de prestación de los servicios y, en especial, en la aportación de los instrumentos necesarios para desarrollar la actividad laboral (elemento también relacionado con la ajenidad) para concluir la existencia de una actividad bajo el poder de dirección de otro.

– STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de abril de 2005 (recurso de suplicación 212/2005), I.L. J 1296.

1. En la sentencia comentada se analiza el caso de un veterinario que prestaba servicios para la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente desde 1999, que reclama por despido improcedente, al entender que el cese de su relación, comunicada el 24 de julio de 2002, no se ajustaba a derecho. El actor tenía reconocido por sentencia la condición de trabajador indefinido, si bien, la Junta de Castilla-La Mancha decidió reconvertir todas las plazas ocupadas por personal indefinido pero no fijo de plantilla en plazas funcionariales. Fruto de este proceso, se comunicó al actor la finalización de “su contrato de interinidad por vacante” y, según se desprende de la fundamentación jurídica de la sentencia, se le ofreció al día siguiente una plaza como funcionario interino.

2. La sentencia llega a la conclusión de que, en un proceso de funcionarización como el llevado a cabo por la Junta de Castilla-La Mancha, no puede considerarse que se haya producido despido por “funcionarizar” al personal indefinido pero no fijo de plantilla, ya que éstos tan sólo tenían derecho a la plaza hasta su cobertura reglamentaria o amortización, lo cual no es peor condición que su reconversión como funcionario interino, puesto que también cubrirán la plaza hasta la cobertura reglamentaria de la misma.

3. La sentencia se apoya en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha reconocido que la Administración puede proceder a extinguir los contratos laborales de los denominados indefinidos pero no fijos, en aquellos supuestos en que se cubra de forma definitiva, conforme a los cauces reglamentarios, la plaza o se amortice la misma. Ahora bien, lo discutido en el presente caso es algo más complejo, puesto que no se procede a cubrir la plaza de forma definitiva o a amortizar la misma sin más, sino que el trabajador indefinido es reciclado en funcionario interino. Para la Sala esta conversión, voluntaria en lo formal, pero forzosa en lo material, no implica vulneración del principio de igualdad y no discriminación, al hacerse, además, en el marco de un Acuerdo Administración-Sindicatos. En todo caso, el problema de fondo no está claro, puesto que nada tiene que ver el Estatuto del trabajador (que el veterinario pierde, como consecuencia de la conversión de la plaza en

funcionarial) con el Estatuto del funcionario, en una solución convencional que plantea serias dudas de legalidad, pese a que parezca desprenderse lo contrario de diversas SSTs que, pese a todo, no han entrado en el fondo del asunto por haber desestimado el recurso por motivos procesales.

J) Otros

– STSJ de Galicia de 18 de abril de 2005 (recurso de suplicación 1286/2005), I.L. J 1389.

1. El demandante colabora con un club deportivo desde finales de 1998, realizando funciones de masajista para el equipo Cadete, aunque a nivel federativo figura inscrito como encargado de material a efectos de poder sentarse en el banquillo con el equipo durante las competiciones deportivas. En el desarrollo de sus actividades acudía a los entrenamientos durante dos horas, tres tardes en semana y también a las competiciones que se celebraban durante los fines de semana. La “colaboración” del actor, se articulaba a través de una beca concedida por el patronato fundación del club en julio de cada año y cuyo importe se le abonaba dividido en once mensualidades, sin que percibiese ninguna cantidad coincidiendo con las vacaciones. Así transcurría la relación hasta que el Coordinador de Categorías Inferiores del club le comunicó en septiembre de 2004 que prescindían de sus servicios alegando que no encajaba en el perfil que buscaban. Entonces el actor presentó demanda por despido en el Juzgado de lo Social en cuya sentencia, desestimativa de la demanda, acogió la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por la entidad deportiva. Frente a dicha sentencia, se interpuso recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia cuya sentencia es objeto del presente comentario.

2. El Tribunal, después de analizar las actuaciones de la instancia, entiende probado que la colaboración del demandante con el club deportivo era la que se ha detallado, realizaba funciones de masajista en el equipo cadete con la asistencia ya señalada. Por dichos servicios percibía una determinada cantidad económica, abonada en concepto de beca en la que sufría una retención del IRPF. El juez de lo Social acoge la excepción de incompetencia porque entiende que al actor no se le abona un salario y además no se le imponía sanción alguna si no acudía a los entrenamientos o a los partidos. No obstante, para la Sala de Suplicación, el actor llevaba a cabo dicha actividad percibiendo a cambio el importe de una beca cuya virtualidad se limita a los efectos económicos del demandante, sin cumplir en modo alguno las exigencias necesarias para poder caracterizar una relación como propiamente becaria. El Tribunal sostiene que “si las becas están pensadas para beneficiar directamente a los propios becarios y que éstos perfeccionen su formación, evidentemente en el caso presente ello no se da en modo alguno pues el becario sólo obtiene como beneficio una pequeña retribución y ningún tipo de formación o práctica profesional y lo que predomina es el beneficio de la demandada que es quien realmente se aprovecha de los servicios del actor, dándose las notas de onerosidad y voluntariedad que caracterizan al contrato de trabajo”. Por otra parte, el Tribunal desestima el valor de la suscripción de contratos de servicios donde constaba el carácter desinteresado de la colaboración, pues

II. Trabajador

la calificación de la relación jurídica existente entre las partes viene determinada por su contenido y no por el nombre que le den los contratantes. Por todo ello, el Tribunal aprecia el carácter laboral de la relación y afirma la competencia del orden social para conocer de la demanda por despido, razón por la cual ordena la devolución de los autos al juzgado de procedencia para que entre a conocer sobre el fondo de la cuestión litigiosa.

3. El interés de la presente sentencia radica en la referencia que contiene la doctrina sobre las diferencias entre la relación laboral y la relación de becario. Ello permite extraer los parámetros definidores de una y otra figura. La condición de becario tiene como elemento constitutivo la realización de una actividad formativa para él mismo que esté en función de su titulación; una formación que implica un coste económico que es sufragado por las instituciones correspondientes. En definitiva, lo que caracteriza y define la posición de un becario es la realización de una actividad formativa. Si en lugar de esa actividad formativa, el propósito de la concesión de una beca consistiera en llevar a cabo una actividad cuyos resultados pasan a formar parte del patrimonio del que la otorga, incorporando el trabajo del becario a su organización productiva, esa relación cambiaría pasa a ser una relación laboral. La doctrina mantenida por el Tribunal Supremo en sus sentencias sostiene que mientras que las becas están pensadas para beneficiar directamente a los propios becarios y que éstos perfeccionen sus conocimientos, por más que puedan derivarse beneficios indirectos para la propia institución que concede la beca, lo que hay que sopesar en cada caso es cuál es el interés o el beneficio principal, si el de los becarios o el de la propia entidad, hasta el punto de predicar la existencia de una relación laboral en el supuesto de que predomine el beneficio de la entidad sobre el de las personas denominadas becarias.

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) Ausencia de responsabilidad solidaria del socio y administrador único por accidente de trabajo. B) Competencia jurisdiccional en materia de responsabilidad del promotor y de los directores técnicos de la obra por accidente de trabajo. C) Responsabilidad solidaria de la Administración autonómica respecto a paga de antigüedad en centro de enseñanza concertada. D) Responsabilidad solidaria de la Administración autonómica respecto a indemnización por extinción contractual en centro de enseñanza concertada. **3. Grupo de empresas.** A) Responsabilidad solidaria de las empresas del grupo. B) Extinción contractual por causas objetivas en el ámbito de un grupo de empresas. **4. Contratas.** A) Concepto de propia actividad. B) Sucesión de contratas: concepto de entidad económica. C) Sucesión de contratas prevista en Convenio Colectivo. D) Responsabilidad solidaria de la empresa principal respecto del recargo de prestaciones por accidente de trabajo. E) Extinción del contrato de trabajo por finalización de contrata. **5. Empresas de Trabajo Temporal.** A) Responsabilidad de la empresa usuaria por fraude en la contratación temporal. **6. Cesión ilegal.** A) Cesión ilegal de trabajadores mediante contrata de obras o servicios. B) Efectos de la declaración judicial de cesión ilegal. **7. Sucesión de empresas.** A) Concepto de transmisión de empresa. B) Sucesión en supuestos de jubilación del empresario. C) Consentimiento del trabajador en supuestos de sucesión contractual. D) Responsabilidad de las empresas cedente y cesionaria por despido. E) Responsabilidad solidaria de la empresa cesionaria por recargo de prestaciones.

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 9 a 12 de 2005 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia

(marginales I.L. J 1108 a 1639) 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) Ausencia de responsabilidad solidaria del socio y administrador único por accidente de trabajo

La STSJ de Madrid de 14 de marzo de 2005, I.L. J 1461, realiza una amplia exposición sobre la fundamentación jurídica y los efectos de la doctrina del levantamiento del velo y de su aplicabilidad en el ámbito laboral. El Tribunal reflexiona sobre el conflicto entre justicia y seguridad jurídica que dicha figura plantea cuando permite considerar como centro de imputación de obligaciones tanto a los socios como a la propia sociedad. La separación de los patrimonios de la empresa y la limitación de responsabilidad de los socios es una previsión legal sobre la que se sostiene la economía de mercado, limitando el riesgo de quienes acometen el desarrollo del proyecto empresarial. La aplicación judicial de la doctrina del levantamiento del velo únicamente se justifica ante la presencia de una situación de abuso en la utilización de la persona jurídica con ánimo defraudatorio, con el objetivo de alcanzar efectos antijurídicos rechazados por el ordenamiento laboral. El texto de la Sentencia contiene tres argumentos conclusivos sobre los que se fundamenta el fallo:

- a) Es lícita la creación de sociedades mercantiles unipersonales o de carácter familiar, sin que ello suponga la responsabilidad de sus socios por obligaciones del ente social;
- b) No obstante lo anterior, podrán ser declarados responsables los socios cuando el acto de creación social, o su ulterior funcionamiento, se produzcan en fraude de ley.
- c) El fraude no se presume, sino que es preciso alegar y probar por quien lo invoque datos que permitan concluir más allá de una duda razonable y de las meras sospechas o conjeturas la existencia de una actuación fraudulenta.”

Por su parte, trayendo a colación la consolidada jurisprudencia en la materia, el Tribunal recuerda que el fraude de ley se presenta cuando la sociedad es una creación artificial, una apariencia formal que pretende encubrir la actuación individual o formal que carece de naturaleza societaria, para con ello desligar patrimonios privados de responsabilidades

III. Empresario

personales que son así transferidas a una persona jurídica cuya existencia no puede ser mantenida en Derecho.

Todo ello, sirve al Tribunal para negar la responsabilidad del socio y administrador único demandado, pues aunque quede acreditado que ostenta todas las acciones, de tal irrefutable dato fáctico no puede derivarse sin más la existencia de fraude, abuso o utilización desviada de la personalidad jurídica de la sociedad. La confusión de patrimonios entre la sociedad y su socio único no resulta un dato suficientemente relevante a estos efectos a juicio del Tribunal y, ello, a pesar de que a dichas circunstancias se anudan otros incumplimientos en la esfera de las obligaciones laborales como el “fraude puntual de la empresa en su actuación opaca de cara a la Seguridad Social y a la Administración Laboral, ocultando el trabajo negro del obrero extranjero, sin gestionar los permisos de trabajo y residencia”. El dato definitivo parece la comprobación de que la sociedad tiene una actividad real y efectiva, “la sociedad no es una simple pantalla o instrumento artificial creado con la finalidad de eludir la responsabilidad personal de único socio y administrador: hay un funcionamiento efectivo y real de la misma que mantiene subcontrataciones con otras empresas, liquida sus obligaciones con la Hacienda Pública, y cotiza por sus trabajadores que no son de obra”, STSJ de Madrid de 14 de marzo de 2005, I.L. J 1461.

B) Competencia jurisdiccional en materia de responsabilidad del promotor y de los directores técnicos de la obra por accidente de trabajo

La STS de 22 de junio de 2005, u.d., I.L. J 1380, determina el orden jurisdiccional competente para el conocimiento de la reclamación de daños y perjuicios contra el promotor y contra los directores técnicos de la obra en la que se produce un accidente laboral, no discutiéndose la competencia para conocer sobre dicha reclamación contra otros posibles responsables como el empresario o el propietario del terreno donde se ejecuta la obra. Como extensamente relata el texto de la sentencia, los accidentes de trabajo pueden generar tres tipos de responsabilidad: la contractual, derivada del artículo 1101 del Código Civil; la extracontractual, por aplicación del artículo 1902 del mismo cuerpo legal, y, por último, la derivada de la comisión de un ilícito penal. Dejando a un lado la discusión sobre la responsabilidad penal cuyo reconocimiento corresponde en exclusiva al orden jurisdiccional penal, el deslinde de la competencia entre los órganos judiciales civil y laboral presenta dificultades, siendo materia sometida a controversia jurisprudencial hasta el punto que las Salas Primera y Cuarta del Tribunal Supremo vienen proclamando su competencia para conocer de los procesos en los que se reclama la pertinente indemnización de daños y perjuicios derivados de dicha responsabilidad patrimonial. Solucionar dichas discrepancias impone el análisis de las circunstancias que dan origen a la reclamación de responsabilidad, en concreto, si dichas actuaciones del sujeto responsable se producen en la esfera de influencia del contrato de trabajo o, por el contrario, al margen del mismo, y ello independientemente de que exista o no vinculación contractual laboral entre el sujeto responsable y el trabajador.

“De acuerdo con dicha doctrina, y en relación al problema planteado de determinar cuál es el órgano jurisdiccional competente para conocer de las acciones de la responsabilidad civil o patrimonial derivada de un accidente de trabajo, tendente a obtener la indemniza-

ción de daños y perjuicios causada por culpa de una negligencia, debe tenerse en cuenta lo complejo de este tipo de accidente, que acoge e incluye toda la materia amplísima de la prevención de riesgos laborales como su muy extensa normativa tanto nacional como comunitaria e internacional, materia que encaja, sin discusión, en la rama social del derecho, siendo manifiestamente ajena al derecho civil lo que conduce, a que si cualquier persona causa por acción u omisión interviniendo culpa o negligencia, que a su vez produce lesiones o daños a uno o varios trabajadores, la responsabilidad se inserta en el campo propio del derecho laboral, aunque no exista vinculación contractual alguna entre el responsable y el trabajador, de forma que esta especial responsabilidad extracontractual queda englobada e inmersa en la extensa y compleja materia de la prevención de riesgos laborales en el trabajo y de la seguridad del mismo. Todo lo dicho lleva en el caso de autos a declarar que el órgano jurisdiccional social es el competente para el conocimiento íntegro de la demanda inclusive, en contra de lo que se resuelve en la sentencia recurrida, en el extremo de la misma en cuanto va dirigida contra el Promotor y Directores Técnicos de la obra en la que el actor sufrió un accidente de trabajo imputándose la falta de adopción de las necesarias medidas de seguridad en prevención de riesgos laborales, causa de los daños sufridos por el trabajador; en estos supuestos estamos ante una demanda de responsabilidad contra varios demandados en donde puede entrar en juego tanto la responsabilidad derivada de las previsiones contenidas en el artículo 1101 del Código Civil como de las establecidas en el artículo 1902 del mismo cuerpo legal; en suma se trata de casos de compleja autoría con independencia de quien sean los agentes, para cuyo conocimiento, pese a tratarse en el caso de los Promotores y Directores Técnicos de supuestos de culpa extracontractual, es competente, como ya hemos dicho el Órgano Jurisdiccional Social, siempre y cuando lo que se reproche a estos sea un ilícito laboral por la causa ya dicha”, STS de 22 de junio de 2005, u.d., I.L. J 1380.

C) Responsabilidad solidaria de la Administración autonómica respecto a paga de antigüedad en centro de enseñanza concertada

En nuestro comentario anterior, publicado en el número 25 de esta revista [crónica III.2.B)], poníamos de manifiesto la falta de coincidencia de dos pronunciamientos de nuestros Tribunales Superiores de Justicia. En concreto, la STSJ de Aragón de 16 de marzo de 2005, I.L. J 893, frente a la STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de marzo de 2005, I.L. J 861. Posteriormente y en dos ocasiones, **SSTS de 11 y 12 de julio de 2005**, u.d., I.L. J 1238 y J 1438, la Sala Cuarta del TS se pronuncia sobre la responsabilidad solidaria de la Administración autonómica aragonesa en el pago de las cuantías correspondientes a una paga de antigüedad, a percibir por los trabajadores de centros privados de enseñanza concertada que cumplieran veinticinco años en la empresa, en aplicación de lo dispuesto en el correspondiente convenio colectivo. En ambos supuestos, el Tribunal estima falta de contradicción entre los pronunciamientos aportados, en la medida en que la sentencia de contraste se debate la calificación del complemento de jefatura de estudios, mientras que en la sentencia impugnada se trata de un concepto retributivo de nueva creación, introducido por vía convencional, por lo que el debate sobre el fondo de la cuestión queda abierto hasta mejor ocasión. Dicha diferencia determina la desestimación del recurso, por

III. Empresario

falta de contradicción que expresamente queda puesta de manifiesto, con las siguientes palabras:

“Sin embargo, en la sentencia impugnada nos encontramos con un concepto retributivo nuevo, introducido por el artículo 61 del IV Convenio Colectivo Estatal para las empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, que se publicó en el BOE de 17 de octubre de 2000, y es esa circunstancia, que no concurre en la sentencia de contraste, la que constituyó la razón de decidir de aquélla, hasta el punto de que se ocupa esta resolución en analizar nuestra Sentencia de 20 de julio de 1999 –la de contraste– y poner de relieve esta diferencia. Así, se dice en ella que el complemento de dirección o jefatura era un concepto salarial contemplado en los módulos económicos presupuestados (...) a diferencia de la paga de antigüedad, no presupuestada por la Administración. Es decir: en el caso de la sentencia recurrida no se había presupuestado el devengo por lo que no cabía la aplicación del artículo 13.1.c) del Reglamento, sino que debería acudirse al límite previsto en el artículo 49.6 de la LODE, entonces vigente, de no superar el porcentaje de incremento global de los salarios”, STS de 12 de julio de 2005, u.d., I.L. J 1438.

D) Responsabilidad solidaria de la Administración autonómica respecto a indemnización por extinción contractual en centro de enseñanza concertada

La STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2005, I.L. J 1596, revisa la extinción de los contratos de trabajo de cinco profesores con motivo de la aplicación del expediente de despido colectivo seguido ante la Autoridad Laboral a instancia de su empleador, amparado por un Acuerdo entre las Organizaciones Sindicales más representativas de la enseñanza privada concertada y la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid. Dicho acuerdo prevé el abono por la Administración autonómica de las indemnizaciones legales previstas en los artículos 41.3, 51.8 y 53.1.b) ET “cuando tales extinciones obedezcan a una resolución administrativa de reducción, extinción o transformación del concierto educativo (...), siempre que en estos dos últimos casos el centro donde vinieran trabajando haya solicitado la renovación del concierto para el siguiente o siguientes cursos y no se haya producido la renovación total o parcial del mismo”. De la comprobación de los hechos obrantes en autos, el Tribunal considera que concurren los presupuestos materiales determinantes de la efectividad del compromiso libremente adquirido por la Consejería del ramo, formalizado mediante el acuerdo de referencia, a consecuencia de lo cual pasa a determinar que:

“(...) la resolución recurrida vulneró el Acuerdo de constante mención, en relación con los preceptos civiles que disciplinan la obligación de cumplir los contratos, por lo que este motivo tiene que acogerse y, con él, el recurso. No debemos finalizar sin señalar que el pronunciamiento que procede hacer en punto a la estimación de la demanda habrá de limitarse a comunicar de manera solidaria a la Comunidad de Madrid la responsabilidad en cuanto al pago de la parte de indemnización legal por extinción del contrato de trabajo de los actores a cargo de la empresa en las cuantías que constan en el hecho probado quinto de la sentencia de instancia, que no ha sido combatido, (...) No ignora la Sala que los actores en sus escritos de rectificación que figuran a los folios 61 y 117 de autos modificaron al alza el monto indemnizatorio de dos de ellos, pero, como quiera que aquel ordinal de

la versión judicial de los hechos permanece incólume, las solución no puede ser otra que la descrita, pues lo que adolecería de falta de razón es que, firme la condena de la empresa San Bernardino de Siena, SA, la Administración Autonómica tuviese que responder solidariamente de importes superiores a los que fue condenado su empleador”, **STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2005**, I.L. J 1597.

3. GRUPO DE EMPRESAS

A) Responsabilidad solidaria de las empresas del grupo

Como en números anteriores, continúan sucediéndose numerosos pronunciamientos judiciales en torno a la responsabilidad solidaria de las empresas que forman parte de un grupo de empresas por las deudas que éstas mantienen con sus trabajadores, en los que, en ausencia de discusión sobre la existencia de una práctica abusiva en la configuración de un grupo de empresas, el debate se centra en determinar la existencia de alguno de los elementos adicionales exigidos por la doctrina jurisprudencial, al objeto de reprimir fraudes que puedan perjudicar los legítimos intereses y derechos de los trabajadores. En concreto, la doctrina jurisprudencial reitera la exigencia de que las empresas implicadas compartan plantilla, dirección, caja y apariencia externa, aunque a nuestro juicio resulta excesivo afirmar que “no basta la concurrencia de una sola de estas circunstancias, sino que deben constar fehacientemente acreditadas todas ellas de forma relevante”, **STSJ de Cataluña de 10 de marzo de 2005**, I.L. J 1268. Por el contrario, otros pronunciamientos judiciales, como la **STSJ de Aragón de 9 de mayo de 2005**, I.L. J 1307, se limitan a comprobar fehacientemente la existencia de alguno de estos elementos, a partir de lo cual es posible o no determinar la existencia de un uso abusivo de la figura del grupo de empresas a efectos laborales y la correspondiente pertinencia de extender la responsabilidad a las empresas que lo componen.

En este sentido, debe bastar con que se produzca alguno de los datos indicados, como “la prestación de trabajo común sucesiva a favor de varias de las empresas del grupo, con una reveladora coincidencia temporal de las fechas en que el actor concluye el contrato en cada una de ellas y comienza a prestar servicios en la siguiente, sin solución de continuidad, tal y como refleja el hecho probado tercero de la sentencia de instancia y es igualmente apreciable en la concesión al actor del poder para actuar en la empresa Pegaso CEI, SL cuando todavía se hallaba prestando servicios para Vianey España, SL (...); y la apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección tal y como se desprende de los hechos tercero, cuarto y noveno de la resolución judicial recurrida, según los cuales todas las empresas para las que el actor ha prestado servicios tienen idéntico administrador único (...)”. **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 26 de mayo de 2005**, I.L. J 1530.

Por su parte, el Tribunal Supremo parece inclinarse por la primera de las interpretaciones, indirectamente reforzada por la **STS de 4 de julio de 2005**, u.d., I.L. J 1192, donde se admite que “la declaración de responsabilidad, en el supuesto de la sentencia recurrida,

III. Empresario

se basa en la declaración de unidad de empresa, consecuencia de la total imbricación de unas sociedades en otras, tema que no fue abordado en la sentencia de contraste, cuya decisión obedece a haberse acreditado una línea de actuación de total independencia de cada una de las empresas que integran el grupo, sin confusión de patrimonios ya que se facturaban los servicios o bienes que se prestaban las unas a las otras”. **STS de 4 de julio de 2005**, u.d., I.L. J 1192. De manera más explícita, aunque no definitiva, el Tribunal Supremo tiene declarado que:

“para extender la responsabilidad no basta la concurrencia de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo, para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria, sino que es necesaria la concurrencia de otros elementos adicionales, como la confusión de plantillas; la confusión de patrimonios sociales; la apariencia externa de unidad empresarial y la dirección unitaria de varias entidades empresariales; por consiguiente, los componentes del grupo tienen, en principio un ámbito de responsabilidad propio, como personas jurídicas independientes que son. En síntesis, la unidad real del grupo como ente empresarial único requiere: unidad de actividades; trasvase de fondos y cesiones inmobiliarias; movilidad de los trabajadores en el seno del grupo; estrategia unificadora y prestaciones laborales indiferenciadas, es decir, que los trabajadores realicen su prestación de modo simultáneo e indiferenciado en varias sociedades del grupo.

No hay en los hechos probados principio alguno que demuestre la concurrencia en este caso de la unidad real entre las empresas del grupo, hasta el punto de que el dividendo de las acciones preferentes obtenido en las empresas asociadas pueda considerarse como un beneficio líquido del propio BBVA, SA (...) La Sala de instancia consideró acreditado que las sociedades del grupo aparecen radicalmente diferenciadas en todos sus aspectos y, al no haberse probado lo contrario sobre el confusionismo empresarial denunciado, no consideró necesaria la aplicación de la teoría del levantamiento del velo”, **STS de 8 de junio de 2005**, I.L. J 1164.

Con todo, la negación de la existencia de una práctica abusiva se verifica en supuestos en los que los elementos antes mencionados no se producen o lo hacen de maneras escasamente relevantes en el plano laboral. Es el caso de la **STSJ de Madrid de 26 de abril de 2005**, I.L. J 1368, ante la perspectiva de que en el relato fáctico de los hechos “lo único acreditado es una participación accionarial de DHL Aviation en EAT, reconociendo pertenecer ambas a un grupo mercantil de empresas pero sin incidencia alguna en el ámbito laboral. Por otra parte, el acuerdo comercial entre EAT y Swiftair, SA para la fórmula del *wet lease* carece igualmente de proyección en la relación individual de trabajo pues ambas gozan de plena autonomía organizativa tanto en su funcionamiento como en su plantilla. Nótese que si ni siquiera la dirección comercial única en un grupo de empresas implica necesariamente la confusión entre ellas, en un sentido laboral. En suma, no concurren las circunstancias precisas, reiteradamente expuestas por jurisprudencia y doctrina (funcionamiento unitario, prestación de trabajo indistinta, simultánea o sucesiva, creación de empresas aparentes con utilización abusiva y fraudulenta de la forma societaria y confusión entre ellas proyectado en la plantilla y en el patrimonio) para considerar que las demandadas formen un centro único de imputación de responsabilidad solidaria en el ámbito laboral”.

B) Extinción contractual por causas objetivas en el ámbito de un grupo de empresas

Aunque la comunicación de la responsabilidad entre las empresas que forman parte de un grupo es la consecuencia más habitual cuando se constatan los elementos adicionales antevistos, la práctica judicial ofrece la posibilidad de generar ulteriores consecuencias. La materialización de una extinción contractual por causas económicas con base a lo dispuesto en el artículo 52.c) ET exige al empresario la acreditación de que dicha decisión contribuye a la superación de situaciones económicas negativas. Cuando la decisión extintiva afecta a un trabajador que presta servicios para una empresa que forma parte de un grupo de empresas cabe plantearse si la situación económica habilitante debe afectar al conjunto de las empresas que lo forman o, por el contrario, únicamente a la empresa que ejecuta el despido. En primer lugar, vaya por delante que como en el caso anterior la mera existencia de un grupo de empresas no permite establecer consecuencias en el plano laboral, por lo cual en supuestos de despido objetivo resultan igualmente aplicables los requisitos adicionales exigidos por la jurisprudencia en materia de comunicación de responsabilidades entre las empresas del grupo; así lo reconoce expresamente la **STSJ de Aragón de 9 de mayo de 2005**, I.L. J 1307, cuando afirma:

“La jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas la Sentencia de 4 de abril de 2002) viene manteniendo que la dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad, pues tal dato será determinante de la existencia de un grupo empresarial, pero para que se produzca la responsabilidad común por obligaciones de cualquiera de las integrantes del grupo hace falta un elemento adicional que se residencia en la conjunción de alguno de los siguientes elementos (...)”

Constatada la persistencia de los elementos adicionales de referencia la decisión extintiva únicamente puede justificarse en la situación económica negativa del grupo de empresas valorado en su conjunto, pues en caso contrario la unidad económica, fehacientemente puesta de manifiesto mediante los elementos de prueba exigidos por la jurisprudencia, quedaría rota por la valoración parcelada de las partes que lo componen.

“Este aspecto se aborda en el recurso en motivo subsidiario de censura jurídica, en el que con cita, además como infringidos de los artículos 52.c) y 51.1 ET del Estatuto, así como de la doctrina legal representada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1996, se reitera, para apreciar la concurrencia de la situación económica negativa esgrimida, la necesidad de que se valore el estado económico de la empresa (del grupo) en su conjunto, y no de alguna de sus secciones o centros separados.

La cuestión es decisiva en este caso, porque, tratándose de un supuesto de amortización de puestos de trabajo por causas económicas, resulta preciso analizar conjuntamente el estado y situación de la totalidad de las empresas que forman el grupo (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2002 y 13 de febrero de 2002, y de esta Sala de 20 de febrero de 2002). Y siendo cierto que la evolución de los resultados de tal índole de Aratex, SA, de la que se da cuenta, deja pocas dudas sobre su progresivo empeoramiento, no puede

III. Empresario

afirmarse lo mismo respecto de Grupo Ru-An, SL, cuya absoluta falta de referencia en la comunicación extintiva no puede valorarse como omisión intrascendente de cara a la apreciación de un posible ánimo defraudatorio para los trabajadores, si se tiene en cuenta que todos éstos, con la carga de gasto que supone, están integrados en la plantilla de la primera mientras que los ingresos correspondientes a las ventas del género fabricado, al menos desde que fue declarada la suspensión de pagos, se derivan hacia cuenta bancaria de Grupo Ru-An, SL (...), de cuya situación económica, por lo tanto, debía haberse dado igualmente noticia.

Se llega así a la estimación del recurso y la revocación del fallo de instancia, declarando la improcedencia del despido del demandante con sus consecuencias”, STSJ de Aragón de 9 de mayo de 2005, I.L. J 1307.

4. CONTRATAS

A) Concepto de propia actividad

La STS de 20 de julio de 2005, u.d., I.L. J 1431, resuelve si la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 42 ET es aplicable a las relaciones que se establecen entre una empresa promotora inmobiliaria y una empresa constructora con la que la primera contrata la edificación de una serie de viviendas, para lo cual resulta imprescindible determinar si las actividades de promoción y construcción de viviendas forman parte del concepto “propia actividad”, a los efectos de aplicación del artículo 42 ET. La Sentencia recuerda la consolidada interpretación del concepto “propia actividad” precisada por la doctrina jurisprudencial, que en la práctica se concreta en la determinación de las actividades inherentes al ciclo productivo de la empresa principal:

“En este sentido la Sentencia de 24 de noviembre de 1998 señala que en principio caben dos interpretaciones de este concepto: a) la que entiende que propia actividad es la actividad indispensable, de suerte que integrarán el concepto, además de las que constituyen el ciclo de producción de la empresa, todas aquellas que resulten necesarias para la organización del trabajo; y b) la que únicamente integra en el concepto las actividades inherentes, de modo que sólo las tareas que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal se entenderán propia actividad de ella. En el primer caso, se incluyen como propias las tareas complementarias. En el segundo, estas labores no nucleares quedan excluidas del concepto y, en consecuencia de la regulación del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. Pero, como precisa la sentencia citada, recogiendo la doctrina de la Sentencia de 18 de enero de 1995, si se exige que las obras y servicios que se contratan o subcontratan deben corresponder a la propia actividad empresarial del comitente, es porque el legislador está pensando en una limitación razonable que excluya una interpretación favorable a cualquier clase de actividad empresarial. Es obvio que la primera de las interpretaciones posibles anula el efecto de mandato del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores que no puede tener otra finalidad que reducir los supuestos de responsabilidad del empresario comitente y, por ello, se concluye que ha de acogerse la interpretación que entiende que propia actividad de la empresa es la que

engloba las obras y servicios nucleares de la comitente”, STS de 20 de julio de 2005, u.d., I.L. J 1431.

La aplicación de dicha doctrina conduce a la desestimación del recurso, para lo cual busca apoyo en la normativa sobre construcción de edificios en la que se diferencia la actividad de promotores y constructores, “aunque entre ellas pueda existir una conexión o dependencia funcional, en este sentido la actividad de construcción no es una actividad inherente al ciclo productivo de la actividad inmobiliaria”.

B) Sucesión de contratas: concepto de entidad económica

La STSJ de Madrid de 10 de mayo de 2005, I.L. J 1558, aborda un supuesto de sucesión de empresa en el que no es posible acreditar la existencia de transmisión de los elementos patrimoniales entre las empresas afectadas. Según constata el órgano judicial, ambas empresas se dedican a la misma actividad y poseen idénticos titulares, siendo así que la primera de ellas había contratado la realización de los servicios de limpieza y mantenimiento de un determinado aparcamiento de residentes, donde trabajaba el trabajador demandante hasta una fecha concreta, a partir de la cual la segunda empresa asume la actividad que prestaba la primera en el aparcamiento de referencia. La Sala toma como referencia la jurisprudencia elaborada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de transmisión de empresas, particularmente la relativa a la noción de entidad económica a los efectos de aplicación de la Directiva 2001/23, doctrina que pone en relación con la de nuestro Tribunal Supremo, citando concretamente la dictada en unificación de doctrina en fecha 13 de diciembre de 1999. De manera resumida, tanto la normativa comunitaria como el artículo 44 ET condicionan la subrogación del contratista entrante a que se produzca la transmisión de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida ésta como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria; lo que ha sido interpretado como exigencia de mantenimiento de forma estable de una actividad que no se limite a la ejecución de una obra determinada. Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina jurisprudencial comunitaria permite, únicamente en aquellos sectores en que la actividad empresarial descansa fundamentalmente en la mano de obra, eludir la exigencia de transmisión de elementos patrimoniales entre las empresas afectadas; en tales supuestos, se entiende que un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica y, por lo tanto, ha de admitirse que la entidad transmitida puede mantener su identidad aun después de su transmisión siempre que el nuevo empresario continúe con la actividad precedente haciéndose cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba a la actividad objeto de transmisión.

Dicha línea jurisprudencial es recogida por nuestros Tribunales, citando la Sentencia estudiada la STS de 13 de diciembre de 1999, u.d., en los siguientes términos:

“Los casos decididos presentan gran semejanza. En las dos controversias hay una sucesión en la actividad que se instrumenta mediante una concesión administrativa; también en

III. Empresario

ambas los trabajadores fueron contratados por la concesionaria entrante y falta la transmisión de elementos patrimoniales entre las empresas que se suceden en el desarrollo de la actividad. Pero hay una diferencia esencial en los términos en que se ha planteado el debate en al sentencia recurrida. En ésta se decide un supuesto en que la actividad desarrollada y transmitida a través de la concesión era una actividad de asistencia domiciliaria y para esta actividad la sentencia recurrida aprecia la concurrencia de una circunstancia que considera trascendente en orden a la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que acaba de mencionarse: la falta de relevancia de los elementos patrimoniales y el carácter fundamental de la mano de obra en la prestación del servicio, en la medida en que éste puede desarrollarse sólo con el trabajo personal de los actores sin necesidad de ninguna organización productiva. (...) la resolución impugnada tiene en cuenta para establecer el objeto de la transmisión la doctrina de las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de diciembre de 1998 (casos Sánchez Hidalgo y Hernández Vidal) que otorgan un especial consideración a los supuestos que afectan a sectores en que los elementos patrimoniales se reducen a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, porque en esos supuestos se entiende que un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica a efectos de transmisión cuando no existan otros factores de producción y que si el nuevo concesionario se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y competencias, del personal que su antecesor destinaba a dicha tarea puede entenderse que dicho empresario adquiere el conjunto organizado de elementos que le permite continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable”, STSJ de Madrid de 10 de mayo de 2005, I.L. J 1558.

La aplicabilidad de la línea jurisprudencial más arriba detallada se enfrenta con importantes obstáculos de orden práctico. Si, como es conocido, el objetivo fundamental de la Directiva 2001/23 y del artículo 44 ET es evitar que la transmisión de una actividad determine la extinción del contrato de trabajo y, a partir de dicho extremo, asegurar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores afectados, el que la jurisprudencia analizada anude la aplicación del régimen jurídico previsto en el artículo 44 ET a la comprobación, en ausencia de transmisión de elementos patrimoniales, de que el nuevo empresario mantiene, en términos de número y competencias, al personal que realizaba dicha actividad para el empresario precedente, reduce la eficacia de la normativa legal al cumplimiento del segundo de los objetivos, eludiendo la protección del primero y, a nuestro juicio, fundamental.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala determina la obligación del empresario recurrente de subrogarse en el contrato del trabajador despedido, sin pararse a reparar en los requisitos exigidos al efecto por la jurisprudencia unificadora más arriba reseñada. En concreto, difícilmente puede afirmarse en el caso de autos que el empresario entrante hubiese mantenido la plantilla afecta a la actividad transmitida; si tenemos en cuenta que en el texto de la Sentencia no se hace referencia a otros trabajadores, debemos entender que dicha actividad era desarrollada en solitario por el trabajador despedido con motivo de la transmisión y por tanto no ha podido acreditarse que el nuevo concesionario se hiciera cargo de una parte esencial del personal que su antecesor destinaba a dicha tarea, requisito exigido en ausencia de transmisión de elementos patrimoniales. Por el contrario, en

esta ocasión, el Tribunal entiende que el mantenimiento de la actividad por la empresa entrante resulta elemento suficiente para exigir el cumplimiento de las obligaciones subrogatorias de dicho empresario, previstas en el artículo 44 ET:

“Así pues constatando la continuidad de la explotación consistente en el mantenimiento, limpieza y vigilancia del aparcamiento, en la que la recurrente ha sucedido a la otra empresa demandada, es evidente que tal explotación tiene una entidad productiva propia compuesta fundamentalmente por la mano de obra que la lleva a cabo, sin que sean necesarios para su realización otros elementos patrimoniales, por lo que, hemos de concluir que es de aplicación al supuesto de litis la Directiva Comunitaria aludida, y el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, debiendo de subrogarse la recurrente en el contrato de trabajo que con carácter fijo mantenía el trabajador con la primera empresa, en las mismas condiciones del mismo, y al haberlo entendido así la resolución impugnada, ha de confirmarse, (...)” STSJ de Madrid de 10 de mayo de 2005, I.L. J 1558.

C) Sucesión de contratas prevista en Convenio Colectivo

Las dificultades de aplicación de la jurisprudencia comentada en el apartado anterior, en ausencia de transmisión de elementos patrimoniales, es motivo de constante litigiosidad ante nuestros Tribunales. Resultando imposible la subrogación empresarial *ope legis*, la sucesión de empresa puede producirse en aplicación de los correspondientes convenios colectivos, que tradicionalmente establecen acuerdos en esta materia. En tales supuestos, la aplicabilidad del precepto convencional queda condicionada por el ámbito del convenio colectivo y por el cumplimiento de los requisitos formales eventualmente establecidos en la norma convencional, negándose todo efecto cuando dichos requisitos no se respetan.

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 4 de mayo de 2005, I.L. J 1399, aborda con extensión el debate jurídico en torno a la interpretación del artículo 14 del Convenio Colectivo Nacional de Empresas de Seguridad, para concluir que dicho precepto convencional exige el cumplimiento de requisitos de carácter instrumental de cuyo cumplimiento se hace depender la operatividad de la subrogación empresarial por sucesión de contratas incluidas en el ámbito de aplicación de dicho convenio. En virtud de dicho precepto convencional, “se obliga a la empresa cesante en el servicio a comunicar a la nueva adjudicataria tal circunstancia, los trabajadores afectados por la subrogación y a poner a su disposición la documentación que pormenorizadamente detalla con una antelación mínima de tres días hábiles a que dicha nueva empresa comience la prestación del servicio (o en igual plazo desde que tuviese conocimiento expreso formal de la adjudicación, si éste fuera posterior).” En opinión de la Sala, el cumplimiento extemporáneo de la obligación de comunicación constituye un incumplimiento de los requisitos establecidos en el Convenio Colectivo del Sector, a partir de lo cual la subrogación prevista en el mismo pierde toda operatividad, y el personal al servicio de la empresa saliente no puede considerarse subrogado en el ámbito de la nueva contratista, consecuencia especialmente rigurosa si

III. Empresario

se tiene en cuenta que la demora acreditada no superaba el plazo de tres días sobre el período temporal convencionalmente establecido.

D) Responsabilidad solidaria de la empresa principal respecto del recargo de prestaciones por accidente de trabajo

El artículo 123 LGSS permite incrementar, por cuenta del empresario infractor, las prestaciones económicas a percibir por el trabajador víctima de un accidente de trabajo, cuando dicho hecho se haya producido con inobservancia de las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo. En el supuesto enjuiciado por la **STSJ de Cataluña de 27 de abril de 2005**, I.L. J 1581, la circunstancia que determina la responsabilidad solidaria de la empresa principal, a juicio de la Sala, “(...) —es la consideración de que también venía ésta obligada por las prevenciones que le imponían los artículos 14 y 15 de la tan citada Ley de Prevención de Riesgos Laborales. En definitiva adoptando precauciones que hubiesen sido más eficaces respecto de las que de hecho adoptó, para impedir el desgraciado suceso. Obligaciones —y responsabilidades— perfectamente deducibles de los preceptos legales de referencia, y aun, del artículo 42 de dicha Ley 31/1995, y del propio artículo 24 de dicha Ley, en referencia a la coordinación de actividades empresariales: supuestos de empresas (varias) que desarrollen sus actividades en un mismo centro de trabajo (punto 1) y en caso de contratas (punto 3) (...)”; el supuesto sometido a juicio, analiza el accidente sufrido por un trabajador de una de las subcontratistas que procedía a reparar unas tuberías dentro de una arqueta, mientras un trabajador de otra empresa retrocedía con una maquinaria pesada, cuya señal acústica de peligro no funcionaba, impactando con el primero y producirle la muerte por atropello.

Por el contrario, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de mayo de 2005**, I.L. J 1543, desestima la responsabilidad de la empresa principal en el recargo de las prestaciones por accidente producido por la ausencia de los equipos de respiración autónoma necesarios para la limpieza de depósitos pertenecientes a ésta, que debieran haber sido suministrados por la empresa auxiliar a sus trabajadores. Sin embargo, la negativa judicial no deriva de la falta de responsabilidad del empresario principal, sino porque la demanda inicial no se dirigió contra dicha empresa principal. En definitiva, sólo resuelve una cuestión procesal sin llegar a abordar la perspectiva material de fondo.

E) Extinción del contrato de trabajo por finalización de contrata

Aunque el artículo 15 ET no recoge expresamente la ejecución de las contratas de obras y servicios entre las modalidades legales de contratación temporal, la jurisprudencia española desde tiempo reciente ha admitido la vinculación de la duración del contrato de trabajo de los trabajadores destinados a la ejecución de la contrata a la duración del contrato civil, mercantil o administrativo entre la empresa principal y la contratista. Dicha doctrina, es recogida una vez más por la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 25 de mayo de 2005**, I.L. J 1401, en los siguientes términos:

“1º) Se recoge, en primer lugar, que en estos casos es claro que no existe, desde la perspectiva de la actividad de la empresa principal, un trabajo dirigido a la ejecución de una obra

entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, y tampoco existe un servicio determinado entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización.

2º) Pero se reconoce que en estos casos existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa contratista, que esa necesidad está objetivamente definida y que ésta es una limitación conocida por las partes en el momento de contratar, que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste.

3º) Se precisa también que no cabe objetar que la realización de este tipo de trabajos constituye la actividad normal de la empresa, porque esa normalidad no altera el carácter temporal de la necesidad de trabajo, como muestra el supuesto típico de este contrato (las actividades de construcción) y que tampoco es decisivo para la apreciación del carácter objetivo de la necesidad temporal de trabajo el que éste pueda responder también a una exigencia permanente de la empresa comitente, pues lo que interesa aquí es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y para ello, salvo supuestos de cesión en que la contrata actúa sólo como un mecanismo de cobertura de un negocio interpositorio, lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato.”

En el supuesto objeto de litigio, se daba la circunstancia de que la trabajadora había realizado las mismas funciones desde el inicio de su prestación de servicios, con independencia de la modalidad contractual bajo la que realizaba dichas funciones, en primer lugar, por interinidad y posteriormente por obra o servicio determinado; extremo al que debe adicionarse que la empresa no ha acreditado la autonomía y sustantividad propias respecto de su actividad ordinaria de las labores realizadas por la trabajadora, por lo que la Sala entiende que la finalización del contrato de trabajo se ha producido de manera ilícita.

En un tono de mayor rigidez, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de abril de 2005**, I.L. J 1298, entiende que la doctrina antes citada debe aplicarse de manera restrictiva, afirmando que “aunque habiéndose admitido por cierta jurisprudencia la validez de la contratación referida a la duración de una contrata, pese a que ello no viene expresamente reconocido en el artículo 15 ET, por entender que es una situación temporal de necesidad de trabajo de la empresa (STS de 22 de octubre de 2003), ello no puede ser extendido a otra diversidad de supuestos de una mayor complejidad, dado que no es sino una, doctrinalmente muy discutible, elaboración jurisprudencial de aplicación extensiva de los limitados supuestos de contratación temporal legalmente previstos en el artículo 15 ET, que no puede a su vez ser interpretada también extensivamente”. La Sentencia pone el acento en la variación reiterada del objeto de contratación, a la sucesión de contratos con el mismo trabajador y, particularmente, a la existencia de un acuerdo entre la empresa principal y sus representantes de los trabajadores, acuerdo que, en discutible opinión del órgano judicial, “(...) es como si pasara a formar parte del contenido del pliego de convocatoria de la contrata, o de los términos de la contratación suscrita entre la empresa principal y la nueva contratista. Y ello, también respecto a la contratista que cesa, no sólo respecto a la entrante,

III. Empresario

sirviendo así de parámetro interpretativo de la naturaleza de los contratos laborales suscritos por las contratistas. Que, en lo que hace a la que cesa en la contrata, no puede por tanto pretender la terminación de los mismos acogiendo a su temporalidad, y en lo que hace a la entrante, como veremos, no puede pretender eludir la contratación de, cuando menos, los trabajadores de la saliente que se encuentren en las condiciones contempladas en el Acuerdo meritado”, STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de abril de 2005, I.L. J 1298.

5. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

A) Responsabilidad de la empresa usuaria por fraude en la contratación temporal

El TSJ de Baleares, en sucesivas sentencias, pone de manifiesto la irregularidad que supone la realización de sucesivos contratos de puesta a disposición por parte de una misma empresa usuaria. Cuando las empresas deciden cubrir con un mismo trabajador una necesidad de carácter no temporal, sirviéndose de sucesivos contratos de puesta a disposición, a tal fin celebrado con una o varias empresas de trabajo temporal, se produce el supuesto de hecho previsto en el artículo 6.4 CC, pues al amparo de una norma legal, la Ley de Empresas de Trabajo Temporal, se persigue la consecución de objetivos no deseados por la misma, la cobertura de necesidades de carácter indefinido mediante contratos de carácter temporal. En concreto, la **STSJ de Baleares de 24 de febrero de 2005**, I.L. J 1202, hace un esfuerzo por conciliar la obligación de probar el fraude de ley alegado con el principio de disponibilidad probatoria para concluir afirmando que contratar “los servicios de un trabajador durante un tiempo limitado constituye, normalmente, decisión unilateral del empleador, que responde de manera exclusiva a intereses suyos y a necesidades organizativas internas, difíciles de averiguar y de demostrar desde el exterior. La empresa es, por ello, el litigante que, cuando se niega la certeza de la causa de temporalidad invocada para legitimar el contrato de duración determinada, posee los medios adecuados para probar su realidad y concurrencia”. A mayor abundamiento, la Sala niega la naturaleza temporal de los sucesivos contratos realizados al trabajador cada temporada estival argumentando que la propia reiteración ininterrumpida pone de manifiesto que se trata de necesidades cíclicas, por tanto necesidades que debieron cubrirse inicialmente con contratos de naturaleza fija discontinua, con arreglo al artículo 15.3 ET.

Dando por sentada la utilización fraudulenta de la Empresa de Trabajo Temporal para eludir el cumplimiento de las normas imperativas en materia de duración de la relación de trabajo, la STSJ de Baleares de 24 de febrero de 2005, I.L. J 1202, entiende que “la tacha de fraude no nace en puridad de las circunstancias propias del contrato entre actora y empresa de trabajo temporal sino del contrato de puesta a disposición, concertado entre esta empresa y la recurrente con quebranto de lo que establece el artículo 6.2 de la Ley 14/1994 en relación con el artículo 15 del ET sobre el ámbito en que es lícita la utilización de dicha figura; vulneración de precepto legal que se produjo por una causa que pertenece de modo exclusivo al círculo de decisión y organización internas de la empresa usuaria. La recurrente, al procurarse en 1999 por esta vía los servicios de la trabajadora en situación en que no era factible contratarla con duración limitada a sólo ese año, fue quien vulneró el artículo 15 del ET y debe responder en consecuencia. La sanción del

fraude, además, consiste en aplicar la norma defraudada (artículo 6.4. del CC), lo que implica en el presente caso que la actividad laboral que desempeñó la actora en 1999 debe considerarse servicios prestados para (...)” la empresa usuaria.

En el mismo sentido, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 5 de mayo de 2005**, I.L. J 1403, tras considerar igualmente la existencia de fraude de ley en la sucesiva contratación temporal de una trabajadora, reputar indefinida la relación laboral de la trabajadora y nula la extinción contractual subsiguiente, extiende la responsabilidad por despido a la empresa usuaria.

“En otras palabras, comoquiera que en el presente supuesto la empresa usuaria ha utilizado fraudulentamente la contratación a través de una empresa de trabajo temporal para cubrir sus necesidades ordinarias y permanentes de mano de obra, teniendo perfecto conocimiento de que la contratación temporal directa de la actora por su parte sería imposible por aplicación de su normativa específica, el contrato de trabajo de ésta también se convierte en indefinido con la empresa usuaria. Por derivación lógica de dicha conclusión, la responsabilidad, que en un principio sería atribuible a la empresa de trabajo temporal, ha de extenderse con carácter solidario a la empresa usuaria, que ha de ser considerada a todos los efectos empresaria de la trabajadora despedida, sin que por ello pierda la condición de corresponsable la empresa de trabajo temporal, pues la misma no puede desvincularse de la veracidad de la causa del contrato de puesta a disposición, ya que de ella depende la licitud del contrato de trabajo y de la cesión de la trabajadora.

De lo expuesto y razonado se deduce que la responsabilidad derivada de la declaración de nulidad del despido de la Sra. Elisa ha de extenderse tanto a la ETT recurrente como a la empresa usuaria y que el carácter de la misma ha de ser solidario”, **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 5 de mayo de 2005**, I.L. J 1403.

Por el contrario, dos sentencias del TSJ de Cataluña niegan la responsabilidad de sendas empresas usuarias por despido del trabajador puesto a disposición. La Sala sostiene la inaplicabilidad de las normas precedentes “tanto en el supuesto de que el contrato de puesta a disposición carezca de causa, como en el caso de que la empresa usuaria haya procedido a la extinción del contrato de puesta a disposición sin que concurra la circunstancia que lo permita, la condena habrá de recaer única y exclusivamente sobre la empresa de trabajo temporal” **STSJ de Cataluña de 14 de marzo de 2005**, I.L. J 1325. En sentido similar se pronuncia la **STSJ de Cataluña de 30 de marzo de 2005**, I.L. J 1336.

6. CESIÓN ILEGAL

A) Cesión ilegal de trabajadores mediante contrata de obras o servicios

El artículo 43.1 ET prohíbe la contratación de trabajadores por una empresa con el objetivo de cederlos temporalmente a otra empresa, posibilidad únicamente admitida para

III. Empresario

empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas. Cuando el lugar de la empresa que somete a sus trabajadores a tráfico prohibido es ocupado por una empresa contratista o subcontratista y la realización de dichos trabajos o servicios tiene lugar en el centro de trabajo de la empresa principal, la delimitación del supuesto legal se hace más compleja, resultando decisivo si ésta pone o no en juego los elementos organizativos propios en la ejecución de la contrata. En este sentido, la **STS de 29 de abril de 2005**, u.d., I.L. J 1155, entiende especialmente relevante la existencia de una serie de datos:

- a) La existencia de coordinadores y supervisores, así como de un responsable cualificado, pertenecientes a la empresa contratista en el presente supuesto.
- b) El control de la actividad de los trabajadores por parte de la empresa principal, en el caso enjuiciado en la sentencia de contraste.
- c) El precio de la contratación entre ambas empresas, fijado por unidades de tiempo de los servicios prestados por los trabajadores demandantes en el mismo caso, lo que en el presente no consta.
- d) La aportación de programas informáticos por parte de la empresa contratista en el presente supuesto, que, en cambio, no figura relatado en el de contraste, y cuyo elemento material de trabajo no puede considerarse desdeñable, en su relación con otras circunstancias del servicio prestado.”

En aplicación de dicha doctrina, la **STSJ de Madrid de 26 de abril de 2005**, I.L. J 1368, declara conforme a derecho la relación contractual desarrollada entre diversas empresas que prestan servicios en el aeropuerto madrileño, en la medida en que la “relación habida entre las empresas codemandadas es una relación que queda dentro del contrato de fletamento, ajeno a todo propósito de cesión de mano de obra, en cuanto que Siwftair pone los medios materiales y humanos y su propia organización para ejecutar el contrato, asumiendo la responsabilidad de las operaciones y EAT, los costes de fletamento conforme a lo pactado. Y que los demandantes trabajan bajo las órdenes y las programaciones establecidas por Swiftair de quien percibían su salario y a cuya organización y poder de dirección estaban sometidos, actuando como verdadero y real empresario no concurriendo, en suma, los requisitos legales y jurisprudenciales necesarios para poder concluir que nos encontramos ante la figura de la ilícita cesión de mano de obra”.

En ocasiones, especialmente en empresas intensivas en mano de obra, la puesta a disposición de la organización de la empresa auxiliar en la prestación del servicio, en términos materiales y personales, queda reducida a mínimas aportaciones, por lo que debe aceptarse que, por las características de la actividad, la organización puesta al servicio de la empresa comitente ha de ser necesariamente de la máxima simpleza. Es el caso resuelto por la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 7 de abril de 2005**, I.L. J 1357, en un supuesto en que la contrata de obras y servicios se realiza entre diversas Organizaciones No Gubernamentales y una Administración Autonómica para la gestión de un centro de menores.

Por el contrario, existe cesión ilegal cuando queda acreditado que la empresa auxiliar “se limitó a suministrar los servicios del actor previamente por ella contratado, sin suministrar ninguno de sus propios medios materiales, el cual prestaba sus servicios junto a los funcionarios de la Consejería en los locales del CEP, en el que también prestaban sus servicios la administradora de la propia empresa que lo había contratado y uno de los socios fundadores, igualmente con el material del CEP y bajo las órdenes de su Director, realizando sus funciones bajo las órdenes de su Director, realizando sus funciones bajo las únicas instrucciones impartidas por el mismo”, **STSJ de Andalucía (Málaga) de 24 de febrero de 2005**, I.L. J 1200; o cuando los responsables de la empresa principal además desempeñan la dirección técnica de la obra, protagonizan un relevante papel de dirección de la actividad de la auxiliar, “realmente uso del poder directivo (por la empresa principal) sobre la totalidad de las tareas, cometido de los trabajadores afectados” **STSJ de Cataluña de 30 de marzo de 2005**, I.L. J 1450.

B) Efectos de la declaración judicial de cesión ilegal

Aunque el artículo 43.3 ET no hace diferencia alguna, reconociendo a los trabajadores sometidos a tráfico prohibido el derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria, la ausencia de matices en la consecuencia jurídica prevista por el precepto estatutario ha sido completada por la jurisprudencia entendiéndose que la norma que establece el derecho de opción a favor del trabajador, parte del supuesto de que la empresa cedente tenga entidad real, pues cuando una de las empresas sólo cuenta con apariencia de tal, no existe posibilidad material de materializar dicho derecho; es decir, la decisión del trabajador sólo puede tener lugar cuando existan sendas empresas con las cuales éste pueda establecer o mantener una relación laboral (por todas, STS de 17 de enero de 1991).

Tras adquirir la condición de fijo en la empresa cesionaria, los derechos y obligaciones del trabajador han de ser los que correspondan a un trabajador que ocupe similar puesto de trabajo o, en su ausencia, un puesto de trabajo equivalente, debiéndose reconocer a éste la antigüedad correspondiente, computándose ésta desde el inicio de la cesión ilegal. Dicha declaración plantea algunos interrogantes, particularmente el relativo al carácter constitutivo o declarativo de la sentencia. En concreto, en ocasiones, el fallo judicial debe decidir si la trabajadora tiene o no derecho a percibir durante el período de cesión ilegal el salario que le hubiera correspondido caso de haber estado formalmente incluida en la plantilla de la empresa principal. La **STSJ de Madrid de 23 de mayo de 2005**, I.L. J 1588, citando jurisprudencia del Tribunal Supremo, estima la solicitud de la trabajadora:

“La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de enero de 2000 (RJ 1600) se plantea exactamente el mismo tema que es objeto de debate en este litigio: en un supuesto de cesión de mano de obra que concluyó con la incorporación de los trabajadores cedidos a la plantilla de la empresa cesionaria, se discute si, en referencia a un período anterior a la declaración formal de cesión, los trabajadores tienen derecho a los salarios correspondientes a los trabajadores de idéntica categoría y funciones de la empresa cesionaria

III. Empresario

o a los salarios pactados con quien figuró inicialmente como empleador en la relación de trabajo. Interrogante al que responde la citada sentencia 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 (STS de 31 de octubre de 1996); y 4) de no entenderse 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 (STS de 21 de marzo de 1997)", STSJ de Madrid de 23 de mayo de 2005, I.L. J 1588.

Con el mismo resultado final, la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 24 de febrero de 2005**, I.L. J 1200, partiendo de la carencia de sustrato propio de la empresa auxiliar determina "que los efectos de la responsabilidad, como bien razonó la Juzgadora en la sentencia combatida, operan *ex tunc*".

7. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Concepto de transmisión de empresa

La regulación laboral de la transmisión de empresa tiene como objetivo fundamental la garantía del mantenimiento de los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social de los trabajadores afectados mediante diversas técnicas al objeto previstas en el artículo 44 ET. El ámbito de aplicación de dicho precepto queda determinado por lo dispuesto en su apartado segundo, donde a tales efectos se considera que la transmisión se ha producido cuando afecta a una entidad económica que mantiene su identidad, "entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio". La delimitación del objeto de la transmisión contemplada en la norma laboral ofrece especiales dificultades cuando se produce como salida de determinadas empresas en crisis, particularmente en los supuestos en que la empresa cesionaria está formada por algunos trabajadores de la empresa cedente que tratan, con el apoyo financiero derivado de la acumulación de ciertas modalidades de prestaciones públicas, la experiencia adquirida y la adquisición de algunos elementos patrimoniales de la anterior empresa de poner en marcha un nuevo proyecto empresarial. La **STSJ de Cataluña de 13 de abril de 2005**, I.L. J 1510, aborda un supuesto encuadrable en esta tipología. En concreto, en el caso enjuiciado un grupo de trabajadores que habían prestado servicio para una empresa del sector textil declarada en quiebra voluntaria deciden crear dos nuevas empresas con objeto social parcialmente coincidente con el de la anterior, manteniendo sus principales clientes, pero desarrollando su actividad en un local distinto, acondicionado con medios y elementos patrimoniales propios. Aunque las nuevas empresas incorporan al personal de la empresa anterior, el fallo niega la existencia de transmisión a los efectos de aplicación del artículo 44 ET, citando la jurisprudencia contenida en la STS de 25 de febrero de 2002. A juicio del Tribunal la empresa originaria "se declaró en quiebra y los contratos con sus trabajadores se extinguieron en virtud de expediente de regulación de empleo aprobado por la autoridad laboral. Este hecho junto con la ausencia de transmisión de elemento patrimonial alguno, en una actividad en que

tales elementos patrimoniales son necesarios, no permite deducir que la nueva empresa es idéntica a la anterior”, STSJ de Cataluña de 13 de abril de 2005, I.L. J 1510.

Sin perjuicio de la contundencia de los argumentos judiciales, la lectura de la sentencia permite intuir adicionales motivaciones en la decisión del Tribunal, que tienen relación con la especial procedencia de los nuevos empresarios, antiguos trabajadores de la empresa. Así al menos creemos entender las siguientes afirmaciones:

“Teniendo el instituto de la sucesión recogido en el artículo 44 ET como finalidad primordial la de mantener los puestos de trabajo que hubiera en la entidad transmitida, aplicar a un supuesto como el presente dicho precepto supondría retorcer su interpretación para conseguir lo contrario de lo que con él pretendió el legislador, puesto que la empresa quebrada prescindió de todos sus trabajadores y serían éstos precisamente, constituidos en Sociedad Anónima Laboral, los que, sufrirían las consecuencias que pudieran derivarse de la aceptación de la sucesión”, STSJ de Cataluña de 13 de abril de 2005, I.L. J 1510.

Similares consideraciones son tenidas en cuenta en otro supuesto, en el que la nueva empresa, constituida por los trabajadores de la originaria en crisis, adopta diversa forma societaria, en esta ocasión una Sociedad Limitada; circunstancia que permite afirmar que lo que identifica a este tipo de supuestos no es el tipo de sociedad mercantil mediante la que se constituye la nueva empresa, sino las circunstancias que motivan la creación de ésta:

“En efecto, está acreditado, en síntesis, que la codemandada Asesoría Amat Serveis Administratius, SL, con motivo de una mala situación económica, instó el oportuno expediente de regulación de empleo, siendo autorizada a rescindir los contratos de trabajo de todos los trabajadores, y estos mismos trabajadores, excepto uno de ellos, junto con otra persona ajena a la empresa constituyeron la también codemandada Asesoría Gestió Gabitec, SL, aportando a la misma el mobiliario y equipos informáticos que les fueron entregados por la anterior empresa en pago de sus liquidaciones, y si bien continuaron en el mismo local, éste no les fue transmitido directamente por el titular de la anterior empresa, sino que tras haber sido ésta desahuciada, la propietaria lo arrendó a la nueva empresa; llegando la Juzgadora de instancia a la convicción de que no se ha transmitido una organización empresarial como tal, sino únicamente elementos de la anterior empresa. Pues bien, acreditados estos extremos, que al entender de la Sala no quedan desvirtuados por la carta –mera comunicación comercial propagandística– recogida en el nuevo hecho probado, compartimos el criterio de la Magistrada de instancia de que no ha existido una verdadera transmisión de la empresa, sino más bien una reconstrucción de la misma, en un intento de los trabajadores demandados de evitar sus expulsión del mercado de trabajo; finalidad esta, que sin duda merece la protección del ordenamiento jurídico.

Ciertamente, que como se alega en el recurso, los trabajadores codemandados no han constituido una Sociedad Anónima Laboral, sino una Sociedad Limitada, pero ello, por sí solo, no implica la desvirtuación de la señalada finalidad, ni mucho menos es indicativo de un fraude de ley (...)", STSJ de Cataluña de 30 de marzo de 2005, I.L. J 1331.

III. Empresario

B) Sucesión en supuestos de jubilación del empresario

La jubilación del empresario es causa de extinción del contrato de trabajo, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 49.1.g) ET. La doctrina contenida en las SSTs de 25 de abril de 2000 y 14 de febrero de 2001 permite afirmar que la extinción de los contratos de trabajo afectados por la jubilación del empresario queda condicionada al efectivo cierre o cese de la actividad empresarial que se produce con motivo de tal circunstancia, pues en caso de continuidad de la actividad empresarial por otro empresario resultarían de aplicación las normas subrogatorias previstas en el artículo 44 ET. La **STSJ de Baleares de 5 de abril de 2005**, I.L. J 1362, aborda un supuesto de extinción contractual por jubilación del empresario, en el que la hija de este último decide iniciar similar actividad empresarial unos meses más tarde, para lo cual cuenta con algunos elementos patrimoniales que pertenecieron a la empresa de su padre y emplea a alguno de los trabajadores que prestaron servicios para éste. Aunque como queda acreditado en la sentencia de instancia se ha producido transmisión de elementos personales y patrimoniales, el recurso es rechazado, pues el Tribunal estima que el lapso temporal existente entre la jubilación del empresario y el inicio de la nueva actividad resulta suficiente para acreditar la solución de continuidad de las actividades empresariales y, por tanto, la inexistencia de sucesión empresarial. En concreto, la sentencia afirma que

“(…) el uso de singulares elementos de producción de la anterior empresa no basta para entender que se mantiene la identidad de la unidad económica productiva si tales elementos no son suficientes por sí para proseguir la actividad de aquélla sin la adición y el complemento de otros. No consta, en este sentido, que la Sra. María Trini se haya hecho cargo, además, del conjunto de herramientas, instrumental, mobiliario y demás activos precisos para la explotación del negocio que utilizaba la empresa del padre. Debe notarse, igualmente, que, conforme arguye la parte recurrida, aquí sí con fundamento, la Sra. María Trini percibió las prestaciones por desempleo en la modalidad periódica tras el cese laboral al servicio de su padre y que sólo después cobró la prestación en la modalidad de pago único por el tiempo restante, dato que puede ser indicativo de que su primitivo propósito no consistía en dedicarse a la actividad empresarial (...) A esto se añade, en especial, que en absoluto se afirma probado en la instancia que la jubilación del Sr. Roberto no llevó consigo el cierre efectivo y auténtico de su negocio y la plena desaparición de la actividad del mismo. No se ha alegado ni menos acreditado en autos que después del 30 de junio de 2003 el establecimiento permaneciera abierto ni que nadie trabajara o realizara obra alguna por cuenta del empresario jubilado o de su hija. Esto sentado, el lapso de algo más de medio año que transcurrió entre el cierre real de la empresa del padre por causa de jubilación y la apertura de la nueva empresa por la hija corrobora, en unión de los extremos más arriba señalados, la inexistencia de continuidad entre una y otra y, en definitiva, que se produjera el fenómeno de sucesión en la titularidad de la misma empresa que el recurso aduce”, STSJ de Baleares de 5 de abril de 2005, I.L. J 1362.

C) Consentimiento del trabajador en supuestos de sucesión contractual

A partir del proceso de liberalización del transporte aéreo desarrollado en el marco de la Directiva comunitaria 96/67 CEE, y más concretamente, como consecuencia de la aper-

tura a la competencia de un segundo operador de actividades u operaciones que “Iberia, SA” desarrollaba antes en régimen de monopolio ha permitido elaborar una importante y extensa doctrina judicial. En aplicación de dicha tesis judicial, se sostiene la separación entre el régimen jurídico de la sucesión empresarial producida de conformidad con las exigencias de la normativa laboral vigente, recogida en el artículo 44 ET y en los Convenios Colectivos de aplicación, y la regulación de las cesiones de contratos entre empresas para las que, aun cuando la cesión haya sido aceptada por los representantes de los trabajadores, resulta exigible el consentimiento del trabajador afectado por aplicación de los dispuesto en el artículo 1205 del Código Civil.

En el supuesto de autos, la sentencia considera que se “produjo, pues, una subrogación sobre un Acuerdo privado que no vinculaba al trabajador afectado salvo que hubiera prestado su consentimiento a dicha subrogación como requiere el artículo 1205 Código Civil, lo que aquí no se ha producido como lo demuestra que rápidamente reaccionó contra dicha decisión, (...), presentando papeleta de conciliación administrativa previa a la demanda”, STS de 29 de junio de 2005, u.d., I.L. J 1226.

Por el contrario, cuando el trabajador se demora en expresar su oposición al acuerdo subrogatorio, la doctrina jurisprudencial unificada entiende que tratándose de un supuesto de anulabilidad, sometido por tanto a prescripción, debe entenderse que el consentimiento debido se produjo de manera tácita:

“La doctrina sobre la cuestión debatida ha sido ya unificada por la sentencia de esta Sala de 14 de mayo de 2004 (recurso 2436/2004), a tenor de la cual no estamos en el presente caso en presencia de un acto nulo de pleno derecho encuadrable en el artículo 6.3 del Código Civil y por ello imprescriptible, sino ante un acto anulable, sujeto a prescripción. La nulidad absoluta o de pleno derecho se produce cuando el acto o el negocio jurídico infringe una prohibición legal establecida normalmente por razones de interés general, salvo que la propia Ley prevenga otro efecto. La nulidad absoluta, por acarrear en sí una infracción de principios de interés general prevalente tiene, entre otras características, el que la acción para exigir su declaración no esté sujeta a plazo alguno de prescripción o caducidad. Por el contrario, la nulidad simple o anulabilidad ha de ejercitarse con sujeción a los plazos de prescripción establecidos. Pero, como ya señaló la Sentencia de 25 de junio de 2003 (recurso 4913/2000), podría ocurrir, y así lo puso de manifiesto esta Sala en la Sentencia de 23 de octubre de 2001 (recurso 804/2000), que el consentimiento del trabajador a la cesión de su contrato de Iberia a Ineuropa Handling, UTE se haya producido de forma expresa o también de forma tácita mediante la aceptación *a posteriori* de la cesión contractual operada, y, por ello, no cabe una declaración general de ilegalidad y anulación de las subrogaciones y cesiones de contrato efectuadas. Éstas son lícitas en principio; y pueden ser válidas o no, respecto de cada trabajador individual, según se haya obtenido o no el consentimiento del mismo al acuerdo de Iberia de ceder su contrato de trabajo al segundo concesionario”, STS de 24 de junio de 2005, u.d., I.L. J 1487.

III. Empresario

A partir del razonamiento anterior, se infiere que el plazo de prescripción de la acción del trabajador no puede ser otro que el específicamente previsto en el artículo 59.1 ET, pues la acción objeto de ejercicio se deriva incuestionablemente del contrato de trabajo y es en dicha esfera en la que agota sus efectos.

D) Responsabilidad de las empresas cedente y cesionaria por despido

Constatada la transmisión de la empresa por actos *inter vivos*, el artículo 44.3 ET impone la responsabilidad solidaria de ambos empresarios por las obligaciones laborales pendientes de satisfacción, responsabilidad que se somete al cumplimiento de un doble requisito temporal: que dichas obligaciones hubieran nacido con anterioridad a la fecha en que se produce el proceso de transmisión y que su cumplimiento sea reclamado antes de que finalice el plazo de tres años a contar desde dicha fecha. Por otra parte, ambos empresarios pueden también ser considerados responsables por las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, pero en este último caso será condición necesaria que la transmisión sea considerada como delito. En aplicación de dicho precepto, la **STSJ de Valencia de 11 de marzo de 2005**, I.L. J 1276, reconoce que “la responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario que contempla el número 3 del artículo 44, viene referida a las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieren sido satisfechas, y en el presente caso, el despido del trabajador lo produjo la empresa Equipamientos Sanitarios de Valencia, SLU en el mes de febrero de 2004, es decir con posterioridad a que se produjera la transmisión empresarial, por mor de la cual aquélla adquirió de las recurrentes el centro de trabajo de la población de Chiva (Valencia) donde el trabajador venía prestando sus servicios, lo que había tenido lugar el 31 de enero de 2003. Por tanto, ello significa que el trabajador carece de acción para reclamar frente a las empresas cedentes, al no constar que estemos ante una cesión que revista los caracteres de delito”. En el mismo sentido, se pronuncia la **STSJ de Valencia de 21 de abril de 2005**, I.L. J 1475.

Por su parte, la **STSJ de Valencia de 26 de abril de 2005**, I.L. J 1483, determina la posibilidad de extensión de la responsabilidad por deudas de la empresa cedente que proceden de reclamaciones salariales de trabajadores cuyos contratos habían sido extinguidos como consecuencia de un expediente de regulación de empleo, previo a la transmisión de la empresa. En palabras de la Sala:

“Una de las consecuencias de la sucesión de empresa que establece el artículo 44 ET en su apartado 1, es el efecto subrogatorio en la posición de empresario de la relación laboral, de tal forma que ésta no se extingue por el hecho mismo del cambio de titularidad, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior, Y otra, señalada en su apartado 3, es el efecto extensivo en la responsabilidad, en virtud del cual el nuevo titular pasa a compartir con el anterior, solidariamente y durante tres años, las obligaciones laborales que éste tuviera contraídas y que no estuvieren satisfechas. Pues bien, así como para que se produzca el resultado previsto en el primero de dichos efectos (el subrogatorio) es preciso que el contrato de trabajo esté vivo al tiempo de la sucesión, no ocurre lo mismo respecto al efecto extensivo de la responsabilidad por deudas anteriores, que alcanza a todos los trabajadores, cuyos créditos pendientes asume la empresa

sucesora aunque el contrato de trabajo se hubiera extinguido”, STSJ de Valencia de 26 de abril de 2005, I.L. J 1483.

E) Responsabilidad solidaria de la empresa cesionaria por recargo de prestaciones

Entre las obligaciones transmisibles entre los empresarios implicados en un proceso de sucesión empresarial conforme establece el ya comentado apartado tercero del artículo 44 ET, se discute la inclusión del recargo de prestaciones impuesto por ausencia de las correspondientes medidas de seguridad, en la medida en que dicho recargo es una medida de carácter sancionador y no una obligación de naturaleza contractual. Al objeto, conviene tener en cuenta que el artículo 123.2 LGSS impone que tales recargos recaerán directamente sobre el patrimonio del empresario infractor, no pudiendo ser objeto de aseguramiento alguno, y considerándose nulo de pleno derecho todo pacto o contrato que tenga por objeto cubrir, compensar o transmitir dicha responsabilidad. Sin perjuicio de lo anterior, la **STSJ de Cataluña de 4 de marzo de 2005**, I.L. J 1324, siguiendo un criterio finalista determina la responsabilidad solidaria de la empresa cedente, con el siguiente argumento:

“aunque dicho recargo tiene naturaleza sancionadora, también despliega sus efectos en el ámbito de las prestaciones reconocidas al beneficiario, cuando deriven de riesgos profesionales, que quedarán sin efecto, con la consecuente desprotección, si respecto a las mismas no operara el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores”.

JESÚS CRUZ VILLALÓN

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO

IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Contratación temporal. A) Supuestos. a) Contrato para obra o servicio determinado. b) Contrato eventual por circunstancias de la producción. c) Contrato de interinidad. d) Contrato de inserción. e) Contrato de fomento de empleo. B) Reglas generales. a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales. b) Conversión en contratos indefinidos. **3. Contratos formativos.** A) Contrato para la formación. B) Contrato en prácticas. **4. Contratación a tiempo parcial y fijos discontinuos.** A) Contrato a tiempo parcial. B) Contrato fijo discontinuo. **5. Contratación en la Administración Pública.** A) Contratos laborales y contratos administrativos. B) Irregularidades en la contratación laboral.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las sentencias sobre contratación laboral recogidas en los números 9 a 12 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*. En el período analizado cabría destacar la **STC de 4 de julio de 2005**, I.L. J 1151, en punto a la falta de renovación de un contrato temporal tras el conocimiento por parte de la empresa del embarazo de la trabajadora. También es reseñable, la **STS de 15 de junio de 2005**, I.L. J 1563, en relación con el contrato de fomento del empleo en el marco de la relación laboral especial de trabajadores minusválidos para centros especiales de empleo. Y finalmente debe llamarse la atención sobre las **SSTS de 7 y 28 de junio de 2005**, I.L. J 1112 y I.L. J 1170, sobre la inaplicación de la doctrina de la interrupción de 20 días entre diversos contratos temporales para resolver la cuestión del reconocimiento del complemento de antigüedad a los trabajadores temporales.

2. CONTRATACIÓN TEMPORAL**A) Supuestos****a) El contrato por obra o servicio determinado**

La utilización de esta modalidad contractual por parte de las empresas contratistas es objeto de análisis en dos resoluciones. En primer lugar, la **STSJ de Cataluña de 8 de marzo**

de 2005, I.L. J 1333, viene a confirmar la reiterada jurisprudencia permisiva señalando que, aunque en el supuesto de hecho concreto las trabajadoras habían pasado a realizar tareas distintas a las inicialmente asignadas, ello no implica en modo alguno que se trate de una contratación fraudulenta, ya que se las empleó para la misma obra y servicio y no para otra diferente. Asimismo, la resolución que comentamos entiende que la resolución anticipada a la finalización de la obra de los contratos no constituye extinción ilegal, dado que se había producido una disminución del volumen de actividad en la contrata a la que las trabajadoras en cuestión estaban adscritas. De otro lado, la **STSJ de Valencia de 30 de febrero de 2005**, I.L. J 1349, declara que debe entenderse como despido la extinción de un contrato por obra o servicio que se produce en un momento en que todavía no ha finalizado la contrata a la que se adscribe el contrato de trabajo temporal.

Finalmente, respecto del contrato por obra, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de mayo de 2005**, I.L. J 1538, considera que la alegación por parte de un Ayuntamiento de “la prestación del servicio de ayuda a domicilio” como obra o servicio determinado no puede entenderse ajustada a derecho dado que la ayuda a domicilio es una actividad permanente de servicio público de carácter social que presta la administración pública; considerando además probado este extremo por el dato de que el propio Ayuntamiento ha convocado un concurso para la contratación indefinida del personal que trabaja en la ayuda a domicilio.

b) Contrato eventual por circunstancias de la producción

La **STSJ de Extremadura de 22 de abril de 2005**, I.L. J 1306, viene a resolver en relación con la modalidad contractual que nos ocupa un supuesto referido a la actuación del Servicio Extremeño de Salud que, al amparo del artículo 9.3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, contrata como eventual al trabajador demandante para dar cobertura a la acumulación de tareas derivada de la existencia de veinticinco plazas vacantes de nueva creación. La sentencia estima que se ajusta a lo previsto estatutariamente el recurso a la eventualidad y, así, que también resulta adecuada la extinción del contrato cuando “se produzca la causa o venza el plazo que expresamente se determine en su nombramiento”, ya que de este modo lo prevé el precepto arriba reseñado.

c) Contrato de interinidad

De entrada, cabe destacar la **STC de 4 de julio de 2005**, I.L. J 1151, que estima vulnerado el derecho a no ser discriminada por razón de sexo de una trabajadora cuyo cese del contrato de interinidad se estima nulo ante la existencia de indicios racionales de discriminación por embarazo, no contrarrestados por la empresa, que además decidió no volver a contratarla pese a la existencia de reiteradas contrataciones anteriores.

En punto a la interinidad por vacante, en primer lugar, la **STS de 29 de junio de 2005**, I.L. J 1561, aplica la doctrina unificada sobre el incumplimiento de los requisitos esen-

IV. Modalidades de Contratación

ciales de este contrato ante la falta de identificación y de acreditación de la existencia de la plaza.

Por otra parte, nuevamente se ha de hacer alusión en este período a algunos pronunciamientos sobre el cese de trabajadores interinos por cobertura de las vacantes. En la **STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de mayo de 2005**, I.L. J 1540, se admite la extinción del contrato por cubrirse la vacante con un trabajador afectado de incapacidad permanente total, que había solicitado la readmisión en un puesto de trabajo acorde con su estado físico. En segundo lugar, la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 1 de marzo de 2005**, I.L. J 1337, estima legal el cese de una interina por amortización de la plaza que venía ocupando, aunque formalmente constase que se trataba de una interinidad por sustitución y ello con independencia de que la Administración sanitaria decidiera crear una nueva plaza, como facultad organizativa que tiene el empresario. Por su parte, en la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 18 de abril de 2005**, I.L. J 1305, se admite la legalidad del cese por la cobertura definitiva de la plaza, sin que a ello obste el que el proceso de selección se hubiera demorado en exceso.

Ya en relación con la interinidad por sustitución, la **STSJ de Cataluña de 8 de marzo de 2005**, I.L. J 1266, entiende que prestación de servicios del interino en diferentes centros de trabajo no constituye fraude de ley por cuanto el artículo 15.1.c) ET no establece la exigencia de ocupar el mismo puesto y funciones que el trabajador sustituido. Además esta medida puede considerarse razonable como posibilidad de alterar las funciones a desempeñar por el sustituto. Por su parte, la **STSJ de Cataluña de 5 de abril de 2005**, I.L. J 1508, declara válida la extinción de la relación laboral de interinidad por la declaración de incapacidad permanente absoluta del trabajador sustituido.

d) Contrato de inserción

Los requisitos básicos de este tipo contractual son objeto de análisis en dos resoluciones dictadas en el período que analizamos. La **STSJ del País Vasco de 3 de mayo de 2005**, I.L. J 1410, que entra a valorar si la descripción de la obra o servicio de interés social realizada en el contrato sirve para entender que el contrato de inserción suscrito entre el trabajador y un Ayuntamiento se ajusta a derecho. Concretamente el contrato especifica que la actividad de interés general o social es “la recuperación de aquellas zonas que dentro de un municipio puedan quedar degradadas, bien por el transcurso del tiempo o por falta de utilización o deterioro por causa de la acción humana”. Pues bien, la sentencia considera que esta referencia:

“(…) es suficiente para dar validez al contrato, ya que su propio desarrollo lleva consigo el que exista una dilatación de los perfiles o contornos en los que se llevan a cabo las actividades objeto de prestación, y que por sí mismas implican una actuación del Ayuntamiento que se dirige a distintos campos, dentro de las llamadas redes, que suponen la participación de distintos agentes públicos y privados”.

La **STSJ de Madrid de 9 de mayo de 2005**, I.L. J 1599, analizando con detalle los requisitos específicos y la finalidad del contrato de inserción, viene a confirmar que “no implica

la vulneración de ningún derecho fundamental el que la regulación de un contrato de inserción no se rija por la reglas generales de un convenio colectivo, sino por otras distintas” refiriéndose, claro está, a la inaplicación de la regulación salarial. Concretamente reseña la sentencia que:

“(…) el propósito perseguido por el legislador mediante el contrato de inserción es la adquisición de experiencia laboral y mejora de la ocupabilidad (...). Este objetivo de la mejora de la ocupabilidad del desempleado revela que la principal razón de ser de esta figura contractual es el mantenimiento por parte de los colectivos mencionados de algún vínculo con el mercado de trabajo que facilite su inserción laboral, conjugando, al mismo tiempo, ese propósito con el principio de igualdad de oportunidades de todos los afectados”.

e) Contrato de fomento del empleo

En relación con esta modalidad de contratación, la **STS de 15 de junio de 2005**, I.L. J 1563, resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina que admite la legalidad de este contrato en el marco de la relación laboral especial de trabajadores minusválidos que trabajen en centros especiales de empleo, pese a no estar incluido en el artículo 15 del ET. Consecuentemente la finalización de este contrato por expiración del tiempo pactado no es constitutiva de despido improcedente.

B) Reglas generales

a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales

Deben ser objeto de atención especial dos sentencias del TS que en unificación de doctrina entran a resolver la cuestión del derecho al complemento de antigüedad de los trabajadores vinculados a Correos y Telégrafos por sucesivos contratos temporales. Concretamente se trata de las **SSTS de 7 y 28 de junio de 2005**, I.L. J 1112 y I.L. J 1170. Ambas reiteran la conclusión a la que se llegó en la STS de 16 de mayo de 2005, en relación con la inaplicación de la doctrina sobre la interrupción por duración superior a 20 días entre sucesivos contratos temporales para determinar el derecho de los trabajadores temporales al complemento de antigüedad:

“Tras la modificación introducida en el artículo 25 ET (...) será ya la norma convencional aplicable (acuerdo, convenio colectivo, pacto entre los representantes de los trabajadores y la dirección de la empresa, contrato individual) la que determine si existe el complemento de antigüedad, en qué precisos términos se reconoce y en qué cuantía (...). No es por ello de aplicación la doctrina jurisprudencial de esta Sala sobre interrupción superior a 20 días entre sucesivos contratos temporales, pues tal doctrina se estableció y se viene aplicando a propósito del examen de cada uno de los contratos integrantes de una cadena, a fin de aclarar cuáles de ellos pueden calificarse de fraudulentos. (...) El supuesto de la antigüedad, a los efectos de su remuneración, constituye un problema de características diferentes (...). Con ese complemento se compensa la adscripción de un trabajador a la empresa o la

IV. Modalidades de Contratación

experiencia adquirida durante el tiempo de servicios (...) Quiere decir lo expuesto que el efecto que pudiera tener esta interrupción de servicios vendrá ordenado por el convenio de aplicación. (...) y dispone el artículo 86.1 del convenio que todos los trabajadores regulados por este convenio percibirán en concepto de antigüedad trienios (...)"

De este modo, aunque el apartado 6 del precepto convencional señala que “previa solicitud del interesado, se reconocerán los servicios prestados con anterioridad en Correos y Telégrafos, a efectos de trienios, al personal fijo”, las sentencias alcanzan dos conclusiones: primera, que los servicios prestados incluyen todos los períodos de trabajo al margen de posibles interrupciones; y segunda, que aunque el precepto se refiera a los trabajadores fijos, de acuerdo con el artículo 15.6 ET es necesario aplicar el mismo criterio a todos los trabajadores, tanto fijos como temporales.

En relación también con la aplicación del artículo 15.6 ET, la **STSJ de Cantabria de 25 de mayo de 2005**, I.L. J 1407, y la **STSJ de Castilla y León de 30 de mayo de 2005**, I.L. J 1639, reconocen la prohibición de establecer discriminación alguna entre los trabajadores fijos y los temporales en sendos supuestos de falta de reconocimiento del complemento de antigüedad a estos últimos.

Finalmente, debe reseñarse la **STSJ de Cataluña de 1 de abril de 2005**, I.L. J 1506, que, aplicando el artículo 25 del ET, recuerda que “el origen del derecho a la promoción económica del trabajador está en el texto del convenio (puesto que el precepto estatutario) ha desregulado la promoción económica del trabajador, que ha dejado de ser un derecho de carácter necesario (...)”. De acuerdo con ello, ante un convenio colectivo que establece como requisito para el acceso al complemento de antigüedad que los servicios prestados con carácter temporal con anterioridad al contrato indefinido sólo deben computarse de consistir en períodos de más de dos años continuados y de tratarse de contratos temporales que acrediten antigüedad, la sentencia declara que no debe reconocerse el complemento en el supuesto de un trabajador con contrato de interinidad que no acredita el período de dos años consecutivos y que, además, no puede en ningún caso, acreditar antigüedad al reincorporarse el sustituido.

b) Conversión en contratos indefinidos

Además de la **STS de 15 de junio de 2005**, I.L. J 1372, de alcance procesal, han de destacarse dos resoluciones que entran a valorar el carácter indefinido de relaciones de trabajo concertadas a través de contratos temporales pero que servían para dar cobertura a actividades permanentes y habituales de la empresa. De un lado, la **STSJ de Canarias de 25 de abril de 2005**, I.L. J 1280, que aborda la contratación por parte de un Ayuntamiento de un trabajador a través de varios contratos temporales que no respondían a causa cierta alguna, dado que el servicio a prestar por el trabajador era “la actividad administrativa ordinaria de la Jefatura de la Policía Local”. De acuerdo con ello, la sentencia declara la existencia de irregularidades fraudulentas en la contratación temporal, sin tener en modo alguno en cuenta la posible licitud del último de los contratos (un contrato de interinidad) firmados por el trabajador, dado que “para determinar la licitud del último contrato temporal de una serie, es preciso tener en cuenta la validez de los anteriores, si no ha

existido entre ellos solución de continuidad, pues la irregularidad del primero puede suponer la nulidad de los siguientes”.

Por otra parte, la **STSJ de Cataluña de 21 de marzo de 2005**, I.L. J 1328, declara inadmisibles la utilización de esta modalidad contractual cuando las tareas a las que se destina a la trabajadora en cuestión no suponen una ampliación extraordinaria del volumen de trabajo sino que responden a la actividad habitual de la empresa. Así pues, se considera que se convierte en indefinido el contrato celebrado en fraude de ley, pasando a ser la trabajadora fija de plantilla, porque, al ser el empleador de la trabajadora la Sociedad Anónima Estatal de Correos y Telégrafos, la resolución que nos ocupa concluye que:

“(…) la declaración de fraude de ley en la contratación temporal comporta la conversión del contrato en fijo de plantilla, régimen general establecido en el artículo 15 del ET, no siendo aplicable la doctrina del Tribunal Supremo (...) que permite a las Administraciones Públicas una posición especial como empresario al entender que las contrataciones temporales irregulares no comportan la adquisición de la condición de fijo de plantilla (...)”

3. CONTRATOS FORMATIVOS

A) Contrato para la formación

En la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de abril de 2005**, I.L. J 1470, se declara el carácter común de la relación laboral por superación del plazo máximo establecido y falta de formación teórica, estimando el derecho del trabajador a las diferencias retributivas respecto a la relación común.

B) Contrato en prácticas

La **STSJ de Cantabria de 25 de abril de 2005**, I.L. J 1290, declara la ineficacia del contrato en prácticas suscrito para el desempeño de un puesto de trabajo como técnico de prevención de riesgos laborales. Y ello por cuanto, para ejercitar las funciones sería preciso contar con una formación mínima con el contenido especificado en el programa a que se refiere el Anexo VI del Reglamento de los Servicios de Prevención.

4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL Y FIJOS DISCONTINUOS

A) Contrato a tiempo parcial

La **STSJ de Cataluña de 4 de abril de 2005**, I.L. J 1507, se ocupa de determinar la forma de calcular los trienios en los contratos a tiempo parcial de trabajadores de Iberia, considerando que el artículo 25 del ET no exige que el servicio efectivo sea equivalente a servicio prestado a tiempo completo, por lo que el complemento de antigüedad no debe calcularse sobre las horas realmente trabajadas.

IV. Modalidades de Contratación

También en relación con trabajadores de Iberia, la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 7 de abril de 2005**, I.L. J 1352, declara la nulidad del artículo 5 del XV Convenio del personal de tierra de la compañía por no respetar el artículo 12.4.d) del ET. La sentencia declara que la forma de calcular el salario de los trabajadores de actividad continuada a tiempo parcial traduciendo a días las horas efectivamente trabajadas no resulta admisible, debiendo aplicarse un sistema proporcional puro.

B) Contrato fijo discontinuo

Destaca la **STSJ de Cataluña de 4 de abril de 2005**, I.L. J 1524, que pese a la excepcionalidad de las contrataciones indefinidas en el marco de la relación especial del artista profesional, admite la existencia de una relación fija discontinua al preverse expresamente en el contrato, que mejora en este punto la regulación legal de esta relación laboral especial. De este modo, el cese del trabajador sin causa equivale a un despido.

La **STSJ de Baleares de 26 de abril de 2005**, I.L. J 1363, se ocupa de la figura de la dimisión en relación a los trabajadores fijos discontinuos, señalando que concurre esta forma de extinción del contrato por voluntad del trabajador ante la no concurrencia al llamamiento sin que conste causa que lo impidiera y sin dar explicación de su comportamiento durante una temporada.

En otro orden de cosas, en la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 18 de abril de 2005**, I.L. J 1305, se rechaza la existencia de un contrato fijo discontinuo, ya que los sucesivos llamamientos o contrataciones no tienen causas homogéneas ni responden a necesidades que se produzcan con carácter cíclico e intermitente. La **STSJ de Baleares de 24 de febrero de 2005**, I.L. J 1202, ahonda también en las diferencias entre la contratación temporal y la fija discontinua, recordando que esta última modalidad de contratación a tiempo parcial responde a necesidades normales y permanentes de la empresa. El pronunciamiento aplica el principio de mayor facilidad probatoria establecido en el artículo 217.6 LEC, en el sentido de que es la empresa la que, cuando se niega la certeza de la causa de temporalidad invocada para legitimar el contrato de duración determinada, posee los medios adecuados para probar su realidad y concurrencia.

Finalmente, debe hacerse referencia a la **STS de 19 de julio de 2005**, I.L. J 1566, que no estima el requisito de afectación general a los efectos de interponer un recurso de duplicación en un supuesto donde se discutía la base reguladora de la prestación de la incapacidad temporal de un trabajador fijo discontinuo en incapacidad temporal cuando finaliza el contrato.

5. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A) Contratos laborales y contratos administrativos

En relación con la naturaleza jurídica de la relación del personal estatutario de las instituciones sanitarias, cabe destacar la **STSJ de Cataluña de 26 de abril de 2005**, I.L.

J 1515, que con anterioridad y en contraposición con el criterio de la jurisprudencia más reciente, mantuvo la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de estas cuestiones.

La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 26 de mayo de 2005**, I.L. J 1402, declara el carácter laboral de una contratación administrativa realizada en fraude de ley, concretamente de los contratos de colaboración social que en lugar de realizarse sobre trabajos específicos, consistían en servicios genéricos sin sustantividad propia.

Por su parte, la **STSJ de Madrid de 9 de mayo de 2005**, I.L. J 1591, desestima la pretensión de equiparación retributiva de un personal laboral de la Administración con los trabajadores de la misma categoría que ostentan la condición de funcionarios. En este punto, el pronunciamiento no se aparta de la doctrina jurisprudencial reiterada que señala que las diferencias retributivas pueden venir justificadas por el diverso régimen jurídico de los funcionarios y el personal laboral. En cambio, en la **STSJ de Cataluña de 21 de abril de 2005**, I.L. J 1575, se estima el reconocimiento del derecho a determinadas ayudas de acción social para el personal laboral indefinido, entendiéndose que en el caso en concreto, su reconocimiento exclusivo al personal funcionario y al laboral fijo y al personal que percibiera sus emolumentos de conformidad con lo previsto en el capítulo I del INE, excluyendo al personal contratado con cargo a inversiones en la Administración pública, no constituía un elemento objetivo y razonable de diferenciación.

B) Contratación laboral: Irregularidades en la contratación laboral

En relación con la figura jurisprudencial del contrato indefinido pero no fijo de plantilla deben mencionarse de entrada, las **SSTSJ de Canarias (Las Palmas) de 5 y de 11 de mayo de 2005**, I.L. J 1526 y 1528, donde se declara este efecto ante la utilización fraudulenta de determinadas modalidades de contratación temporal por una Administración pública.

Más específicamente en punto al cese de este tipo de relación, la **STSJ de Galicia de 28 de abril de 2005**, I.L. J 1386, ha considerado nula la extinción por amortización de la plaza al estimar que realmente el cese de la trabajadora vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de indemnidad.

En otro orden de cosas, cabe reseñar nuevamente en este período algún pronunciamiento sobre el cese de trabajadores interinos por cobertura de las vacantes en la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos. En concreto, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 28 de abril de 2005**, I.L. J 1287, se ocupa de determinar que una vez producida la transformación de la naturaleza jurídica de la entidad empresarial no puede aplicarse la doctrina de los efectos de las contrataciones irregulares en la Administración pública. De este modo, la cobertura de vacantes no puede determinar el cese de trabajadores fijos de plantilla.

IV. Modalidades de Contratación

Finalmente la STSJ de Aragón de 24 de mayo de 2005, I.L. J 1394, establece la imposibilidad de acceder a una excedencia voluntaria para los trabajadores indefinidos, no fijos de plantilla, porque esta excedencia da un derecho preferente al reingreso en vacantes de la empresa de igual o similar categoría. Entiende la sentencia que “de aplicarse esta institución a los trabajadores indefinidos se rompería la vinculación entre el trabajador indefinido y la concreta plaza que se ocupa, pues el reingreso no tendría por qué producirse en la misma plaza que ocupaba antes, sino en cualquier otra vacante de la empresa de igual o similar categoría, lo que supondría mutar la naturaleza del vínculo del trabajador”.

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

MARÍA AMPARO GARCÍA RUBIO

LUIS ENRIQUE NORES TORRES

MERCEDES LÓPEZ BALAGUER

MARÍA AMPARO ESTEVE SEGARRA

V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Salario. A) Definición y composición de la estructura salarial.

a) Plus de antigüedad. Cómputo de los períodos correspondientes a los servicios prestados con anterioridad, aun cuando haya mediado una interrupción superior a veinte días hábiles.

b) Plus de rendimiento. Carácter no consolidable. Su percepción no queda garantizada por la cautela prevista en el artículo 39.3 del Estatuto de los Trabajadores para los supuestos de movilidad funcional descendente. c) Plus de conservación del vestuario. La denominación conferida por las partes no determina la naturaleza jurídica del complemento. d) Retribución efectivamente percibida superior, en cómputo global, a la prevista en convenio colectivo de aplicación. No cabe la técnica del espiguelo, aplicando lo más favorable de cada uno de los marcos normativos. B) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación.

a) Igualdad ante la ley y prohibición de discriminación. No viola el principio de igualdad la práctica empresarial y el acuerdo en convenio colectivo de abonar mayor número de pagas a los trabajadores ingresados en la empresa antes de 1986. b) Fondo de Garantía Salarial.

a') El reconocimiento privado de la deuda por el empresario no perjudica al FOGASA. La estimación de la excepción de prescripción opuesta por el FOGASA no impide, en su caso, la condena a la empresa demandada. b') Responsabilidad directa: procede. Expediente de regulación de empleo que afecta a la totalidad de la plantilla de la empresa, compuesta por más de cinco trabajadores: reconstrucción de la misma por los trabajadores afectados al objeto de evitar su expulsión del mercado de trabajo. **2. Jornada de trabajo.** A) Calendario laboral.

B) Descansos. a) El tiempo de descanso que transcurre entre la jornada de mañana y la de tarde no tiene la consideración de tiempo efectivo de trabajo. b) Disponibilidad de los días de descanso fijados en el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores. C) Horas extraordinarias. a) Retribución y compensación. El artículo 35.1 del ET no es disponible mediante la negociación colectiva. b) Prueba. Corresponde al trabajador día a día y hora a hora. D) Tiempo de bocadillo. a) Constituye tiempo efectivo de trabajo sólo si así se pacta en ne-

gociación colectiva, contrato de trabajo o se contractualiza por la vía de la condición más beneficiosa. **3. Clasificación profesional.** A) Clasificación profesional objetiva: determinación negocial, no judicial ni unilateral. B) Proceso de clasificación profesional: objeto y recurso de suplicación. ENDESA y Ministerio de Defensa. C) Plazo de ejercicio de la acción impugnando la movilidad funcional. **4. Movilidad funcional.** A) Movilidad ascendente. a) Concurrencia del supuesto legal. b) Garantías del trabajador: retribuciones por realización de funciones de superior categoría. a') Naturaleza estatutaria del vínculo contractual y requisitos para acceder a la retribución superior. b') Diferenciación de esta garantía y de la consolidación de complementos salariales. c') Movilidad funcional, órdenes emanadas de órgano incompetente y realización de funciones de superior categoría. **5. Movilidad geográfica.** A) Despido improcedente. Readmisión. Traslado del trabajador. Extinción del contrato de trabajo e indemnización. B) Movilidad de centro de trabajo. Denegación a la trabajadora basada en necesidad de ser un hombre el que cubra el puesto. Discriminación por razón de sexo. **6. Modificación sustancial de condiciones de trabajo.** A) Conflicto colectivo. Estimación. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Ayuda alimentaria y plus de transporte. El concepto de remuneración es más que el de salario ex artículo 26.1 ET. B) Rescisión contractual indemnizada (artículo 41.3.2 ET). Desestimación. Falta de acreditación. C) Conflicto colectivo. Modificación sustancial de condiciones de trabajo (jornada sistema retributivo). No consta la existencia de causa acreditada. D) Calendario laboral. Fijación por la empresa de los días de descanso compensatorio. Modificación de las condiciones de trabajo. Nulidad. No se siguen los trámites del artículo 41 del ET. Condición más beneficiosa y poder de dirección. E) Subrogación empresarial. Empresa de limpieza. Desempeño de funciones de inferior categoría. Deber del empresario de reponer a la demandante en el desempeño de funciones propias de su categoría. Modificación de las condiciones de trabajo no comunicadas al actor. Caducidad. Prescripción. F) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo: Modificación de jornada de días festivos: Incumplimiento de los trámites legales. Proceso ordinario. Nulidad de la modificación. G) Rescisión contractual indemnizada. Estimación. Modificación sustancial del trabajo en perjuicio de la formación profesional. Salario computable. Reducción ilícita. H) Conflicto Colectivo. Desestimación. Modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter objetivo. Inexistencia. Regulación de horario flexible y no reglado. I) Mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Contenido. Determinado por el pacto

V. Dinámica de la Relación Laboral

o acuerdo que las constituyen. Modificación sustancial de las condiciones colectivas pactadas. Desestimación. Unificación de complementos salariales no pensionables.

J) Conflicto colectivo. Imposición de la empresa a determinados trabajadores de trabajar domingos, festivos y puentes. No es modificación sustancial ya que la empresa actúa dentro de lo acordado en convenio. **7. Excedencias.** A) Excedencia por razón de matrimonio: condición más beneficiosa. B) Excedencias por cuidado de hijo y expediente de regulación de empleo: derecho a la indemnización. C) Excedencias: baja incentivada. Expediente de regulación de empleo. D) Excedencia voluntaria: contrato indefinido no fijo. E) Excedencia por cuidado de hijos. Reingreso. Modificación de condiciones laborales. Conducta sancionable.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 9 a 12 de 2006 de la Revista de Información Laboral-Jurisprudencia (marginales I.L. J 1108 a 1639).

1. SALARIO

A) Definición y composición de la estructura salarial

a) Plus de antigüedad. Cómputo de los períodos correspondientes a los servicios prestados con anterioridad, aun cuando haya mediado una interrupción superior a veinte días hábiles

De acuerdo a la actual redacción del artículo 25 del Estatuto de los Trabajadores: “El trabajador, en función del trabajo desarrollado, podrá tener derecho a una promoción económica en los términos fijados en convenio colectivo o contrato individual”. Ciertamente, tras la reforma operada en el año 1994, el legislador no reconoce el derecho a la promoción económica a todos los trabajadores, sino que se remite al respecto a lo previsto en el convenio colectivo o en el contrato de trabajo. En consecuencia, será la autonomía colectiva o en su defecto, la individual, la que determine si existe o no el complemento de antigüedad y, en caso afirmativo, la que concrete en qué términos y en qué cuantía se tendrá derecho al mismo.

En el supuesto de que se haya previsto un plus en función del tiempo de permanencia en la empresa, se pueden suscitar dudas con respecto a qué períodos se han de entender

computables en el cálculo de este complemento personal. Uno de los problemas se plantea cuando el trabajador ha estado vinculado a la empresa a través de diferentes contratos que se han ido encadenando a lo largo del tiempo. Para computar la antigüedad del trabajador, ¿ha de incluirse únicamente el tiempo transcurrido desde el último contrato firmado, o se han de tomar en consideración también los períodos anteriores aun cuando obedezcan a contratos distintos, ya extinguidos?

El Tribunal Supremo venía aplicando a estos supuestos la doctrina jurisprudencial elaborada para aquellos casos en los que el demandante, ante la extinción del último de los contratos de toda una sucesión contractual, alegaba la irregularidad de un contrato previo al recientemente extinguido. De acuerdo a esta doctrina, los contratos temporales que se suceden en el tiempo se conciben como eslabones de una misma cadena contractual, por lo que es perfectamente posible examinar cada una de las partes de un todo. No obstante esta regla, el Tribunal Supremo ha previsto una excepción en virtud de la cual no cabe el examen de aquellos contratos anteriores a una interrupción superior al plazo de caducidad de la acción de despido. En el momento en el que medie un lapso de tiempo entre contrato y contrato superior a veinte días hábiles, la cadena contractual se rompe y, en consecuencia, tan sólo cabe el análisis de los contratos que se hayan sucedido con posterioridad a esta interrupción.

Esta doctrina era acogida por el Tribunal Supremo para dar respuesta a aquellos supuestos en los que se cuestionaba si los contratos anteriores podían ser computados en el cálculo de un complemento de antigüedad. La aplicación de esta doctrina tenía una consecuencia clara: se consideraba que sí debían computarse los contratos que se hubieran sucedido en el tiempo, mientras no hubiera mediado entre ellos el período previsto para accionar por despido. En caso contrario, quedarían fuera del cómputo los contratos que se hubiesen extinguido con anterioridad a esa interrupción.

Hasta hace un año ésta era la tesis sostenida por el Supremo. Sin embargo, con las Sentencias de 11, 16 y 23 de mayo de 2005 se produjo un importante cambio de criterio, a raíz del cual el Tribunal Supremo entiende que esta doctrina no puede ser aplicada para calcular un plus de antigüedad. Ciertamente estamos ante problemas diferentes: Una cosa es que no se pueda examinar la irregularidad de un contrato anterior a una interrupción superior al plazo de caducidad por despido y otra, muy distinta, que no se pueda computar el período correspondiente a ese contrato para perfeccionar un bienio, un trienio, (...)

La **STS de 7 de julio de 2005**, I.L.J 1112, analiza precisamente la viabilidad de la reclamación de un plus de antigüedad por parte de una trabajadora que había prestado servicios para Correos y Telégrafos en diferentes períodos de tiempo; siendo de destacar que, entre dichos períodos, habían mediado interrupciones a veces superiores a los veinte días hábiles.

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia que estimaba la pretensión de la actora, recurrió la empresa en casación para unificación de doctrina, ofreciendo como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Supremo el 28 de octubre de 2003, en la que

V. Dinámica de la Relación Laboral

se sostenía la tesis inicial, anteriormente expuesta, en virtud de la cual las interrupciones superiores a veinte días impedían el perfeccionamiento de los trienios.

Resuelve esta cuestión el Supremo ratificándose en el cambio de criterio, entendiendo que con el complemento de antigüedad “se compensa la adscripción de un trabajador a la empresa o la experiencia adquirida durante el tiempo de servicios” y que tales circunstancias “no se modifican por el hecho de haber existido interrupciones más o menos largas en el servicio al mismo empleador” (FJ 2º).

Ahora bien, el que esta tesis no sea de aplicación no implica que, necesariamente, los contratos anteriores hayan de ser computados. Habrá que estar a lo que al respecto haya sido previsto en el convenio colectivo. El plus de antigüedad es un complemento de clara configuración convencional (ya adelantábamos que el legislador se había replegado a este respecto). Por lo expuesto, será el convenio colectivo el que determine cómo se ha de computar la antigüedad en aras a devengar los correspondientes bienios, trienios, (...) y el que defina cuál es el efecto que podrá tener la sucesión contractual y las posibles interrupciones entre contrato y contrato.

En el proceso objeto del presente comentario, el convenio colectivo no dejaba lugar a dudas; reconocía el tiempo de servicios prestado con anterioridad, con independencia del plazo que hubiera mediado entre la finalización de un contrato y la suscripción del siguiente. En concreto, señalaba: “previa solicitud del interesado, se reconocerán los servicios prestados con anterioridad en Correos y Telégrafos, a efectos de trienios, al personal fijo con independencia de la naturaleza contractual de los mismos (...)”. Por lo expuesto, el Supremo procede a desestimar el recurso de duplicación interpuesto por la empresa.

b) Plus de rendimiento. Carácter no consolidable. Su percepción no queda garantizada por la cautela prevista en el artículo 39.3 del Estatuto de los Trabajadores para los supuestos de movilidad funcional descendente

De acuerdo a lo previsto en el artículo 39.3 del Estatuto de los Trabajadores, en los supuestos de movilidad funcional descendente el trabajador mantiene el derecho a la retribución de origen. Esta garantía retributiva ha sido interpretada por la jurisprudencia en el sentido de que la misma no implica la consolidación de los complementos de puesto de trabajo, abarcando únicamente aquellos derechos que de manera estable definen el status profesional del trabajador en la empresa y que se corresponden con su categoría profesional y con sus condiciones personales.

La cuestión planteada versa sobre el derecho de un trabajador a mantener un plus de rendimiento aun cuando haya pasado a desempeñar funciones diferentes. En este caso, el trabajador prestaba servicios como supervisor de una determinada línea de producción, percibiendo por ello una prima por rendimiento en función del resultado. La empresa decidió modificarle las funciones, destinándole a un puesto de trabajo de producción directa, con lo que le relegaba de sus funciones de encargado. A partir de entonces el trabajador dejó de percibir aquella prima y pasó a cobrar la correspondiente a un miembro de la línea de producción.

El trabajador demandó a la empresa en reclamación de derecho y cantidad ya que, en su opinión, el complemento que percibía con anterioridad al cambio de funciones, se trataba de un complemento personal, que se devengaba al margen del rendimiento y que, en consecuencia, debía ser respetado.

La STSJ de Cataluña de 18 de marzo de 2005, I.L. J 1267, desestima el recurso de suplicación y confirma la sentencia de instancia, al considerar que el plus de rendimiento que percibía el trabajador debía ser calificado como un complemento de puesto de trabajo y no como un complemento personal, ajeno al rendimiento: “la cantidad variaba mensualmente, según las hojas salariales, en función de una serie de circunstancias, lo que permite concluir que no era propiamente un complemento desgajado del rendimiento, sino que se trata de una prima por incentivos, en función de la producción”.

En consecuencia, y de acuerdo a lo previsto en el artículo 26.3 del Estatuto de los Trabajadores, los complementos vinculados al puesto de trabajo no tienen carácter consolidable; quedando su devengo condicionado al desarrollo de las actividades que son causa de su percepción. Si con motivo del cambio de funciones, el trabajador dejara de desempeñar funciones de supervisión, no tendría derecho al plus de rendimiento vinculado al puesto de encargado.

c) Plus de conservación del vestuario. La denominación conferida por las partes no determina la naturaleza jurídica del complemento

La STSJ del País Vasco de 3 de mayo de 2005, I.L. J 1410, dirime un conflicto colectivo en el que los trabajadores solicitan el reconocimiento de la naturaleza salarial de una determinada cantidad abonada por la empresa. Los trabajadores afectados por el presente conflicto colectivo conforman la plantilla que ejerce los trabajos de jardinería en los parques y jardines del municipio de Lasarte-Oria. Para llevar a cabo tales funciones la nueva empresa adjudicataria del servicio había puesto a disposición de los empleados diversas prendas de trabajo: Un uniforme, unas botas de agua, unos guantes, un casco, ... Además, mensualmente les abonaba un plus denominado: plus de conservación de vestuario.

De acuerdo a lo previsto en el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores, los suplidos por los gastos realizados como consecuencia de la actividad laboral tienen naturaleza extrasalarial. El complemento analizado (plus de conservación de vestuario) responde, en su denominación, a este carácter indemnizatorio. Ahora bien, la naturaleza salarial o extrasalarial de una determinada cuantía no puede depender del nombre dado por las partes. Y lo que había ocurrido en el supuesto planteado había sido lo siguiente: La empresa abonaba a los trabajadores la retribución mensual a través de un único concepto: el salario base. Con posterioridad, y con el único objeto de ajustarse a la estructura salarial del convenio colectivo, decidió desglosar el importe del salario base en varias partidas. Una de éstas fue, cabalmente, el plus de conservación de vestuario. Como es obvio, este acomodo meramente formal en nada varía la naturaleza originaria de este importe, por lo que el Superior de Justicia reconoce la naturaleza salarial al complemento cuestionado, si

V. Dinámica de la Relación Laboral

bien “no con carácter general, sino dentro de la empresa en razón de sus particularidades específicas”.

d) Retribución efectivamente percibida superior, en cómputo global, a la prevista en convenio colectivo de aplicación. No cabe la técnica del espiguelo, aplicando lo más favorable de cada uno de los marcos normativos

En el supuesto analizado, una trabajadora había sido contratada como consultora de ventas de la empresa Lanier España SA. En el contrato de trabajo, que había sido suscrito en Barcelona, las partes pactaron que la relación se regularía por la legislación vigente y por el convenio colectivo de comercio del metal de Madrid. De acuerdo a lo expuesto, la trabajadora percibía parte de su retribución en concepto de comisiones y complemento personal. No obstante, una vez extinguido su contrato de trabajo, la trabajadora reclamó a la empresa determinadas diferencias salariales, entendiendo que el convenio que le era de aplicación no era el de Barcelona sino el de Madrid.

La STSJ de Cataluña de 10 de marzo de 2005, I.L. J 1456, resuelve esta cuestión. El Tribunal Superior de Justicia entiende en este caso que, aun cuando el convenio colectivo de aplicación fuera el convenio de Barcelona, la retribución efectivamente percibida por la trabajadora superaba el nivel salarial mínimo previsto en el mismo para la categoría profesional de consultor de ventas. La retribución prevista en un convenio colectivo supone un mínimo indisponible que ha de ser necesariamente respetado. Y es indudable que, por acuerdo individual, se pueden establecer retribuciones superiores a las determinadas convencionalmente. Pero en estos supuestos, el salario se determinará conforme a las reglas del convenio o conforme al pacto individual. Lo que no cabe es aplicar una técnica “de espiguelo”, exigiendo la aplicación de lo más favorable de cada uno de los marcos normativos que pudieran regular una concreta relación laboral.

B) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación

a) Igualdad ante la ley y prohibición de discriminación. No viola el principio de igualdad la práctica empresarial y el acuerdo en convenio colectivo de abonar mayor número de pagas a los trabajadores ingresados en la empresa antes de 1986

La cuestión sometida a debate es si determinada práctica empresarial de “Caixa d’Estalvis del Penedés”, mantenida durante varios años y el posterior Acuerdo colectivo de 16 de septiembre de 1990 vulneran los principios constitucionales de no discriminación y de igualdad en lo referente a aspectos retributivos del personal.

En virtud de dicha práctica empresarial se vino reconociendo a los trabajadores del grupo administrativo unas retribuciones por encima de las establecidas en la normativa general que en mayo de 1996 alcanzaban, en términos cuantitativos, 23 pagas y media anuales, cuando el Convenio Colectivo de las Cajas de Ahorro establecía 18 pagas y media anuales. En virtud de este acuerdo empresarial de mayo de 1986 al personal de nueva contratación (fijo o temporal) se aplicó el sistema retributivo del Convenio, en tanto que el contratado

anteriormente se le consolidaron las retribuciones anteriores (23,5 pagas), pertenecieran o no al grupo profesional administrativo.

Posteriormente, el 16 de septiembre de 1990, mediante Acuerdo entre empresa y sindicatos se estableció, por un lado, para el personal contratado después de mayo de 1986 el reconocimiento de una retribución de media paga, además de las 18,5 pagas establecidas en Convenio, y, por otro lado, para el personal contratado antes de dicha fecha, la consolidación de las 23,5 pagas reconocida previamente en virtud de concesiones empresariales generales habidas a partir de 5 de julio de 1972.

La **STS de 7 de julio de 2005**, I.L. J 1425, considera conforme al principio de igualdad salarial la referida práctica argumentando que dicha medida responde a una serie de sucesivas concesiones empresariales de carácter retributivo que se consolidaron en el haber del personal afectado en concepto de condiciones más beneficiosas y, que tal actuación empresarial no es reprochable desde el punto de vista legal o constitucional, pues deriva de una decisión autónoma, adoptada en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa en el que puede libremente disponer la retribución del trabajador respetando los mínimos legales o convencionales, como así ocurre. Añade el Tribunal Supremo que el Acuerdo de 1990 no podía ni desconocer la existencia de tales mejoras retributivas ni tampoco suprimirlas. En definitiva, no se aprecia razón suficiente para que, advertido el origen de tales mejoras, debieran ser atribuidas también a aquellos trabajadores que accedieron a la empresa con posterioridad al acaecimiento de los hechos o circunstancias que habían motivado su concesión.

b) Fondo de Garantía Salarial

a') El reconocimiento privado de la deuda por el empresario no perjudica al FOGASA. La estimación de la excepción de prescripción opuesta por el FOGASA no impide, en su caso, la condena a la empresa demandada

En **STSJ de Navarra de 21 de abril de 2005**, I.L. J 1391, se resume la doctrina jurisprudencial relativa a la posición que ocupa y a las facultades que se le reconocen al FOGASA en los supuestos en que dicha institución de garantía es citada vía artículo 23.2 LPL.

En ella se señala concretamente que el reconocimiento privado de la deuda por el empresario no puede perjudicar al FOGASA teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 1975 del Código Civil, en donde se señala que “la interrupción de la prescripción contra el deudor principal por reclamación judicial de la deuda surte efecto también contra el fiador, pero no perjudicará a éste la que se produzca por reclamaciones extrajudiciales del acreedor o reconocimientos privados del deudor”. Asimismo se indica que la estimación de la excepción de prescripción opuesta por el FOGASA no puede extenderse a la empresa demandada; en este sentido se concreta que si es el Fondo el único que alega la excepción al amparo del artículo 1973 del Código Civil y ésta es acogida, habrá de emitirse un pro-

V. Dinámica de la Relación Laboral

nunciamiento declarativo para hacer constar que respecto de la institución de garantía la deuda está prescrita, aunque, en su caso, se condene a la empresa, o bien porque opte por no alegar o renunciar a la prescripción, o bien porque no esté presente en el juicio, y que procederá análogo pronunciamiento cuando el FOGASA alegue la prescripción por alguna de las causas previstas en el artículo 1975 del Código Civil y se estime por el órgano judicial, lo que no impedirá, en su caso, la condena de la empresa.

b') **Responsabilidad directa:** procede. Expediente de regulación de empleo que afecta a la totalidad de la plantilla de la empresa, compuesta por más de cinco trabajadores: reconstrucción de la misma por los trabajadores afectados al objeto de evitar su expulsión del mercado de trabajo

En STSJ de Cataluña de 30 de marzo de 2005, I.L. J 1331, se analiza la doctrina jurisprudencial sobre la sucesión de empresa regulada en el artículo 44 ET para concluir que en aquellos supuestos en que no ha existido una verdadera “transmisión” de la empresa sino una “reconstrucción” de la misma por parte de los trabajadores cuyos contratos de trabajo se extinguieron por ERE autorizado por la autoridad laboral –en el caso, los mismos trabajadores excepto uno, junto con otra persona ajena a la empresa– y al objeto de evitar su expulsión del mercado de trabajo, responde el FOGASA del 40% de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se extinguió, en los términos previstos en el artículo 33.8 ET.

2. JORNADA DE TRABAJO

A) Calendario laboral

Nulidad al contemplar modificación de los días de descanso compensatorio sin observar los trámites del artículo 41 del ET.

Las facultades de organización y dirección empresarial en orden a la elaboración del calendario anual tienen como límite el respeto a los derechos contractualizados por los trabajadores por la vía de la condición más beneficiosa.

En esta línea se pronuncia la STS de 16 de junio de 2005, I.L. J 1375. En la misma se anula el calendario laboral de una empresa que fija de forma unilateral los días de descanso compensatorio anual por exceso de jornada, contraviniendo el uso existente en la empresa durante los últimos 14 años consistente en la elección por los trabajadores del tiempo de descanso por exceso de jornada siempre que la organización del servicio lo permitiera.

Arguye la Sala de lo Social del TS la existencia de una condición más beneficiosa, cuya alteración debe seguir los trámites procedimentales previstos en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.

No se trata de una línea jurisprudencial novedosa. Existen pronunciamientos anteriores de la Sala de lo Social del TS como lo es la Sentencia de 21 de abril de 2005 (recurso 34/2004) en la que igualmente se anula un calendario laboral que contiene una modificación de horario sin seguir los trámites del artículo 41. Ello no obstante, conviene precisar que en ese supuesto, la alteración del horario implicaba un aumento de jornada anual que en el supuesto que comentamos no concurre.

B) Descansos

a) El tiempo de descanso que transcurre entre la jornada de mañana y la de tarde no tiene la consideración de tiempo efectivo de trabajo

La STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de abril de 2005, I.L. J 1299, analiza la reclamación planteada por el colectivo de vigilantes de obra de la Diputación Provincial de Ciudad Real interesando que se compute como tiempo efectivo de trabajo el descanso de la comida que transcurre entre las 13:00 y las 14:30 horas.

El conflicto nace de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, que obliga a estos trabajadores a comer fuera de sus domicilios, percibiendo la dieta correspondiente.

Como era de esperar, la Sala desestima la pretensión recordando que el artículo 34.5 del Estatuto de los Trabajadores computa como tiempo efectivo de modo que el trabajador tanto al inicio como al finalizar el mismo se encuentre en su puesto de trabajo.

Fuera de esta regla general, tan sólo si se encuentra previsto en la negociación colectiva, ciertos descansos (como el tiempo del bocadillo) podrán tener la consideración de tiempo efectivo de trabajo.

b) Disponibilidad de los días de descanso fijados en el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores

El artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto al régimen de descansos se refiere, tiene un contenido de derecho necesario absoluto y otro de derecho necesario relativo, y por tanto disponible por la negociación colectiva.

Dentro del primer grupo nos encontraríamos con el descanso mínimo semanal que deben disfrutar todos los trabajadores, aun de forma acumulada por períodos de hasta catorce días. Se trataría ésta de una prevención de *ius cogens* toda vez que el descanso semanal se relaciona directamente con los efectos de la fatiga sobre la salud y seguridad de los trabajadores.

Sin embargo, no se encuentra obstáculo para que la regla general por la que citado descanso deba coincidir con el sábado o el domingo puede ser alterada por la negociación

V. Dinámica de la Relación Laboral

colectiva, dentro del pacto global y equilibrio de derechos que supone toda negociación colectiva.

En este sentido se pronuncia la **STSJ de Cataluña de fecha 3 de marzo de 2005**, I.L. J 1452, la cual nos recuerda además que la implantación del descanso semanal en días distintos al sábado o domingo puede imponerse en la negociación colectiva aun cuando en convenios anteriores se viniera estableciendo de forma coincidente con el fin de semana, dado el principio de regresividad del convenio colectivo recogido en el artículo 82.4 del Estatuto de los Trabajadores. Concluye la persistencia del derecho de los trabajadores a disfrutar de los días de descanso por exceso de jornada previstos en la norma colectiva, aun cuando ese exceso de jornada no se haya realizado a causa de una modificación de horario realizada de forma unilateral del empresario, vulnerando lo regulado en convenio colectivo.

C) Horas extraordinarias

a) Retribución y compensación. El artículo 35.1 del ET no es disponible mediante la negociación colectiva

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 30 de mayo de 2005, I.L. J 1067.

Esta línea doctrinal se consolida y mantiene en la **STS de 4 de julio de 2005**, I.L. J 1193, la que tras analizar la evolución legislativa del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores, justifica el cambio de postura de la Sala de lo Social del TS sobre esta materia.

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 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:

“(…) Los términos en que actualmente se produce el artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores, al establecer que ‘en ningún caso’ el valor de la hora extraordinaria podrá ser inferior al de la hora ordinaria, hacen que, pese a lo dispuesto en el artículo 37.1 de la Constitución Española y en los artículos 82 y 85 del Estatuto de los Trabajadores, el Convenio Colectivo no pueda primar por encima de lo que establece la norma legal y ello, en razón a lo previsto en los artículos 3.1.a) y b) y 5 de la citada norma estatutaria”.

b) Prueba. Corresponde al trabajador día a día y hora a hora

Afirma la STSJ de Andalucía (Málaga) de 31 de marzo de 2005, I.L. J 1218, que ha de exigirse al trabajador cumplida prueba de la realización de horas extraordinarias, hora a hora y día a día, siendo al reclamante al que incumbe la carga de la prueba.

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

V. Dinámica de la Relación Laboral

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 criterio 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.

Ejemplos de esta postura se contienen 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 un 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.

D) Tiempo de bocadillo

a) Constituye tiempo efectivo de trabajo sólo si así se pacta en negociación colectiva, contrato de trabajo o se contractualiza por la vía de la condición más beneficiosa

La pausa de quince minutos reconocida a los trabajadores en jornadas continuadas de más de seis horas (artículo 34.4 del E.T) sólo se considera tiempo de trabajo efectivo si así lo dispone el convenio colectivo o se pacta expresamente con la empresa.

En este sentido se pronuncia la STSJ de Madrid de 25 de abril de 2005, I.L. J 1468, que desestima la petición de un colectivo de trabajadores que interesaban la reducción de la jornada de los viernes en veinte minutos, por computar como tiempo efectivo de trabajo el tiempo de bocadillo.

Además de desestimar la pretensión de que citado tiempo de bocadillo se considere tiempo de trabajo efectivo, por no venir así contemplado en el convenio colectivo ni en contrato de trabajo, recuerda la Sala de Madrid la doctrina contenida en la Sentencia del TS de 6 de marzo de 2000 referente a que la pausa laboral del bocadillo debe necesariamente disfrutarse en algún momento intermedio de la jornada como corresponde a su naturaleza de interrupción de la actividad, pero no al comienzo o al principio de aquella pues en tal caso no se trataría ya de un descanso sino de una simple reducción de jornada.

Diferente es la respuesta que sobre la misma cuestión otorga la STSJ del País Vasco de 3 de mayo de 2005, I.L. J 409, que admite el uso o costumbre como fuente generadora del derecho a que se compute el tiempo de descanso como tiempo efectivo de trabajo.

En este caso, el convenio colectivo reconoce 15 minutos de tiempo de bocadillo que se computa como tiempo efectivo de trabajo. Los trabajadores disfrutaban de 30 minutos, y

esta diferencia de 15 minutos entre lo reconocido convencionalmente y lo realmente disfrutado es lo que se demanda como tiempo efectivo de trabajo.

Para la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco por la vía del uso se contractualiza y nace una condición más beneficiosa que avala la petición de los trabajadores reclamantes.

3. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

A) Clasificación profesional objetiva: determinación negocial, no judicial ni unilateral

Clasificación profesional es, entre otras cosas, un sistema de clasificación profesional. Un conjunto o cuadro objetivo de categorías y/o grupos profesionales –o conceptos análogos– en la organización de la empresa. Un sistema objetivo, predeterminado, colectivamente acordado, de determinación de las funciones correspondientes a las distintas prestaciones de trabajo que pueden existir en el ámbito de acuerdo. Así cada categoría o grupo profesional queda delimitado objetivamente por el contenido material de la prestación laboral exigible a quien la ostenta.

Las funciones de los trabajadores varían, como es natural, según los sectores productivos y actividad de la empresa. De ahí que la negociación colectiva constituya el mecanismo idóneo para el establecimiento del sistema de clasificación profesional, ajustándose así a las necesidades de las empresas del sector (STC 3/1983, de 25 de enero). Idoneidad reconocida por el artículo 22.1 ET al atribuir a la misma, “o en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores” el establecimiento del sistema de clasificación profesional de los trabajadores, por medio de categorías o grupos profesionales”. Y amparada judicialmente, entre otras, por STSJ de Andalucía (Granada), de 25 de noviembre de 2003, I.L. J 2493, afirmando que tanto la definición de una nueva categoría profesional como el distinto encuadramiento de unos determinados trabajadores precisa de la negociación colectiva, no compete a los tribunales puesto que, de posibilitar a los mismos la alteración de los distintos grupos o categorías profesionales en el ámbito del Convenio, se les atribuiría una función normativa que no les es propia. Precepto, artículo 22.1 ET, del que igualmente se desprende la preferencia legal por la negociación colectiva sectorial, deduciéndose a su vez del artículo 84 ET la preferencia, dentro de ésta, por la negociación colectiva de ámbito superior.

No obstante, en determinados sectores, paradigmáticamente el ferroviario, el sistema de clasificación profesional se fija en una especie de manuales elaborados unilateralmente por la dirección de la empresa pero que en realidad son más bien refundiciones de reglamentaciones propias de ese sector, no tienen carácter autónomo. De ahí que, cuando estos manuales, como el manual de calificación de puestos de trabajo existente en la empresa “Panrico SA”, sean confeccionados unilateralmente por la empresa sin estar prevista su utilización en convenio colectivo ni haber sido consensuada con la representación de los trabajadores, no sea judicialmente exigible su utilización como pauta interpretativa ante

V. Dinámica de la Relación Laboral

posibles reclamaciones ni determinante a efectos de despejar dudas interpretativas del sistema de clasificación profesional regulado en el convenio colectivo de aplicación. Doctrina esta recogida en la STSJ de Cataluña de 15 de abril de 2005, I.L. J 1513 (recurso núm. 388/2005).

B) Proceso de clasificación profesional: objeto y recurso de suplicación. ENDESA y Ministerio de Defensa

La modalidad procesal especial de clasificación profesional no admite recurso de suplicación. Sin embargo, esta materia puede acceder a las Salas de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, en función del contenido de la pretensión lo que determinará su calificación. Delimitar la pretensión y compararla con el objeto de la modalidad procesal de clasificación profesional es, en consecuencia, determinante a los efectos de elección de la vía procesal a seguir y consiguiente posibilidad de recurso. Así, transitarán a través de esta modalidad procesal de clasificación profesional las reclamaciones relativas al reconocimiento de una determinada categoría profesional o clasificación profesional en general del trabajador, pretensión que parte de la divergencia entre el encuadramiento profesional del trabajador y sus funciones (STS de 30 de diciembre de 1998). La normativa procesal y sustantiva –artículo 39.4 ET–, permite acumular o no la pretensión económica por diferencias salariales a la de clasificación profesional, acción principal frente a la primera que debe considerarse como subordinada (STS de 2 de diciembre de 1999).

Pero, siguiendo la estela marcada por la STS de 2 de diciembre de 2002, u.d., I.L. J 2584 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1153/2002) en la tarea de delimitar el objeto del proceso especial de clasificación profesional, las SSTS de 6 de octubre de 2003, I.L. J 1481 (recurso 6/2003), y de 18 de marzo de 2005, I.L. J 424 (recurso, u.d., núm. 2256/2004), reafirman el criterio del Alto Tribunal al manifestar que la modalidad procesal de clasificación profesional “debe utilizarse exclusivamente cuando la reclamación de categoría profesional esté fundada en el desempeño de actividades de categoría superior en la que son determinantes ‘los hechos y circunstancias del trabajo efectivamente desarrollado’, pero no cuando la clave de la decisión jurisdiccional se encuentra en la interpretación de preceptos”, incluidos los del convenio colectivo.

Es decir, no se seguirá esta modalidad procesal cuando la resolución judicial no “depende o al menos no depende ‘exclusivamente’ de los cometidos laborales realizados por la actora, sino que ha de tener en cuenta otras consideraciones ‘de derecho’ y no ‘de hecho’”, consideraciones que en los casos de autos se correspondían con el encaje de las antiguas categorías profesionales de los distintos convenios colectivos del personal laboral de las Administraciones Públicas en los grupos profesionales del Convenio colectivo único del personal laboral de la Administración General del Estado, caso primero, y con el proceso de homogeneización de las condiciones laborales de los trabajadores afectados por la fusión de ENHER con FECSA dando lugar a “Endesa distribución Electrica SL”, homogeneización efectuada por el I Convenio Marco de 25 de octubre de 2000, caso de la última de las sentencias citadas.

Consideraciones que se reproducen en las SSTS Sala Cuarta, de 27 de enero de 2004, I.L. J 185 (recurso, u.d., 1903/2003), de 9 y 28 de septiembre de 2004, I.L. J 1195 y J 1488

(recurso, u.d., 3802/2003 y 3631/2003) y de 25 de enero de 2005, I.L. J 53 (recurso u.d., 5515/2003), señalando como vía jurisdiccional adecuada la del proceso ordinario siendo en consecuencia la sentencia de instancia recurrible en suplicación. Fusión, I Convenio Marco del Grupo Endesa, se trate de trabajadores provenientes de la empresa “ERZ”, caso resuelto en la **STSJ de Aragón de 18 de mayo de 2005**, I.L. J 1397 (recurso 217/2005), o de la unión de ENHER con FECSA dando lugar a “Endesa Distribución Electrica SL”, origen de otras controversias de idéntica naturaleza, como la resuelta por la **STS de 5 de julio de 2005**, I.L. J 1249 (recurso, u.d., 2451/2004), que precisa la exclusión de la modalidad procesal de clasificación profesional afirmando que “no se comprenden en esta modalidad procesal las pretensiones (...) que cuestionan el alcance o la aplicación de normas más complejas relativas al proceso de homogeneización, encaje o unificación de categorías a partir de sistemas de clasificación profesional diferentes que regían con anterioridad”.

El personal del Ministerio de Defensa se muestra especialmente litigioso en lo que concierne a su clasificación profesional y movilidad funcional. Esta intensa conflictividad, que ha contribuido a perfilar los límites del proceso de clasificación profesional, no sólo es debida a la complejidad del establecimiento convencional de un sistema de clasificación profesional, apreciable en su máxima expresión en el Convenio Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado, aplicable a este personal, siendo exponentes de esta conflictividad la STSJ de Andalucía (Málaga) de 18 de septiembre de 2002, I.L. J 2979 (recurso de suplicación 1448/2002), que explicita el funcionamiento del antedicho sistema de clasificación profesional, y la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife), de 10 de enero de 2003, I.L. J 100 (recurso de suplicación 469/2002). También se debe, aunque estas cuestiones sean más comunes a otros colectivos, a la encomienda de funciones superiores y reclamación de los consiguientes derechos ex artículo 39 ET. Valga como muestra a estos otros efectos, la STSJ de Murcia de 12 de mayo de 2003, I.L. J 907 (recurso 521/2003) que conoce y estima la reclamación de las diferencias salariales efectuada por un auxiliar de mantenimiento del Ministerio de Defensa, adscrito al grupo profesional 6, pero que venía en realidad desempeñando las tareas propias del grupo profesional 4, entre otras: ocuparse del taller de cerrajería y carpintería metálica, talleres que no cuentan con otro trabajador, realizando tareas de forma autónoma y con total responsabilidad de forma exclusiva y habitual.

Ahondando en estas cuestiones, la **STS de 24 de mayo de 2005**, I.L. J 1223 (recurso, u.d., 1570/2004), considera la modalidad procesal ordinaria, lo que abre el acceso al recurso de suplicación, la adecuada para conocer la pretensión que no se sustenta sobre la base de realización de tareas de contenido diferente a las formalmente atribuidas sino, permaneciendo idénticas las funciones desempeñadas al amparo del anterior Convenio Colectivo, el del Personal Laboral del Ministerio de Defensa, en incluir “su actividad en un grupo profesional distinto del atribuido”. Esto es, se cuestiona la incardinación de las antiguas categorías profesionales del Convenio Colectivo específico, en el supuesto la de Técnico Operativo del Grupo Profesional 4, en las propias del Convenio Colectivo Único, en el caso a examen como Técnico de Actividades Técnicas, Mantenimiento y Oficios del Grupo Profesional 4.

C) Plazo de ejercicio de la acción impugnando la movilidad funcional

La citada STSJ de Aragón de 18 de mayo de 2005, I.L. J 1397 (recurso, u.d., 217/2005), sostiene la aplicación a la impugnación del nuevo encuadramiento profesional del trabajador del plazo de prescripción de un año recogido en el artículo 59.2 ET, afirmando su carácter de derecho/obligación de tracto único. Plazo cuyo *dies a quo* se abre desde que pudo ejercitarse la correspondiente acción, momento identificado con el nuevo encuadramiento profesional *ex convenio* rebatido o, “cuando menos, desde que la comisión técnica de clasificación profesional del grupo ‘Endesa’, en acta de 13 de febrero de 2001, ratificó las tablas de equivalencias”.

Centrándonos en la movilidad extraordinaria pero siguiendo con los plazos, la STSJ del País Vasco de 27 de noviembre de 2003 (I.L. J 2703), aplica la doctrina del TS señalando que la encomienda de funciones inferiores a las propias de la clasificación profesional del trabajador no podrá considerarse modificación sustancial de condiciones de trabajo a efectos procesales, de tramitación por la modalidad procesal del artículo 138 LPL y consiguiente sujeción al plazo de caducidad fijado en el mismo así como en el artículo 59.4 ET, y sustantivos cuando la decisión patronal no haya observado la forma del artículo 41 ET. En estos casos “la acción habrá de seguir el cauce del procedimiento ordinario, o el de conflicto colectivo si se ejercita acción de esta naturaleza y ni una ni otra estará sometida a plazo de caducidad”. Ahondando parcialmente en esta línea, la **STSJ de Baleares de 3 de junio de 2005**, I.L. J 1414 (recurso u.d., 217/2005) manifiesta que “no existiendo, pues, decisión empresarial modificativa de las condiciones laborales notificada a la trabajadora, el plazo de veinte días hábiles que los artículos 59.4 del ET y 138.1 de la LPL conceden para reaccionar contra ella carece de aplicación. El ejercicio por la trabajadora de la acción para que se la restaure en la integridad de su derecho, por tanto, no queda sometido a otra restricción temporal que el plazo de un año general de prescripción, que contempla el 59 del ET” (FJ 2º).

4. MOVILIDAD FUNCIONAL

A) Movilidad ascendente

a) Concurrencia del supuesto legal

Entre otros requisitos, para que concurra la figura de la encomienda de funciones superiores es necesaria “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). En contraposición, la realización de funciones propias de su encuadramiento formal no obsta por sí sola la apreciación del supuesto legal, de la movilidad funcional ascendente, no impide apreciar la realización de tareas propias de la categoría a cuya remuneración se aspira. En particular, nuestro TS alcanza esta última conclusión en su **STS de 22 de julio de 2005**, I.L. J 1616 (recurso, u.d.,

3337/2004) cuando se trata de “tareas de mera ejecución” correspondientes a un auxiliar cuando tal plaza no está provista, circunstancia esta muy presente en la realidad de nuestras relaciones laborales.

b) Garantías del trabajador: retribuciones por realización de funciones de superior categoría

a') Naturaleza estatutaria del vínculo contractual y requisitos para acceder a la retribución superior

La inclusión en el contrato de trabajo del personal laboral que presta sus servicios para un servicio autonómico de salud de una cláusula de remisión al RD-Ley 3/1987, ha de ser interpretada, tal y como hace la STS de 22 de diciembre de 2003 u.d., (I.L. J 2740), como una “garantía de homologación retributiva con el personal estatutario que desempeñe funciones de su categoría, pero no impide que, en caso de que se lleven a cabo las de otra de orden superior, se hayan de percibir las que se corresponden con la actividad, tal y como establece el repetido artículo 39.4 ET”. Precepto que, al igual que el resto del ET, resultará de aplicación por tratarse de relaciones laborales, no estatutarias. En sentido contrario, siguiendo el principio de legalidad tan presente en los pronunciamientos judiciales tratándose de funcionarios públicos, será de aplicación la normativa propia del personal estatutario a personal con vínculo contractual de esta naturaleza. Partiendo de este presupuesto, la **STSJ de Andalucía de 7 de abril de 2005**, I.L. J 1359 (recurso 176/2005) niega el derecho a las retribuciones superiores correspondientes al desempeño del puesto de administrativo a un celador cuando se incumple el requisito de esta normativa de contar para la realización de estas funciones con la designación o autorización del gerente del hospital, del distrito o del CRTS.

b') Diferenciación de esta garantía y de la consolidación de 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 a 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, I.L. J 2048 (recurso de suplicación 97/2004), o a la cobertura de la vacante superior (supuesto éste contemplado en la STSJ de Baleares de 11 de mayo de 2004, I.L. J 2050 (recurso de suplicación 167/2004), 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**, I.L. J 1267 (recurso suplicación 3721/2004) desestimando la pretensión del trabajador de

V. Dinámica de la Relación Laboral

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.

c') Movilidad funcional, órdenes emanadas de órgano incompetente y realización de funciones de superior categoría

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, I.L. J 665 (recurso, u.d., 6153/2003), 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 la STS de 8 de junio de 2005, I.L. J 1163 (recurso, u.d., 3623/2004), 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” (FJ 1º. 4 de esta última resolución judicial).

5. MOVILIDAD GEOGRÁFICA

A) Despido improcedente. Readmisión. Traslado del trabajador. Extinción del contrato de trabajo e indemnización

En el presente supuesto el trabajador fue despedido, e impugnada la decisión por sentencia se declaró el despido improcedente. Optada por la empresa la readmisión, acordó su traslado a Tarragona, cuando el lugar de trabajo lo era Tortosa. El trabajador no se reincorporó al centro de trabajo y éste instó demanda de extinción del contrato de trabajo que fue desestimada. La STSJ de Cataluña de 11 de abril de 2005, I.L. J 1572, con aplicación del artículo 40 ET, en cuanto otorga al trabajador la opción entre cumplir la orden u optar por la extinción con una indemnización de 20 días de salario por año de servicio. Por tanto

en aquel supuesto que el trabajador entienda legítima la orden del empresario y no se reincorpore, pues no tiene obligación de reincorporarse, percibirá la indemnización de 20 días de indemnización con resolución del contrato. Por la empresa en el recurso se planteó la cuestión de haberse ventilado un incidente de no readmisión irregular lo que es rechazado por la Sala destacando que es “ejercicio de una facultad de traslado que la ley otorga al empresario y ante la que el trabajador tiene la posibilidad de optar” por la indemnización que si no se abona voluntariamente se ha de ejercitar la acción ordinaria de reclamación de la señalada indemnización y por tal la sentencia de instancia es revocada.

B) Movilidad de centro de trabajo. Denegación a la trabajadora basada en necesidad de ser un hombre el que cubra el puesto. Discriminación por razón de sexo

La demandante interesó cubrir una vacante existente en la empresa lo que le fue denegado y ello por cuanto para la empresa resultaba necesario para los vestuarios masculinos y femeninos un hombre y mujer para cada turno para facilitar la limpieza de cada vestuario. La STSJ de Madrid de 16 de mayo de 2005, I.L. J 1589, examina la discriminación por razón de sexo y señala recogiendo la STC 198/1996, de 3 de diciembre, que “(...) la específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el artículo 14 CE comprende no sólo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno u otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo (SSTC 145/1991 y 14/1995). A su vez, dentro de la primera puede distinguirse entre discriminaciones abiertas y encubiertas. En estas últimas el sexo, pese a no ser la causa explícitamente alegada para establecer la diferencia de trato, constituye el móvil que realmente guió la actuación o el compartimiento empresarial, aunque aparezca formalmente revestida bajo una causa distinta. En las discriminaciones indirectas vedadas por el artículo 14 CE la medida que produce el efecto adverso ha de carecer de justificación, no fundándose en una exigencia objetiva e indispensable para el cumplimiento del trabajo o no ser idónea para el logro de tal fin (Sentencia del TJCE de 13 de mayo de 1986, asunto Bilka)”. En el presente supuesto la Sala entiende que la práctica que defiende la empresa entraña un trato desfavorable –indirecto– para la mujer, que tendrá menos posibilidades que los hombres de cambiar de centro de trabajo, dado que todas las instalaciones deportivas cuentan por igual con lugares reservados a hombres y mujeres, lo que carece de justificación objetiva.

6. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

A) Conflicto colectivo. Estimación. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Ayuda alimentaria y plus de transporte. El concepto de remuneración es más que el de salario ex artículo 26.1 ET

La STS de 27 de junio de 2005, I.L. J 1171, examina a través del proceso de conflicto colectivo la modificación colectiva por la desaparición de la “ayuda comida” y el “plus

V. Dinámica de la Relación Laboral

transporte general” que habían sido dispuestos en un pacto de empresa. La citada sentencia confirma el criterio de la Sala de la Audiencia Nacional, entendiendo que éstos forman parte del sistema de remuneración al que hace referencia el artículo 41.1.d) ET, y es que “el concepto de remuneración es más amplio que el de salario ex artículo 26.1 ET, pues, en lengua castellana, ‘remunerar’ significa tanto como pagar o retribuir, conceptos estos últimos que equivalen (Diccionario de uso español) a entregar a una persona dinero ‘u otra cosa’ por un trabajo o un servicio realizado ‘o por cualquier otra causa’”. Por consiguiente estos conceptos señalados conforman el valor “remuneración”, y en todo caso, también, de ser entendidos “incentivos”, son parte del concepto legal “remuneración” y por tal son de aplicación las consecuencias del artículo 41 ET.

B) Rescisión contractual indemnizada (artículo 41.3.2 ET). Desestimación. Falta de acreditación

La empresa de la rama de hostelería informó a los trabajadores de la mala situación económica proponiendo una reducción de jornada. El trabajador demandante no lo aceptó continuando su jornada hasta que causó baja por incapacidad temporal. Éste interesó la extinción al amparo del artículo 41.3.2º ET. La **STSJ de Cantabria de 13 de abril de 2005**, I.L. J 1288, analiza el supuesto reiterando la condición del precepto, en los supuestos a) b) y c) del artículo 41 ET, de la existencia de perjuicios para el mismo como consecuencia de la modificación, no siendo dable la existencia de una presunción *iuris tantum* sobre la existencia del perjuicio, debiendo estar a la prueba en particular (SSTS de 18 de julio de 1986 y 16 de marzo de 1996). En el presente supuesto ni se acredita la modificación sustancial, pues el trabajador continuó con su jornada, ni se acredita el perjuicio correspondiente, con lo que la Sala confirma la sentencia del Juzgado a quo que desestimó la demanda.

C) Conflicto colectivo. Modificación sustancial de condiciones de trabajo (jornada sistema retributivo). No consta la existencia de causa acreditada

La empresa notificó a la representación de los trabajadores, como consecuencia de las dificultades del mercado, la necesidad de cambiar el sistema de retribución a incentivos o destajo por un sistema de salario convenio, lo que fue rechazado por representar una pérdida económica del 30-45%. La empresa finalmente fijó que dos líneas de producción trabajarían a salario convenio y no incentivo. La **STSJ de Valencia de 3 de marzo de 2005**, I.L. J 1339, examina el supuesto y parte de la existencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo (artículo 41.1 ET) y para su estimación debe fundarse necesariamente en razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, ... pero se exige la acreditación por parte de la empresa de la existencia de circunstancias causales que justifiquen la modificación del contrato de trabajo, demostrando que con la concurrencia de tales causas el campo deviene justificado y procedente en cuanto que con la medida se contribuye a mejorar la situación de la empresa, lo que en este caso la empresa no acredita y por tal confirma la sentencia de instancia.

D) Calendario laboral. Fijación por la empresa de los días de descanso compensatorio. Modificación de las condiciones de trabajo. Nulidad. No se siguen los trámites del artículo 41 del ET. Condición más beneficiosa y poder de dirección

La STS de 16 de abril de 2005, I.L. J 1375, analiza el conflicto de los trabajadores que teniendo una jornada anual de 1.760 horas y 40 horas semanales en Convenio Colectivo, causando la semanal con respecto a la anual un exceso de 8 días o nueve días según el disfrute de vacaciones. A tal efecto durante los anteriores catorce años, venían compensando tal exceso de jornada en fechas que elegían los trabajadores, lo que era autorizado por la empresa salvo necesidades de la misma o por razón del servicio en cuyo caso fijaba ésta los disfrutes de descanso. La empresa para el año 2004 fijó el calendario laboral, fijando por ésta los días de descanso por grupos. Ante ello los trabajadores plantean conflicto colectivo.

La empresa en su recurso invoca la facultad organizativa, entre cuyas manifestaciones se encuentra la elaboración del calendario laboral (artículo 34.6 ET), a lo que la Sala señala que “es evidente que la empresa posee esa facultad, pero no es omnímoda ya que deberá respetar tanto las normas de carácter necesario, fiestas nacionales, locales, así como las pactadas en convenio y el conjunto de condiciones que vengan rigiendo la jornada como resultado de acuerdos entre las partes o de una voluntad unilateral de la empresa cuando en este último caso se haya incorporado el acervo contractual de los trabajadores”. Tratándose de una condición de carácter colectivo, pues se venía disfrutando desde hace 14 años, con origen en la voluntad unilateral de la empresa, permitiendo a los trabajadores elegir las fechas del disfrute compensatorio, mientras que la implantación de un calendario en el que de antemano se establece ese disfrute y por tal no se compagina con lo venido disfrutando como condición mas beneficiosa, impone por imperativo del artículo 41.4º ET, unas formalidades, períodos de consultas con los representantes de los trabajadores no inferior a 15 días, lo que se incumplió y por tal la sentencia de la Sala de lo Social confirma la dictada por el TSJ.

E) Subrogación empresarial. Empresa de limpieza. Desempeño de funciones de inferior categoría. Deber del empresario de reponer a la demandante en el desempeño de funciones propias de su categoría. Modificación de las condiciones de trabajo no comunicadas al actor. Caducidad. Prescripción

La STSJ de Baleares de 3 de junio de 2005, I.L. J 1414, examina el supuesto de una trabajadora que venía desempeñando al categoría profesional de capataz-conductor en una empresa de limpieza y subrogándose en la actividad otra empresa, y a partir de ello efectúa tareas de limpieza, si bien se la respeta la antigüedad, categoría profesional y jornada. Ésta ejercita acción jurisdiccional y la sentencia de la Sala examina si nos encontramos ante un supuesto de movilidad funcional por el “tiempo imprescindible” llegando a la conclusión negativa. Asimismo superada la previsión del artículo 39 ET para el cambio de funciones, estamos ante el supuesto contemplado en el artículo 41.1.f) y como quiera que la empresa no siguió los trámites formales previstos, el ejercicio de la acción de la

V. Dinámica de la Relación Laboral

trabajadora no se somete al plazo de caducidad sino de prescripción de un año (artículo 59 ET). La Sala estima, por ello, el recurso.

F) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo: Modificación de jornada de días festivos: Incumplimiento de los trámites legales. Proceso ordinario. Nulidad de la modificación

El presente conflicto colectivo surge como consecuencia de la modificación llevada a cabo en el calendario laboral, pues éste modifica la distribución de la jornada laboral individual de los trabajadores en los días festivos oficiales, de forma que festivos nacionales y locales pasan a ser laborables. Tal distribución no se hace por departamentos sino en función de la periodicidad de la prestación de servicios, sin indicar las razones de por qué esos festivos se han de convertir en laborables. La **STSJ de Cataluña de 7 de marzo de 2005**, I.L. J 1459, analiza los incumplimientos legales y recogiendo la sentencia de instancia señala que “si bien la fijación del calendario laboral se integra en las facultades de dirección y organización de la actividad laboral se imponen a su fijación una serie de limitaciones legales o pactadas” cuando existe una modificación horaria o unilateral cambio de la jornada laboral. En el presente supuesto la empresa unilateralmente impone el calendario laboral, ello supone incumplimiento de los requisitos de forma contemplados en el artículo 41 ET, incumplimiento que determina la nulidad de la medida. Tal sentencia recoge la doctrina jurisprudencial en cuanto que “el proceso especial regulado en el artículo 138 LPL tiene como presupuesto la existencia real de modificaciones sustanciales de trabajo tal y como se conciben en el artículo 41 ET de modo que cuando no se cumplen por el empleador las exigencias formales del precepto: apertura del período de consultas, acuerdo a favor de la mayoría de los representantes de los trabajadores y notificación a éstos de la medida aprobada con una antelación mínima de 30 días a la fecha de su efectividad, en el caso de las modificaciones colectivas o notificación de la medida a los trabajadores y representantes legales en el plazo citado cuando se trata de modificaciones individuales ‘no puede entenderse que la medida se ajusta a lo establecido en el artículo 41 del ET, siendo entonces el proceso ordinario el adecuado para reclamar frente a la medida y no el especial del artículo 138 LPL, el de conflicto colectivo si es que se impugna la practica empresarial por ese cauce, pero en tal caso sin sometimiento a plazo de caducidad’ y en suma que la decisión patronal podrá considerarse como modificación sustancial de condiciones de trabajo a efectos procesales y sustantivos, sólo en la medida de que pueda ser reconocible o identificada como tal, por haberse adoptado cumpliendo las exigencias de forma del artículo 41 ET. Entonces sí será obligada su impugnación por la modalidad procesal del artículo 138 LPL y estará la acción sujeta al plazo de caducidad fijado por dicho precepto y artículo 59 ET. En caso contrario la acción habrá de seguir el cauce del procedimiento ordinario, o el de conflicto colectivo si se ejercita acción de esa naturaleza, y ni una ni otra estará sometida a plazo de caducidad” (SSTS de 18 de julio de 1997, 7 y 8 de abril de 1999, 10 de abril y 18 de septiembre 2000).

G) Rescisión contractual indemnizada. Estimación. Modificación sustancial del trabajo en perjuicio de la formación profesional. Salario computable. Reducción ilícita

La **STSJ de Valencia de 21 de abril de 2005**, I.L. J 1473, examina el supuesto de extinción contractual ejercitada por el trabajador en razón a una modificación de condiciones de

trabajo, no sólo sustancial sino también afectante de modo negativo a su profesionalidad o a la dignidad del trabajador. Reitera la sentencia que el incumplimiento determinante de la resolución ex artículo 50 ET ha de ser grave, esto es, debe hacer referencia a una parte esencial de lo pactado y ha de ser de tal índole que, en términos generales, “frustre las legítimas aspiraciones o expectativas de la parte que cumplió su pretensión generándole una excesiva onerosidad contractual sobrevenida”. En el presente supuesto al trabajador le suprimieron un programa de radio por la empleadora y la eliminación de otro por decisión de la emisora nacional, lo que dio lugar a la paralela terminación de todas las funciones necesarias para realizar los mismos. La recurrente parte de la idea de justificación de la medida por la baja audiencia como la refundición respecto al otro programa, pero ello es indistinto, como señala la Sala, la sentencia de instancia, atiende a determinados factores como son: la disminución de la retribución, el cambio horario y otros factores como son la retirada de las llaves o la supresión de despacho propio, privación de elaboración de programas. Elementos estos que en su conjunto tienen entidad suficiente para vislumbrar una afectación a la dignidad y al desarrollo profesional y laboral del trabajador.

Respecto al salario a tener en cuenta, el artículo 50.2 ET se remite a la indemnización fijada en el artículo 56.1.a) ET, y la doctrina judicial para tal modulo se atiende al salario realmente percibido, y no aquél a que tenía derecho, pero se matiza por la jurisprudencia (STS de 25 de febrero de 1993) al señalar que si la propia actuación empresarial, que se considera incumplimiento grave que justifica la resolución del contrato a instancia del trabajador, ha determinado una reducción ilícita del salario, la misma no puede tener eficacia para reducir la base de cálculo de la indemnización.

H) Conflicto Colectivo. Desestimación. Modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter objetivo. Inexistencia. Regulación de horario flexible y no reglado

La empresa notificó al Comité de Empresa escrito en virtud del cual se procede a la ampliación de horario de funcionamiento de la empresa que iría de 7,30 a las 21 de horas. La cobertura de tal horario se efectúa con personal de nueva contratación. Asimismo algunos trabajadores en concretos centros de trabajo suscribieron con la empresa acuerdos para sustituir el trabajo de los sábados por dos horas de trabajo una tarde a la semana. Se plantea conflicto colectivo que es desestimado en la instancia y la **STSJ de Valencia de 21 de abril de 2005**, I.L. J 1479, examina los supuestos de oposición. En primer lugar, la eficacia normativa de los Convenios Colectivos al señalar el sindicato recurrente que si se pactó un horario en el convenio no puede la empresa alterarlo, a lo que la Sala acude a la STC 225/2001, de 26 de noviembre, en el sentido de que existe margen de actuación para la autonomía individual tanto en los espacios libres de negociación colectiva, como en los afectados por ésta, siempre que se respete la configuración y los perfiles de la regulación del convenio procediendo a mejorar cuantitativamente las condiciones laborales de los trabajadores. En cambio serán objetivamente contrarias al artículo 28.1 CE las conductas individuales que busquen u ocasionen objetivamente, alterando, la configuración y los perfiles de la regulación convencional, la sustitución del régimen previsto

V. Dinámica de la Relación Laboral

en la norma colectiva por otro cualitativamente distinto. Debemos partir de si existió o no una modificación objetiva del convenio, y lo cierto es que el artículo 33 del CC de las empresas de mediación de seguros privados, parte del establecimiento de una jornada máxima en cómputo anual, permitiendo una distribución horaria de dicha jornada anual, pudiéndose realizar de forma irregular a lo largo del año, horario que será establecido en cada centro de trabajo mediante acuerdo entre las partes, primero con los representantes y luego con los trabajadores. La empresa, en el supuesto debatido, tras fracasar las negociaciones con los representantes de los trabajadores, fijó, con respeto al horario existente, una ampliación de los horarios de funcionamiento. No afectó a los trabajadores salvo a los que voluntariamente optaron la señalada sustitución. Por tanto confirma la sentencia de instancia no haberse producido modificación sustancial de condiciones de trabajo, pues solo afecta al horario de funcionamiento de la empresa, no produciéndose novación alguna de las relaciones preexistentes, además el convenio colectivo no obliga de forma imperativa a un horario de trabajo concreto y determinado.

I) Mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Contenido. Determinado por el pacto o acuerdo que las constituyen. Modificación sustancial de las condiciones colectivas pactadas. Desestimación. Unificación de complementos salariales no pensionables

La STS de 27 de julio de 2005, I.L. J 1488, examina el supuesto de integración de dos conceptos retributivos que venían figurando de modo separado (complemento voluntario a los pluses de convenio y otro complemento salarial) en un solo concepto salarial, mejora voluntaria, para ser hecho efectivo en 14 mensualidades. El actor se opone al entender que los conceptos anteriores eran pensionables mientras el nuevo no. La sentencia señala que “las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social (artículos 191 a 194 LGSS) se rigen por los actos unilaterales del empleador, pactos o convenios o reglas que los hayan constituido, y son estos actos o pactos los que determinan el contenido y alcance de la mejora, sin que por lo tanto no toda retribución que percibe el trabajador por prestación de sus servicios a que se refiere el artículo 26 del ET, constituya forzosamente la base reguladora de la mejora”. Para la señalada sentencia no se extrae del relato histórico instrumento que permita atribuir el carácter pensionable a los complementos que pretende la empresa unificar y por ello no se trata de ninguna modificación sustancial de condiciones de trabajo del artículo 41 ET.

J) Conflicto colectivo. Imposición de la empresa a determinados trabajadores de trabajar domingos, festivos y puentes. No es modificación sustancial ya que la empresa actúa dentro de lo acordado en convenio

La empresa se dedica a fabricación, montaje y mantenimiento de motores aeronáuticos, esto último supone un 65% de su actividad. Dicho trabajo requiere que el centro esté abierto 365 días al año. La cobertura de la correspondiente dotación de personal se hizo hasta mayo de 2004 con trabajadores voluntarios, pero a partir de dicha fecha y en razón a un conflicto en la empresa, dejó de haber suficiente personal que atendiera los indicados servicios. Ante esta situación la empresa decidió unilateralmente la designación de 181 trabajadores como personal que atendería el servicio de modo obligatorio la actividad de mantenimiento de domingos festivos y puentes, reajustando las jornadas con el fin de adaptarse al mínimo de horas de trabajo que correspondían en función de la jornada la-

boral, y sin abono del plus previsto en el artículo 10 del Convenio Colectivo. Tal precepto contiene el establecimiento de una jornada especial, que implica trabajar 7 horas, sábados domingos, festivos y puentes, y establece la designación de los trabajadores que tienen que llevarla a cabo, preferentemente de forma voluntaria, en su defecto, recurriendo a la bolsa horaria, bien mediante la jornada especial obligatoria, la cual se negocia con el Comité de Empresa y en su defecto, mediante decisión unilateral de la empresa. La **STSJ de Madrid de 18 de mayo de 2005**, I.L. J 1592, señala que la actuación de la empresa “no implica una modificación sustancial de condiciones de trabajo, puesto que tal hay que entender aquella que no se acomoda al poder organizativo con que cuenta el empleador, partiendo de la base de que en tal poder se encuentran comprendidas las facultades que otorga la ley, el convenio colectivo y lo pactado en contrario. Por tanto, como quiera que el artículo 10 del Convenio aplicable estipula una jornada especial cuya realización puede ser impuesta de modo obligatorio por la empresa, mal cabe entender que el hacer uso de esta posibilidad encierra una alteración de lo pactado; se trata, por el contrario, de una decisión que encaja dentro de lo convenido”.

7. EXCEDENCIAS

A) Excedencia por razón de matrimonio: condición más beneficiosa

La **STS de 22 de junio de 2005**, I.L. J 1110, analizando la situación de la excedencia por razón de matrimonio regulada en el antiguo Convenio Colectivo de la empresa “Tabacalera SA”, señala que “Con la entrada en vigor de la Constitución, todas las trabajadoras que habían tenido que pedir la excedencia en razón del matrimonio, con anterioridad a su promulgación, tuvieron derecho al reingreso de manera inmediata. El plazo de prescripción de estas acciones era de tres años.

La empresa, no obstante, reconoció el derecho al reingreso en el Convenio Colectivo para los años 1992-1993, en cuyo artículo 55 se disponía que el personal femenino procedente de excedencia por matrimonio o que hubiera rescindido el contrato por dicha causa, en base a la legislación vigente con anterioridad a la Constitución, podría reintegrarse al servicio de la compañía siempre que acreditase idoneidad para su función y su edad no excediera de 45 años, cuando se produjese el fallecimiento o incapacidad absoluta para el trabajo del marido. Este precepto rehabilitaba la posibilidad de solicitar el reingreso en las condiciones y supuestos estipulados en el Convenio Colectivo, estableciendo *ex novo* el derecho al reingreso.

En 1999, se convino un Convenio Colectivo al que las partes denominaron Acuerdo Marco, y en el artículo 38 de ese Convenio se establecía que con la entrada en vigor del mismo “se declara expresamente derogado y sin ningún efecto el artículo 55 de la normativa laboral que figura en el Anexo núm. 1 del Convenio Colectivo de Tabacalera, SA, vigente para los años 1992-1993”.

V. Dinámica de la Relación Laboral

Sentado lo anterior y partiendo de tales precedentes, la cuestión planteada en la sentencia, se centra en determinar la eficacia derogatoria del Acuerdo Marco, más arriba referido. La sentencia recurrida rechazó la eficacia de dicho Acuerdo respecto al derecho de la actora por entender que ésta tenía un derecho adquirido que no podía ser eliminado en el Convenio Colectivo.

Tal tesis es rechazada por el Tribunal Supremo, recordando el contenido de la Sentencia de 16 de diciembre de 1994, cuando afirmó que “el principio de irreversibilidad del sistema normativo anterior a la Constitución quedó sustancialmente modificado en el nuevo modelo que se instauró, entre otras normas, por el artículo 37 de la misma, y caben, en consecuencia, convenios colectivos regresivos, sin que se pueda sostener que el convenio colectivo es fuente de condición más beneficiosa. La fuerza derogatoria que tiene un convenio respecto del precedente lo recoge expresamente también el artículo 86.4 del Estatuto de los Trabajadores, modificado por la Ley 11/1994”. En el mismo sentido y más recientemente, la Sentencia de 17 de abril de 2000 declaró que “las condiciones establecidas en convenio no son irreversibles, y que quienes están legitimados para aportar ventajas sociales (...) deben estarlo también para adaptarlas o modificarlas” tesis que se ha reiterado en la posterior de 16 de julio de 2003.

B) Excedencias por cuidado de hijo y expediente de regulación de empleo: derecho a la indemnización

La STSJ de Cataluña de 23 de febrero de 2005, I.L. J 1206 (recurso de suplicación 9764/2003), aborda la situación de una trabajadora en excedencia por cuidado de hijo que resulta incluida en el ERE de su empresa, expediente que provoca el cierre del centro de trabajo.

Según dicha sentencia, “la tramitación de dicho expediente y la inclusión de la actora, trabajadora excedente por cuidado de hijos, en la lista de afectados por el ERE, respecto a la cual deviene imposible una reincorporación a la empresa por haber cerrado el centro de trabajo en que prestaba servicios, hace surgir para la trabajadora el derecho a ser indemnizada. Si la empresa ha sido autorizada para despedir a toda la plantilla de un centro de trabajo, y en virtud del acuerdo administrativo ha procedido a cerrar ese centro de trabajo, carece de viabilidad cualquier petición de reincorporación que pueda hacer el trabajador excedente.”

Sentado lo anterior, la sentencia afronta la cuestión referente al derecho al percibo de la indemnización. La sentencia recoge la doctrina unificada fijada en Sala General por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (TS) en Sentencia de 25 de octubre de 2000 acerca de si si los trabajadores que se encuentran en la situación de excedencia voluntaria común prevista en el artículo 46.2 del ET tienen derecho por ministerio de la ley a la indemnización por despido económico o extinción del contrato de trabajo por causas económicas, cuando tal extinción ha sido autorizada en expediente de regulación de empleo. Según el TS “No es lo mismo la pérdida de un puesto de trabajo que se está desempeñando y que constituye normalmente el medio de vida del trabajador, que el desvanecimiento del derecho expectante a ocupar una vacante en la empresa en la que se prestaron servicios, y de la que el trabajador se apartó, en el caso típico para el desempeño de otro

puesto de trabajo o de otra actividad profesional. En conclusión, no puede ser acogida la reclamación de indemnización de despido colectivo por cierre del centro de trabajo de los demandantes, que pasaron a la situación de excedencia voluntaria común por su exclusiva voluntad, desarrollando en tal situación otras actividades profesionales”. Ahora bien, tal doctrina unificada, entiende la Sala que no resulta aplicable al supuesto enjuiciado, pues la actora no estaba en situación de excedencia voluntaria común, sino de excedencia voluntaria especial por cuidado de hijos, afirmando que “El régimen legal de esta excedencia voluntaria especial por maternidad es, a partir de la Ley 3/1989, de 3 de marzo, distinto del de la excedencia voluntaria común en lo que concierne a los derechos de la madre excedente de reingreso preferente y reserva de puesto de trabajo. Los efectos de esta excedencia especial son los típicos de la excedencia forzosa (en su configuración actual en el texto del ET), esto es, la reserva de puesto de trabajo y el cómputo a efectos de antigüedad de su duración (artículo 46.3 ET), mientras que en la excedencia voluntaria el trabajador conserva “solo un derecho preferente al reingreso” (artículo 46.5 ET). Consecuentemente se concluye que “En aplicación de tal doctrina, al tener la excedencia especial por cuidado de hijos, reconocido el derecho a la reserva de puesto de trabajo, será extensible la indemnización por despido colectivo a la trabajadora excedente incluida en el ERE que ve truncado su derecho a la reserva de puesto de trabajo ante la inviabilidad de la reincorporación”.

C) Excedencias: baja incentivada. Expediente de regulación de empleo

La STSJ de Madrid de 26 de abril de 2005, I.L. J 1369, aborda el problema de una extinción contractual y del derecho a percibir la indemnización prevista en expediente de regulación de empleo de un trabajador en situación de excedencia voluntaria del actor.

Según la sentencia, el trabajador solicitó su pase a la situación de excedencia voluntaria, que le fue concedida, colocándose así en un estatus jurídico en el que la relación laboral no está viva ni en activo ya que conforme al artículo 46.5 del ET “el trabajador excedente conserva sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en al empresa”.

La sentencia trae a colación la doctrina según la cual, para que pueda decretarse la extinción de la relación laboral a instancia del trabajador es preciso que la relación laboral esté viva, debiendo subsistir la vigencia no sólo en el momento de la solicitud a la empresa sino también en el momento efectivo de la extinción, doctrina aplicable al supuesto enjuiciado por cuando la extinción solicitada es por iniciativa y voluntad de trabajador, resultando indiferente que lo sea vía baja incentivada al amparo de un ERE o por la vía del artículo 50 ET.

En consecuencia, si tan sólo existe un derecho preferente al reingreso, no puede resolverse lo que desde ese momento no existe, esto es, el contrato de trabajo, por cuanto el trabajador ejerciendo su derecho a la excedencia voluntaria prevista en el artículo 46.5 ET cambió voluntaria y unilateralmente su relación laboral viva por un derecho preferente

V. Dinámica de la Relación Laboral

al reingreso cuya extinción no puede ser indemnizada con un importe que trata de compensar al trabajador de los daños derivados de la pérdida de su puesto de trabajo.

D) Excedencia voluntaria: contrato indefinido no fijo

La STSJ de Aragón de 24 de mayo de 2005, I.L. J 1394, señala que la excedencia voluntaria no da derecho a la conservación del puesto de trabajo sino únicamente, *ex artículo 46.5 del ET*, a un derecho preferente al reingreso en vacantes de la empresa de igual o similar categoría. Ello conlleva que, de aplicarse esta institución a los trabajadores indefinidos, se rompería la vinculación entre el trabajador indefinido y la concreta plaza que ocupa, pues el reingreso no tendría por qué producirse en la misma plaza que ocupaba antes, sino en cualquier otra vacante de la empresa de igual o similar categoría, lo que supondría mutar la naturaleza del vínculo del trabajador, caracterizado nítidamente por la vinculación del mismo a una concreta plaza, cuyas vicisitudes afectan al trabajador indefinido que la ocupa, y obligaría a plantearse cuál sería la naturaleza del vínculo que unía al trabajador con la nueva plaza vacante ocupada tras la excedencia, para la que no ha sido contratado.

Consecuentemente, tal derecho al reingreso no es compatible con la especial naturaleza jurídica –jurisprudencial– de la figura del contratado con carácter indefinido pues, al no ser fijo en plantilla, no puede referir su relación laboral a otra plaza que no sea aquella para la que fue, en origen –irregularmente– contratado temporalmente.

En conclusión, al carecer *ex natura* el contratado con carácter indefinido de derecho al reingreso a cualquier otro puesto de trabajo que no sea aquel para el que fue –irregularmente desde el punto de vista de la temporalidad– contratado no le es de aplicación la institución jurídica de la excedencia voluntaria común.

E) Excedencia por cuidado de hijos. Reingreso. Modificación de condiciones laborales. Conducta sancionable

La STSJ del País Vasco de 10 de mayo de 2005, I.L. J 1413 (recurso 3121/2004), resuelve en el seno de un procedimiento de oficio que una conducta empresarial consistente en la modificación de las condiciones laborales adoptada en el momento del reingreso desde una situación de excedencia por cuidado de hijo, constituye una infracción del artículo 8.12 TRLISOS.

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. **6. Calificación judicial del despido: Procedencia. 7. Calificación judicial del despido: Improcedencia.** A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia. B) La indemnización: cuantía y cálculo. **8. Calificación judicial del despido. Nulidad.** A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica recoge la doctrina judicial relativa a la extinción del contrato de trabajo y al despido, emanada del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, incluida en la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*, números 9 a 12 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

Las SSTSJ de Andalucía (Málaga) de 21 de abril de 2005, I.L. J 1354 (recurso 516/2005), y de Navarra de 31 de marzo de 2005, I.L. J 1383 (recurso 118/2005), desestima la extinción del contrato de trabajo “por voluntad del trabajador” (artículo 50 ET), ante supuestos de incumplimientos empresariales, habiéndose alegado *Mobbing* por los trabajadores afectados. Las salas deniegan la calificación de despido al justificar las actuaciones empresariales por el proyecto empresarial.

Asimismo, las SSTSJ de Andalucía (Málaga) de 28 de abril de 2005, I.L. J 1351 (recurso 1568/2005), de Andalucía (Málaga) de 28 de abril de 2005, I.L. J 1350 (recurso 641/2005), y de Baleares de 26 de abril de 2005, I.L. J 1363 (recurso 73/2005), al desestimar la existencia de extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, se hacen eco de la Doctrina del Tribunal Supremo sobre los requisitos generales que conforman la existencia de dimisión del contrato de trabajo por parte del trabajador: Las Salas señalan al respecto:

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

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

En el análisis judicial del despido se seleccionan diversas resoluciones, que analizan la naturaleza jurídica de la relación de trabajo valorando, en su caso, los distintos requisitos necesarios para la existencia de una relación laboral. Así, la STSJ de Cantabria de 25 de mayo de 2005, I.L. J 1535 (recurso 515/2005), desestima la demanda de despido, al abordar la situación de un trabajador con una relación laboral de carácter indefinido (no fija), que cesa debido a la cobertura en propiedad de la plaza que venía ocupando. Según la Sala:

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

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

3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CAUSAS QUE LO MOTIVAN

Diversas resoluciones judiciales declaran la procedencia de sendos despidos disciplinarios por transgresión de la buena fe contractual. Así las SSTSJ de Aragón de 23 de mayo de 2005, I.L. J 1396 (recurso 427/2005), de Cataluña de 31 de marzo de 2005, I.L. J 1445 (recurso 9592/2004), de Cataluña de 14 de abril de 2005, I.L. J 1511 (recurso 348/20045), de Cantabria de 13 de mayo de 2005, I.L. J 1533 (recurso 455/2005) y de Castilla y León (Valladolid) de 16 de mayo de 2005, I.L. J 1635 (recurso 872/2005) enjuician la procedencia de los despidos disciplinarios efectuados a varios trabajadores, debido al probado abuso de confianza en el desempeño del trabajo. Para las Salas, tomando como referencia la doctrina emanada por el Tribunal Supremo:

“considera incumplimientos contractuales susceptibles de ser sancionados con el despido disciplinario, b) la indisciplina o desobediencia en el trabajo, c) las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa y d) la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo. El actor ha incurrido en tales incumplimientos y los hechos que la sentencia declara probados tienen por sí solos entidad y gravedad suficientes como para ser sancionados con el despido disciplinario”.

4. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS

A) Configuración y alcance de las causas. La decisión empresarial de amortizar uno o varios puestos de trabajo. Artículo 52.c) ET

La STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de abril de 2005, I.L. J 1296 (recurso 212/2005), al enjuiciar un caso de cese de un trabajador indefinido-no fijo por “funcionarización” de su plaza con nombramiento como funcionario interino como consecuencia de lo dispuesto en la Ley de la Función Pública de Castilla-La Mancha, analiza si la amortización de un puesto de trabajo laboral para convertirlo en un puesto reservado a funcionarios públicos, ofreciendo al trabajador que lo desempeñaba como indefinido no fijo, un nombramiento como funcionario interino para que continuase desempeñándolo hasta su provisión reglamentaria, puede considerarse una causa legal de extinción del contrato y no como un supuesto de despido improcedente. La Sala Justifica el fallo alegando que:

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

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

La interpretación de la causa de despido por causa económica o por necesidades técnicas, organizativas o de producción de la empresa [artículo 52.c) ET] se plantea en las **SSTSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 14 de abril de 2005**, I.L. J 1286 (recurso 1568/2005), **de Cataluña de 30 de marzo de 2005**, I.L. J 1335 (recurso 9798/2004), **de Andalucía (Málaga) de 21 de abril de 2005**, I.L. J 1358 (recurso 570/2005), **de Cataluña de 24 de marzo de 2005**, I.L. J 1322 (recurso 9885/2004), y la **STS de 13 de julio de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 1496 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1980/2004), En ellas se analiza la extinción contractual por causas organizativas, a la par que se desestiman los recursos por insuficiencia de la censura legal, u omisión de la fundamentación suficiente de la infracción legal denunciada. Las Salas inadmiten la omisión de una fundamentación suficiente de la infracción legal:

“al amparo del artículo 222 de la Ley de Procedimiento Laboral, para denunciar la infracción legal cometida en la sentencia impugnada al aplicar el artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores. Tan lacónicos términos, no seguidos de ulterior razonamiento, no cumplen las exigencias más arriba expuestas. Supone lo expuesto que, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal hayamos de desestimar el recurso sin expresa condena en costas”.

De otro lado, las **SSTSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 7 de abril de 2005**, I.L. J 1284 (recurso 37/2005) y **de Valencia de 15 de marzo de 2005**, I.L. J 1344 (recurso 3692/2004), declaran improcedente la extinción de dos contratos de trabajo por causas objetivas derivada de una ineptitud sobrevenida. Las Salas justifican el fallo argumentando que el origen de las dolencias de los trabajadores puede ser cualquiera, tan sólo han de ser posteriores a la fecha de iniciación del trabajo, siendo necesario demostrar que dicha incapacidad imposibilita la continuidad en el puesto de trabajo. Las Salas argumentan:

“La doctrina de esta Sala es que lo esencial para que el contrato de trabajos se ajuste a lo prevenido en el artículo 52.a) del ET es que el trabajador efectivamente haya perdido, cualquiera que sea la causa, las condiciones de idoneidad mínimamente exigibles para el adecuado desempeño de las principales tareas de su puesto de trabajo, habiéndose llegado

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

a esta situación con posterioridad a la formalización del vínculo laboral. Pero corresponde al empresario la carga de probar que el trabajador ya no es apto para cumplir debidamente con sus obligaciones laborales.”

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

A) La caducidad de la acción

Las SSTSJ de Galicia de 29 de abril de 2005, I.L. J 1388 (recurso 1507/2005), de Aragón de 3 de mayo de 2005, I.L. J 1393 (recurso 340/2005) y, finalmente, de Madrid de 10 de mayo de 2005, I.L. J 1558 (recurso 373/2005), desestiman la excepción de caducidad de las acciones de despido, –veinte días hábiles establecido en el artículo 59.3 del ET–, en diversos supuestos por suspensión de dicho plazo de caducidad.

6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

Diversas resoluciones judiciales declaran la procedencia de varios despidos disciplinarios por transgresión de la buena fe contractual. Así las SSTSJ de Aragón de 23 de mayo de 2005, I.L. J 1396 (recurso 427/2005), de Cataluña de 31 de marzo de 2005, I.L. J 1445 (recurso 9592/2004), de Cataluña de 14 de abril de 2005, I.L. J 1511 (recurso 348/20045), de Cantabria de 13 de mayo de 2005, I.L. J 1533 (recurso 455/2005) y de Castilla y León (Valladolid) de 16 de mayo de 2005, I.L. J 1635 (recurso 872/2005), enjuician la procedencia de los despidos disciplinarios efectuados a varios trabajadores, debido al probado abuso de confianza en el desempeño del trabajo. Para las Salas, tomando como referencia la doctrina emanada por el Tribunal Supremo:

“considera incumplimientos contractuales susceptibles de ser sancionados con el despido disciplinario, b) la indisciplina o desobediencia en el trabajo, c) las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa y d) la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo. El actor ha incurrido en tales incumplimientos y los hechos que la sentencia declara probados tienen por sí solos entidad y gravedad suficientes como para ser sancionados con el despido disciplinario”.

Las SSTSJ de Valencia de 10 de marzo de 2005, I.L. J 1341 (recurso 69/2005), y de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 28 de abril de 2005, I.L. J 1283 (recurso 160/2005), declaran la procedencia de dos despidos disciplinarios, basados en la desobediencia a una orden de la empresa. Las Salas exponen que:

“El trabajador no puede erigirse en definidor de sus propias obligaciones, sino que, ante una orden emanada de la empresa, lo primero es cumplirla, salvo que la misma pueda comportar riesgos inminentes para el operario, pudiendo éste, tras ejecutar lo mandado, formular la reclamación que procediera y, por eso, el Tribunal Supremo ha declarado, por ejemplo, en SS de 8 de julio de 1986 y 25 de junio de 1987, entre otras, que la desobediencia determina el despido cuando se ofrece como una directa contradicción a una

orden del empresario, dada en base al poder directivo que le reconoce el artículo 5.c) ET, pues no constituyendo el cumplimiento de lo obligado riesgo de un perjuicio grave e irreparable para el trabajador, viene obligado a efectuar el trabajo, pudiendo aducir con posterioridad las razones que tuviere, con objeto de que la situación no pueda repetirse caso de que la orden no sea ajustada a derecho o bien para la indemnización de los perjuicios causados.”

En el mismo sentido, las SSTSJ de Aragón de 25 de mayo de 2005, I.L. J 1311 (recurso 407/2005), de Valencia de 15 de marzo de 2005, I.L. J 1345 (recurso 3741/2004), de Valencia de 21 de abril de 2005, I.L. J 1478 (recurso 4116/2004) y de Castilla-La Mancha de 6 de mayo de 2005, I.L. J 1541 (recurso 284/2005), al enjuiciar cuatro supuestos de trabajadores, despedidos disciplinariamente por faltas de asistencia al trabajo, confirman las sentencias de instancia que estimaban la procedencia de despido. Las Salas niegan la existencia de un desistimiento del trabajador.

“Para que concurra abandono del puesto de trabajo es necesario, cuando no se hace de forma expresa, que derive de forma inequívoca de conductas, acciones u omisiones que rotundamente evidencien la voluntad en tal sentido del aplicado –Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 27 de junio de 1983 y de 3 de junio e 1988–, esto es, y dicho de otro modo, que el consentimiento claro de acusar baja voluntaria ha de evidenciarse –SSTS de 29 de junio de 1989 y de 2 de enero de 1990– o ha de constar una conducta que manifieste un deliberado propósito de dar por terminado el contrato –STS de 7 de mayo de 1990– y la actitud de la actora no puede tildarse de concluyente en cuanto a su voluntad de romper el nexo, sino todo lo contrario: lo quiso mantener vigente como demuestra el hecho de su intento de reincorporación.”

7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

Un significativo número de resoluciones analizan la improcedencia de los despidos efectuados en supuestos de contratación temporal sucesiva: Así, la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 25 de abril de 2005, I.L. J 1280 (recurso 1046/2004) falla a favor de la conversión de la relación de trabajo en indefinida, en el caso de varios contratos temporales sucesivos debido a que “un contrato temporal inválido por infracción de los límites establecidos en su regulación propia con carácter necesario, constituye una relación laboral indefinida y no pierde esa condición por novaciones aparentes con nuevos contratos temporales ni se rompe por cortas interrupciones que buscan parecer una nueva”. En el mismo sentido, la STSJ de Valencia de 30 de marzo de 2005, I.L. J 1349 (recurso 3839/2004), falla la improcedencia del despido efectuado a un trabajador ante la existencia de los contratos temporales sucesivos por circunstancias de la producción, celebrados en fraude de ley.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

De otro lado, diversas resoluciones judiciales, al declarar la improcedencia del despido, analizan el requisito de proporcionalidad entre el hecho determinante y la sanción que ha de mediar para la calificación de un despido procedente. Así, la **STSJ de Valencia de 21 de abril de 2005**, I.L. J 1482 (recurso 4136/2004), al analizar un supuesto de despido improcedente, argumenta que la sanción ha de responder a la exigencia de proporcionalidad y adecuación entre el hecho cometido y la sanción impuesta. La Sala falla a favor de la improcedencia del despido efectuado porque no concurren los requisitos necesarios para determinar el despido por descenso del rendimiento laboral. Considerando la sanción desproporcionada.

Asimismo, la **STSJ de Cataluña de 21 de abril de 2005**, I.L. J 1522 (recurso 48/2005), falla a favor de la improcedencia de un despido aplicando la doctrina gradualista. Para la Sala el hecho de que un trabajador, realice un descanso superior al tiempo del bocadillo, sin perjudicar a clientes, no supone una ofensa a personas que trabajan en la empresa y, por ende, se ve desprovisto de proporción entre la infracción y la sanción de despido.

En el mismo sentido se decantan, al declarar la improcedencia de los despidos efectuados, aplicando la doctrina gradualista, tanto la **STSJ de Madrid de 31 de abril de 2005**, I.L. J 1556 (recurso 1023/2005), como, finalmente, la **STSJ de Madrid de 17 de mayo de 2005**, I.L. J 1557 (recurso 574/2005).

B) La indemnización: cuantía y cálculo

La **STSJ de Navarra de 15 de abril de 2005**, I.L. J 1390 (recurso 137/2005), al analizar la relación existente entre la indemnización y los salarios de tramitación, determina que a esos efectos forman parte del salario todas las percepciones o remuneraciones del trabajador que traen causa, directa o indirecta, del trabajo prestado, excepto las cantidades correspondientes a un seguro de vida, salvo que exista pacto en contrario. Asimismo, expone que el ofrecimiento empresarial de la indemnización y de los salarios de tramitación “han de realizarse con la debida separación cuantitativa de forma que el trabajador tenga conocimiento cabal de las dos partes que componen la proposición empresarial. La ausencia de la apuntada separación, así como el desacierto, total o parcial, de los parámetros de cálculo manejados por la empresa para fijar la suma ofertada, conducirá a que la condena al pago de los salarios de tramitación se realice como si no hubiese tenido lugar el ofrecimiento patronal”.

8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

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

Diversas resoluciones judiciales determinan la nulidad de los despidos efectuados, basados en causas discriminatorias, por pertenecer a un determinado sindicato o partido político. Así, en primer lugar, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de abril de 2005**, I.L. J 1297 (recurso 1183/2004), estima la nulidad de un despido efectuado a un trabajador por

causas discriminatorias, basadas en pertenecer a un determinado partido político. La Sala entiende que se ha producido la actuación discriminatoria de la empresa por afiliación:

“Careciendo así de toda cobertura de hecho la referencia al artículo 51 del ET que se pretende, y apareciendo con toda claridad como causa del mismo la evitación de su posible elección como representante unitario de los trabajadores, para lo que había intentado en dos ocasiones que se promoviera el proceso, participando en la lista del sindicato promotor del mismo; y ello, además, con el evidente componente negativamente ejemplificador para quienes se significaran en la defensa y promoción de los intereses de los demás trabajadores de la empresa. Por todo ello, el despido realizado debe ser calificado como de nulo, de conformidad con el artículo 55.5 del ET, con la consecuencia legal de su inmediata readmisión en el antiguo puesto de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir.”

En el mismo sentido, la **STSJ del País Vasco de 18 de enero de 2005**, I.L. J 1382 (recurso 2719/2004), estima la nulidad de un despido por causas discriminatorias y la vulneración de los derechos de igualdad y libertad sindical, en el caso de un trabajador afiliado a un sindicato. La Sala razona sobre la existencia de discriminación:

“De lo antes expuesto, se desprende que en el supuesto de autos existen más que fundados indicios de que el móvil de la decisión extintiva empresarial es la militancia política del actor, pues no se entiende, en el caso contrario, las razones que han movido a la empresa a cesar al actor para nombrar inmediatamente después a otro trabajador para realizar las mismas funciones. En consecuencia, debe declararse el cese de la actora como despido nulo, por tener el mismo móviles discriminatorios (artículos 55.5 del ET y 108.2 de la LPL).”

De otro lado, la **STSJ de Cataluña de 14 de marzo de 2005**, I.L. J 1325 (recurso 7308/2004), falla la declaración de nulidad del despido efectuado por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24.1 de la CE, en su vertiente de garantía de indemnidad. La Sala fundamenta su fallo:

“La jurisprudencia constitucional ha tenido ocasión de manifestar que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) no sólo deriva de “irregularidades producidas dentro del proceso que ocasionen la privación de garantías procesales, sino que puede verse lesionado tal derecho también cuando de su ejercicio resulte una conducta ilegítima de reacción o de respuesta a la acción judicial por parte del empresario. Por ello, una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo [artículo 4, núm. 2, apartado g) del Estatuto de los Trabajadores], mientras que el Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo en su artículo 5, apartado c), dispone que no podrá darse por terminada una relación de trabajo por haber presentado una queja o un

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

procedimiento contra el empleador por vulneraciones legales, aun las supuestas o que no puedan ser comprobadas finalmente.”

Asimismo, diversas resoluciones judiciales declaran la nulidad de los despidos efectuados a varias trabajadoras durante el período de embarazo. Las **SSTSJ de Canarias (Las Palmas) de 5 de mayo de 2005**, I.L. J 1403 (recurso 418/2004), y **de Asturias de 10 de junio de 2005**, I.L. J 1415 (recurso 1589/2005), determinan la nulidad de los despidos efectuados a varias trabajadoras embarazadas, cuyo estado conocía ya, previamente, la empresa. Las Salas fundamentan el fallo:

“La interpretación del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores ha de acometerse partiendo de la letra y del espíritu de la norma misma, y del contexto en el que se ha promulgado, sin olvidar la Directiva comunitaria que ha traspuesto a nuestro ordenamiento interno. La Directiva 92/85/CEE, del Consejo es bien explícita en cuanto al objeto a que se aplica y a su alcance; se refiere, como su texto explica, a la ‘aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo’, no de todas las mujeres en general, sino de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, y para tales supuestos, el artículo 10 de la Directiva encomienda a los Estados miembros que tomen las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 de la norma comunitaria, es decir, ‘durante el período comprendido entre el comienzo de un embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo’; cuando se despidiera a una trabajadora, ‘el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito’. La remisión que en el artículo 10 se hace al artículo 2 supone que, a estos efectos, por mujer embarazada ha de entenderse ‘cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a la legislación y/o prácticas nacionales’. Es evidente por tanto, que con la reiteración normativa sobre los mismos conceptos, lo que en realidad se protege en este caso no es la igualdad de sexos, sin más, sino la maternidad, poniendo a la mujer a salvo de decisiones empresariales motivadas, directa o indirectamente, por su embarazo, evitando con ello la finalización de su relación laboral en conexión con su estado de gravidez. Por tanto, a la vista de cuanto se ha probado en este caso, no es procedente plantear el problema que se puede suscitar por el desconocimiento por la empresa del embarazo, como de seguido se razonará”.

En sentido análogo, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de abril de 2005**, I.L. J 1292 (recurso 45/2005), desestima la nulidad del despido efectuado a un trabajador durante el período de incapacidad temporal pues “la enfermedad no es un supuesto discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española, y por consiguiente no puede reputarse como trato discriminatorio, el hecho que se despidiera al amparo de causas objetivas a la trabajadora transcurridos siete días de la reincorporación a su puesto de trabajo tras un corto período de incapacidad temporal”.

Por el contrario, diversas sentencias revocan las sentencias de instancia y desestiman la nulidad de los despidos efectuados, al no constar alegación de móvil discriminatorio ni

de violación de derecho fundamental. Así, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de abril de 2005**, I.L. J 1292 (recurso 45/2005) revoca la sentencia de instancia y desestima la nulidad del despido, calificándolo de improcedente, al no constar alegación de móvil discriminatorio ni de violación de derecho fundamental. Tampoco aporta indicios que generen sospecha de su existencia. Razona la Sala:

“En el presente caso, del relato fáctico y de la fundamentación jurídica de la resolución recurrida, no consta la alegación por parte del demandante de ningún móvil discriminatorio o de haberse producido su despido con violación de derechos fundamentales, de ahí lo sorprendente y lo incorrecto que resulta de la calificación del despido por la juzgadora *a quo* como nulo, como además y como tiene declarado reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (STC 7/1993, de 18 de enero), de haberse invocado por el trabajador que un despido es discriminatorio o lesivo de cualquier derecho fundamental. Debería aportar para ello indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor del alegato discriminatorio, y nada de eso consta en el supuesto enjuiciado. El despido no puede ser calificado de nulo, pero sin duda alguna debe ser declarado improcedente, teniendo en cuenta la naturaleza de los contratos de trabajo suscritos.”

En el mismo sentido, las **SSTSJ de Madrid de 19 de abril de 2005**, I.L. J 1365 (recurso 6255/2005), y **de Madrid de 31 de mayo de 2005**, I.L. J 1551 (recurso 338/2005), declaran la inexistencia de nulidad de dos despidos, al no concurrir el hecho del que pueda derivarse una presunción o apariencia de discriminación. La Sala argumenta:

“De haberse invocado por el trabajador que un despido es discriminatorio o lesivo de cualquier derecho fundamental. Debería aportar para ello indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor del alegato discriminatorio, y nada de eso consta en el supuesto enjuiciado. El despido no puede ser calificado de nulo, pero sin duda alguna debe ser declarado improcedente, teniendo en cuenta la naturaleza de los contratos de trabajo suscritos. No concurre el hecho del que pueda derivarse una presunción o apariencia de la discriminación alegada, es por ello por lo que el motivo ha de ser desestimado.”

M^a. CARMEN ORTIZ LALLANA
BEGOÑA SESMA BASTIDA

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

Sumario:

1. Libertad sindical. A) Contenido de la libertad sindical. B) Secciones y delegados sindicales. C) Tutela procesal de la libertad sindical. 2. Representación unitaria de los trabajadores. A) Configuración jurídica. B) Derechos (libertad de expresión). **3. Conflictos colectivos.** A) Ámbito de aplicación del proceso de conflicto colectivo. B) Legitimación. **4. El derecho de huelga (responsabilidad sindical).**

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Contenido de la libertad sindical

El derecho sindical a la negociación es, como se sabe, uno de los componentes más relevantes del contenido esencial de la libertad sindical. Ahora bien, es preciso tener en cuenta que *per se* este instrumento no alcanza la consideración de derecho fundamental, antes al contrario, sólo merece esta calificación en la medida en que se valora como un componente nuclear de la libertad sindical. Así se recuerda en la STS de 17 de julio de 2005, I.L. J 1494, en un supuesto en el que habiéndose constituido la mesa de negociación de un convenio con respeto absoluto de la legalidad, integrándose el banco social por todos los representantes de los trabajadores, con reparto proporcional de los puestos, el sindicato mayoritario, de forma unilateral y con la anuencia de la empresa, se arroga la función de convocar a los integrantes de la mesa para la próxima reunión. En ejercicio de esta competencia, autoatribuida, la organización sindical no convoca al resto de sindicatos a las siguientes reuniones, negociando directamente con la empresa, con la que llega a un acuerdo. El Tribunal advierte que, aunque es doctrina de este órgano judicial (STS de 2 de septiembre de 1998), que el acto de convocatoria de las reuniones no es preceptivo que lo haga la empresa y tampoco el sindicato mayoritario, por no exigirlo de este modo el artículo 87.5º ET, no cabe que en un momento dado de la negociación el sindicato mayoritario tome voluntariamente la iniciativa de las demás reuniones y excluya de ellas a los

sindicatos minoritarios, sin que conste en modo alguno que dichos sindicatos desistiesen tácitamente de formar parte de la mesa de negociación.

Esta actuación supone un atentado contra el derecho de libertad sindical de los sindicatos minoritarios excluidos. Si bien, dicha lesión no acontece, como se advierte en la **STC de 12 de septiembre de 2005**, I.L. J 1503, cuando un sindicato legitimado para la negociación estatutaria, en este caso en el seno de las Administraciones Públicas, no es llamado a la reunión en la que se va a firmar el Acuerdo definitivo –tras su correspondiente negociación– porque en la reunión previa había manifestado expresamente su intención de rechazar el acuerdo en cuestión.

Tampoco supone una lesión del citado derecho fundamental la exclusión de los acuerdos de la comisión de seguimiento de un convenio a un sindicato que no ha participado en la negociación del mismo. Téngase en cuenta, en este sentido, que como se señala en la **STS de 28 de junio de 2005**, I.L. J 1381, si dicha comisión trata materias propias de la mesa de negociación, el sindicato excluido habrá de impugnar el acuerdo correspondiente, en la medida en que la comisión de seguimiento está desarrollando funciones que corresponden en exclusiva a la comisión negociadora a la que los sindicatos legitimados habrían de ser nuevamente llamados. Este tipo de actuaciones conculcan el derecho de negociación colectiva de los sindicatos legitimados para la negociación estatutaria en ese sector, como también se recuerda en la **STC de 12 de septiembre de 2005**, I.L. J 1503, pero tal lesión no puede solventarse con la incorporación de los afectados a la controvertida comisión de seguimiento (STS de 28 de junio de 2005, I.L. J 1381).

Sobre la potencial lesión de la libertad sindical de las organizaciones sindicales por la conculcación del derecho de la negociación colectiva, debe tenerse también en cuenta la **STC de 26 de septiembre de 2005**, I.L. J 1630. En este caso el conflicto tenía su origen en una demanda de conflicto colectivo presentada por un sindicato para que se declarase contraria a la legalidad y lesiva del derecho de negociación colectiva, la actuación empresarial consistente en pactar con los trabajadores un horario de trabajo singular para hacer frente a las necesidades empresariales, novando con ello las previsiones sobre horario previstas en el convenio de sector aplicable, en este caso el convenio de Banca. Este convenio, pese a ser de ámbito superior a la empresa, regulaba no sólo lo relativo a la duración de la jornada de trabajo, sino también lo atinente a su distribución horaria, estableciendo con ello un régimen único y homogéneo en el sector, completado con la consideración de una serie de excepciones concretas y tasadas. Entiende el Tribunal que esta circunstancia da fe de la relevancia que para los negociadores tenía esta cuestión. Pues bien, el empresario (Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid), intentó modificar para su ámbito esta previsión convencional negociando con las secciones sindicales de la empresa un horario diferente con el que poder atender las necesidades de una parte de sus clientes (los comerciantes), de manera que sus empleados en lugar de someterse al régimen general de jornada continuada aplicable todos los días de la semana, excepto los jueves, previsto en el convenio, pasasen a tener un régimen particular de jornada partida aplicable todos los días de la semana, excepto los viernes. Tras varios intentos, la empresa

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

no consiguió llegar a un acuerdo con los representantes de los trabajadores, y optó por ofrecer el nuevo horario a los trabajadores afectados, llegando directamente a un acuerdo con cada uno de ellos.

Ante esta actuación empresarial, uno de los sindicatos interpuso demanda de conflicto colectivo alegando lesión del derecho a la negociación colectiva, en tanto que con esa conducta el empresario pretendía modificar el convenio de sector en ese punto concreto, sorteando la negociación con los representantes de los trabajadores exigida legalmente para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de este tipo. Los tribunales –primero en instancia y luego en casación ante el Tribunal Supremo– rechazaron la pretensión sindical alegando inadecuación de procedimiento, por entender que faltaba el carácter colectivo del conflicto al tratarse de pactos individuales. El sindicato ataca esas decisiones judiciales (en concreto, la del Tribunal Supremo, aunque el Tribunal Constitucional aclara que en la medida en que ésta sólo confirma la de instancia deben entenderse atacadas ambas), alegando que la falta de protección del derecho a la negociación colectiva que con el rechazo de la demanda se produce supone un atentado contra la libertad sindical en la medida en que este derecho integra el contenido esencial de dicha libertad.

La primera cuestión que tiene que valorar el Tribunal es si puede enjuiciar la lesión del derecho fundamental aun cuando formalmente este derecho no había sido alegado en instancia. En este sentido, argumenta el Tribunal que no puede estarse a una interpretación formalista de la necesidad de previa alegación expresa del derecho fundamental, en tanto que como está sobradamente aceptado (y reiterado por la jurisprudencia), que el derecho a la negociación colectiva es una parte esencial del derecho de libertad sindical. Solventada esta primera cuestión, el Tribunal entiende que efectivamente los tribunales han lesionado el derecho fundamental del sindicato y que procede la anulación de las sentencias, habida cuenta que la actuación empresarial cercenaba la fuerza vinculante del convenio de sector. Trae a colación el Tribunal, a este respecto, la doctrina elaborada a propósito de la lesión de la negociación colectiva mediante pactos individuales, por ejemplo, la formulada en la STC 105/1992, en la que se advierte que hacer prevalecer la autonomía de la voluntad individual de los trabajadores sobre la autonomía colectiva plasmada en un convenio legalmente pactado entre los sindicatos y la representación empresarial, quebraría el sistema de negociación colectiva configurado por el legislador, cuya virtualidad viene determinada por la fuerza vinculante de los convenios constitucionalmente prevista en el artículo 37.1 CE. Y señala el Tribunal, en este sentido, que en contra de esta doctrina no puede alegarse que el convenio continúa vigente en este punto para los trabajadores que no aceptan la propuesta empresarial de cambio de horario porque no se trataba de un ofrecimiento general a todos los trabajadores de la empresa de una forma alternativa de horario más ventajosa, sino de una medida organizativa concreta dirigida (y ofrecida) sólo a una parte de los trabajadores, los necesarios para hacer efectiva la voluntad empresarial de atender a los clientes, novando por esta vía la previsión convencional pese a la relevancia que, por el detalle de la negociación, tenía para los representantes de los trabajadores esta concreta cuestión (regulación exhaustiva del horario en un convenio de sector), y haciéndolo en contra de la voluntad de los representantes, manifestada en la imposibilidad de llegar a un acuerdo con ellos.

Por todo ello entiende el Tribunal que con estos pactos individuales el empresario pretendía sustituir a los representantes de los trabajadores, con los que no había conseguido llegar a un acuerdo, soslayando así la exigencia de acuerdo de empresa para la modificación colectiva del régimen horario previsto en convenio. Téngase en cuenta, en todo caso, que esta sentencia tiene un interesante voto particular del Magistrado Conde Martín de Hijas, centrado fundamentalmente en dos argumentos, a saber: en primer lugar, la necesidad de alegar la lesión del derecho fundamental en instancia, por entender que la alegación de conculcación del derecho a la negociación colectiva no basta para acceder al recurso de amparo, en tanto que éste no es un derecho fundamental y que su integración en el derecho de libertad sindical no supone que ambos aparezcan en todos los conflictos indisolublemente unidos (son dos derechos diversos, uno con rango de derecho fundamental y otro no); y, en segundo lugar, que con la declaración judicial de inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo (por tratarse de situaciones perfectamente individualizables), no se cerraba las puertas a la tutela judicial del derecho del sindicato a que la protección de su libertad sindical, en su vertiente de negociación colectiva.

El contenido colectivo de la libertad sindical puede ser ampliado o mejorado vía convenio colectivo, siempre que con ello no se esconda una discriminación sindical. En el asunto de la **STS de 15 de julio de 2005**, I.L. J 1179, la mejora consistía en la concesión de una subvención a los sindicatos con “mayor nivel de implantación” entre el personal laboral de la Comunidad Autónoma de Madrid. Así, en artículo 69.1.4º del convenio colectivo regulador de este personal para los años 2001-2003, se definían estos sindicatos como “aquellos que hayan obtenido, al menos, el 15 % de los Delegados de Personal y miembros de los Comités de Empresa y Juntas de Personal del conjunto de Centros y Servicios incluidos en dichos ámbitos convencionales”, reconociéndoseles ciertos derechos, entre ellos “obtener las subvenciones oficiales en los términos establecidos por el Consejo Regional de la Función Pública de forma proporcional a su representación en dicho órgano (...)”. De la literalidad del precepto se desprende con facilidad que la voluntad de los negociadores fue, precisamente, reservar las subvenciones a los sindicatos con mayor nivel de implantación, excluyendo a los restantes, y distribuyendo el fondo anual de subvenciones en atención a la representación obtenida en el órgano de representación unitaria.

Sin embargo, como se advierte en esta sentencia, debe tenerse en cuenta que es jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo que el derecho de libertad sindical incluye la prohibición de trato diferenciado entre los sindicatos que no responda a criterios objetivos, y que el Tribunal Constitucional tiene declarado que no es un criterio objetivo y razonable atribuir subvenciones en exclusiva a las centrales “más representativas” cuando tienen como finalidad la promoción de funciones que son propias de todos los sindicatos, pues con ello se puede producir una presión indirecta para la afiliación de los trabajadores a determinados sindicatos al situarlos en una posición superior a los demás para ofrecer mejores servicios a los trabajadores. El Tribunal Supremo utiliza este argumento para considerar discriminatoria la previsión convencional impugnada, en tanto que la fórmula que utiliza “sindicatos de mayor implantación” por el modo de calcular dicha implanta-

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

ción (en función del número de representantes unitarios conseguidos) es muy próxima a la de la “mayor representatividad”, y las subvenciones tienen como objetivo el fomento de la actividad sindical en general. Ahora bien, aclara el Tribunal a renglón seguido que tal declaración no significa, ni mucho menos, que se pueda reconocer la subvención directamente al sindicato reclamante que carece de ese grado de “implantación”, habida cuenta que para conseguir tal propósito debe solicitar la anulación de la cláusula convencional controvertida en lugar de su extensión a otros sindicatos, lo que no se hace en este caso.

La vertiente individual de la libertad sindical, por su parte, acoge el derecho de los trabajadores a presentarse como candidatos en las elecciones sindicales correspondientes, sin ser objeto por ello de represalia empresarial de ningún tipo. Así, por ejemplo, los despidos de los trabajadores que traen su causa, precisamente, en el hecho de que éstos se hayan presentado como candidatos a la elección de la representación unitaria deben considerarse lesivos del derecho fundamental, invirtiéndose en el proceso de impugnación correspondiente la carga probatoria, siempre que se presenten indicios de esa lesión. En el asunto de la **STSJ del País Vasco de 29 de enero de 2005**, I.L. J 1382, el Tribunal considera indicios suficientes el que la empresa conocía que dichos trabajadores tenían intención de presentarse como candidatos, y los despide imputándoles unos cargos absolutamente iguales a todos ellos (todos eran candidatos), sin la menor diferencia, lo que resulta absurdo si lo que se quiere es castigar unas conductas individuales constitutivas de incumplimientos contractuales. Esa identidad absoluta de los cargos resulta aun más llamativa, como señala el Tribunal, si se nota que no se trata de uno, sino de ocho supuestos incumplimientos, lo cual constituye un número suficiente como para hacer absolutamente imposible que todos hayan efectuado siempre la misma conducta. Indicios de lesión que se refuerzan con la formulación de los incumplimientos imputados en términos totalmente genéricos, supuestamente expresivos de unas acciones continuadas en un tiempo prolongado, no sancionadas en su momento.

También se considera indicio suficiente de lesión del derecho de libertad sindical el despido de un candidato al día siguiente de su presentación como tal por hechos que se había producido bastante tiempo atrás, sin que el Tribunal admita como razón justificativa de la ausencia de lesión la única alegación de la empresa, a saber: que la falta por la que se le sanciona no había prescrito aún (**STSJ de Andalucía de 7 de abril de 2005**, I.L. J 1356).

B) Secciones y delegados sindicales

La libertad sindical alcanza también al derecho a disfrutar de las facilidades que la Ley reconoce a las organizaciones sindicales, por ejemplo, el derecho de las secciones sindicales a celebrar reuniones en los términos normativamente previstos (artículo 8 LOLS). Este derecho responde a las facultades sindicales de autoorganización y libre determinación de la estrategia y línea de acción, y forma parte del contenido de la libertad sindical. Este derecho opera, así, a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, siendo en el específico ámbito sindical el soporte instrumental para el ejercicio de otros derechos, especialmente el de información. Aunque el Tribunal Constitucional ha advertido en más de

una ocasión que integra el contenido adicional de la libertad sindical, en la **STSJ de Galicia de 29 de abril de 2005**, I.L. J 1385, se mantiene que forma parte del contenido esencial del derecho de sindicación a tenor de lo dispuesto en las decisiones por el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo.

Este derecho se distingue, de este modo, del derecho de reunión del artículo 4.1.f) ET, en que sirve para canalizar la organización interna del sindicato y viabilizar el flujo de información sindical en la empresa o centros de trabajo, correspondiendo su titularidad individualmente a los trabajadores afiliados a un sindicato aunque sea de ejercicio colectivo (STC de 28 de abril de 1988). El derecho de reunión reglado en los artículos 77 a 80 ET corresponde a todos los trabajadores independientemente de su afiliación, y, por ello, las asambleas sólo pueden ser convocadas por el 33% de los mismos o por los órganos de representación unitaria como órganos de representación del conjunto de trabajadores de una empresa o centro de trabajo. No obstante, como se señala en la **STSJ de Galicia de 29 de abril de 2005**, I.L. J 1385, el que la reunión sea sindical no obsta para que además de convocar a los afiliados al sindicato se abra ésta a todos los trabajadores que quieran sumarse, habida cuenta que el derecho de libertad sindical comprende tanto el derecho de los sindicatos a autoorganizarse como a promover acciones de proyección externa dirigidas a todos los trabajadores, sean o no afiliados.

El ejercicio de este derecho de reunión sindical requiere, como es lógico, de un soporte físico en el que hacerlo efectivo, como se recuerda en el asunto de la citada **STSJ de Galicia de 29 de abril de 2005**, I.L. J 1385, en la que se declara lesionada la libertad sindical de CCOO como consecuencia de la negativa empresarial a poner a disposición del sindicato un local para la celebración de una reunión sindical, habiendo quedado probado que este sindicato carece de local adecuado para sus reuniones, que su delegado había solicitado anticipadamente (el 12 de noviembre) la cesión de un local dentro de la empresa para una reunión a celebrar el 18 de noviembre fuera del horario laboral, precisándose en la solicitud el orden del día. La petición es rechazada por el empresario alegando que carece de local y que la costumbre en la empresa es celebrar las reuniones en locales ajenos. Para sustentar jurídicamente este pronunciamiento, el Tribunal recuerda que en el Convenio núm. 135 de la OIT se reconoce a los representantes (unitarios y sindicales) de los trabajadores el derecho a disponer en la empresa de las facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones. Aunque tal reconocimiento no significa que el derecho de reunión comprenda la obligación empresarial de poner siempre a disposición un local (SSTC 91/1993 y 15/2003), tampoco ampara negativas injustificadas en este sentido, como la de este caso, en tanto que había quedado probado que la empresa disponía de tres locales grandes (un comedor para doscientas personas, un almacén y aula de formación para treinta). Sostiene el Tribunal que esta circunstancia sirve para invertir la carga de la prueba, pesando sobre el empresario la carga de probar que existen razones proporcionadas, objetivas y ajenas al propósito antisindical que justifican su negativa, sin que a tal efecto deba considerarse suficiente ni el argumento de la costumbre de celebrar las reuniones en locales ajenos, ni el de que carece de un local lo suficientemente grande.

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

En otro orden de cosas, hay que recordar que entre los derechos reconocidos a los delegados sindicales está la audiencia previa a la imposición de una sanción a un afiliado. El empresario agota sus obligaciones respecto de este derecho dando al delegado la oportunidad de ser oído. Ahora bien, como se aclara en la **STS de 7 de junio de 2005**, I.L. J 1136, esta obligación no se cumple si entre la comunicación al delegado y el despido transcurren menos de veinticuatro horas, pues en tal lapso temporal es imposible atender a los fines de este derecho. En tan breve plazo no es presumible que los delegados sindicales puedan razonablemente articular una efectiva defensa preventiva de los intereses del afiliado que pueda dar lugar a un cambio en la decisión empresarial, a la adopción de medidas que puedan influir de manera preventiva en la decisión disciplinaria proyectada, o a la aportación al empresario de datos relevantes. Los delegados deben disponer de un plazo razonable para hacer efectiva esta garantía atendiendo al carácter finalista de los preceptos reguladores, plazo que, como ya señalara el Tribunal Supremo en Sentencia de 16 de octubre de 2001, ha de ser de al menos un día completo (veinticuatro horas).

C) Tutela procesal de la libertad sindical

Una de las singulares más reseñables de la tutela judicial de la libertad sindical es la inversión parcial o relativa de la carga probatoria que para la misma se prevé. Esta regla, como tiene declarado el Tribunal Constitucional (STC 29/2002, de 11 de febrero), “coadyuva a garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo, por lo complejo que resulta desvelar posibles lesiones de estos derechos, encubiertas frecuentemente tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial. Ahora bien, es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que cuando se alegue que determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado, incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental. Pero para que opere este desplazamiento al demandado del *onus probandi* no basta que el actor la tilde de discriminatoria, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato y, presente esta prueba indiciaria, el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aún sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales; no se le impone por tanto la prueba diabólica de un hecho negativo –la no discriminación– sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito de lesionar derechos fundamentales” (STC 293/1993, 85/1995, 83/19977, y 308/2000, ente otras).

Para apreciar la concurrencia del indicio (o indicios) preciso (s) para invertir la carga probatoria, servirán tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquellos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar, por tanto, más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental (STC de 12 de septiembre de 2005, I.L. J 1505 y STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de mayo de 2005, I.L. J 1294). Ahora bien, como ya señaló el Tribunal Constitucional (STC

171/2003) y se recuerda en la **STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de mayo de 2005**, I.L. J 1294, el hecho de la militancia sindical y el ejercicio de la actividad sindical, no bastan para entender concurrentes aquellos indicios, siendo preciso añadir otros elementos que pongan indiciariamente en conexión lo uno, esto es, el factor protegido, en este caso la discriminación sindical, con lo otro, el resultado del perjuicio que concretaría la lesión. La confluencia del factor sindical y la actuación empresarial representa únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la lesión aducida, pero no un indicio de vulneración que por sí solo desplace al demandado la carga de probar la adecuación constitucional de su acto. Así las cosas, se niega en la **STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de mayo de 2005**, I.L. J 1294, la existencia de indicios de lesión en un asunto en el que un representante de los trabajadores había sido cambiado de puesto en el marco de un ejercicio de movilidad funcional empresarial, decisión que el trabajador entendía respondía a su condición y al hecho de que se le hubiese restringido, según sus palabras, el uso del crédito horario. El Tribunal tiene en cuenta que de las 29 veces que disfrutó de su crédito horario sólo en una se denegó la solicitud y porque no se había presentado la solicitud en tiempo y forma, y que no sólo él había resultado afectado por la movilidad funcional, sino todo un grupo de trabajadores. A la luz de estas circunstancias el Tribunal entiende que no hay indicios de lesión que permitan la inversión de la carga probatoria, pues el simple dato de la militancia sindical del actor no implica que deba recibir un trato distinto al del resto de trabajadores.

Esta regla de inversión de la carga probatoria resulta igualmente aplicable cuando el presunto agresor del derecho fundamental es la Administración Pública. Así se advierte en la **STC de 12 de septiembre de 2005**, I.L. J 1505, a propósito de la destitución de un funcionario que ocupaba un puesto de libre designación. En este caso, se alegaba lesión del derecho de libertad sindical al haber sido cesado del puesto que venía desempeñando como consecuencia de su condición de representante sindical, siendo clara la existencia de indicios suficientes al respecto (garantía de inmunidad). A tal efecto, el Tribunal comienza, ya que la demanda de amparo se refiere a una supuesta vulneración del derecho a la libertad sindical acaecida en el ámbito de la prestación de servicios de un funcionario público, y no en el ámbito de una relación laboral, recordando que ya ha tenido ocasión de advertir este Tribunal que también la Administración Pública ha de actuar siempre con objetividad y plena sumisión a la legalidad sin asomo de arbitrariedad (STC de 30 de enero de 2003), quedando sujeta a la necesidad de acreditar la regularidad de sus actos cuando por parte de sus funcionarios se haya ofrecido un principio de prueba indicativo de una posible vulneración de un derecho fundamental, de modo que el margen de discrecionalidad característico de determinados actos administrativos no modifica la exigencia de la carga probatoria, a la que la Administración debe atender incluso en el supuesto de decisiones discrecionales, como ocurría en este caso (SSTC 114/2002, 49/2003, y 111/2003).

En este caso, para justificar la antisindicalidad real de la causa del cese, el demandante aduce básicamente la proximidad temporal del mismo con la fecha en que la Administración tuvo conocimiento de su designación como representante sindical, y la ausencia

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

de toda justificación objetiva y racional para dicho cese, alegándose unas razones de falta de idoneidad y de desajustes funcionales que no se correspondían con su historial profesional, con el tiempo de ejercicio de su cargo y con las diversas felicitaciones públicas recibidas durante dicho ejercicio. Circunstancias estas que el Tribunal estima suficientes para invertir la carga probatoria, entendiéndose que las razones proporcionadas por la Administración, que se limitó a recordar que se trataba de un puesto de libre designación y que por tanto se cubriría discrecionalmente (sin necesidad de motivación), no bastan para romper la presunción de antisindicalidad de la medida, en tanto que la libre facultad de decisión propia de este tipo de puestos tiene como límite los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

En otro orden de cosas y por lo que se refiere a las condiciones que ha de cubrir la potencial lesión para poder tramitarse por este cauce procesal, cabe preguntarse si es preciso que ésta sea actual. A esta cuestión atiende la **STSJ de Madrid de 16 de abril de 2005**, I.L. J 1586, en un asunto en el que a un libertado de un sindicato no se le permite tomar parte en las elecciones al Consejo Escolar en el Instituto de Enseñanza Secundaria al que estaba adscrito precisamente por su condición de liberado. El trabajador había entrado a sustituir (mediante elecciones parciales) la vacante dejada por una trabajadora elegida (en el curso 2000/2001) representante de Personal de Administración y Servicios en dicho Consejo en 2002, en 2003 fue liberado en representación de su sindicato, en 2004 se personó en la reunión del Consejo Escolar del centro y se le indicó que no podía participar en la misma al no ser ya representante del personal de Administración y Servicios al encontrarse liberado de sus funciones. En ese momento presentó escrito al Presidente del Consejo Escolar, manifestándole que no entendía lo ocurrido y que consideraba que era una situación a todas luces irregular, a lo que se opuso el Presidente por entender que su exclusión era necesaria para salvaguardar el derecho de representación del personal de Administración y Servicios al no estar realizando él funciones como PAS en el Instituto. Unos días más tarde el Secretario General de la Dirección del Área Territorial de Madrid, le reconoció expresamente este derecho, advirtiéndole que la duración de su mandato era de 4 años, y que no podían promoverse elecciones anticipadas cuyo objetivo fuese la elección parcial del Consejo Escolar, incluyendo el representante de Administración y Servicios, como se había hecho. Aun así se celebraron las elecciones parciales incluyendo ese puesto y no se incorporó al liberado en el censo de elegibles, aunque él se presentó igualmente, no siendo publicada su candidatura por no estar en el censo.

Ante estas circunstancias, el trabajador interpuso demanda por lesión de libertad sindical, que se admite en instancia procediendo el juzgador a declarar la nulidad de esas elecciones, el derecho del trabajador a tomar parte en ese órgano de representación (a mantener su condición de representante del mismo), y la nulidad de todas las decisiones adoptadas en el seno del Consejo Escolar en las reuniones en las que no se ha dejado tomar parte al demandante. Esta decisión es impugnada por la Comunidad de Madrid por supuesta inadecuación de procedimiento, en tanto que, según la Comunidad, el proceso especial de tutela de la libertad sindical sólo puede emplearse para lesiones actuales del derecho, esto es: como reacción inmediata, y en este asunto bastaba con que hacia el futuro el trabajador pudiese actuar como representante, sin que por este cauce procesal se pudieran anular las actuaciones del Consejo Escolar por carecer de actualidad esas conductas lesivas. Frente a

este argumento recuerda el Tribunal, recuperando doctrina del Tribunal Supremo (STS de 20 de junio de 2000), que no puede admitirse que el ejercicio de la acción de tutela de los derechos de libertad sindical y otros derechos fundamentales esté inexcusablemente condicionado a la persistencia y actualidad de la lesión constitucional que se pone de relieve, ya que no existe ninguna previsión normativa que así lo exija.

Es cierto que la Ley describe la sentencia que pone fin a estos procesos con un contenido complejo, en el que se ordena al cese inmediato del comportamiento antisindical, se repone la situación al momento anterior a producirse el mismo, y se reparan las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización en caso de que proceda. Sucede, así, que normalmente esta sentencia es declarativa y de condena, y en ella se lleva a cabo al mismo tiempo una tutela inhibitoria respecto del acto lesivo de la libertad sindical, una tutela restitutoria o de reposición del derecho vulnerado, y en su caso una tutela resarcitoria de los daños producidos. Y probablemente fueron aquellos supuestos en que la lesión del derecho fundamental se mantiene viva y actualizada en el momento de dictarse la sentencia, los que tuvo en mente el legislador a la hora de regular este procedimiento y dotar de contenido a la sentencia. Pero ello no obliga al trabajador o sindicato que sufre la lesión a reaccionar de inmediato frente a ella, porque el legislador no ha sometido el ejercicio de la acción judicial de tutela laboral de estos derechos fundamentales (imprescriptibles, por cierto) a plazos específicos de caducidad o prescripción. Así las cosas, lo único que sucederá cuando la conducta lesiva haya cesado con anterioridad, será que la sentencia no podrá contener en su integridad el pronunciamiento complejo del artículo 180.1 LPL.

De otro lado, ha de recordarse, respecto al empleo de este cauce procesal, que la declaración de inadecuación del procedimiento es excepcional, sólo cabe cuando: en la demanda no se alega derecho fundamental o cuando se emplea este proceso en fraude de ley, como se recuerda en la **STS de 27 de julio de 2005**, I.L. J 1624, en un asunto en el que se alegaba lesión del derecho fundamental por la adopción de un acuerdo del comité inter-centros, argumentando la otra parte inadecuación del procedimiento por tratarse de una cuestión de mera legalidad ordinaria. En este sentido, señala el Tribunal Supremo que, como ya advirtiera el Tribunal Constitucional, es formalmente necesario alegar la lesión de un derecho fundamental, si bien la introducción en la controversia de la denuncia de una infracción de la legalidad ordinaria, la alegación de fundamentos jurídicos diversos a la tutela o la consideración por el órgano judicial competente de que no se ha producido la lesión del derecho fundamental invocado, no afectan a la adecuación del procedimiento. En estos casos el juzgador desestimaré la demanda, sin entrar en los restantes fundamentos de legalidad ordinaria, pero no declarará la inadecuación del procedimiento, siempre que en él se haya instado formalmente la tutela de un derecho fundamental de forma correcta.

Por último, debe tenerse en cuenta que este proceso especial no puede emplearse para la directa impugnación de normas en sentido estricto. Así se señala en la **STS de 29 de junio de 2005**, I.L. J 1604, a propósito de la impugnación por esta vía del Decreto 6/2004,

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

de 22 de enero, de la Administración del Principado de Asturias, por el que se regula la jornada, horario, permisos, licencias y vacaciones del personal de dicha Administración. Recuerda el Tribunal que la anulación de esta norma corresponde en exclusiva, por su rango, a la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA DE LOS TRABAJADORES

A) Configuración jurídica

La citada regla de inversión relativa de la carga probatoria sólo puede ser alegada por quienes tiene legalmente reconocido el derecho de libertad sindical. Sucede, así, que en la defensa procesal de los intereses de la representación unitaria no cabe el juego de esta regla, tal como se recuerda en la **STSJ de Cantabria de 4 de mayo de 2005**, I.L. J 1405, en un asunto en el que se denunciaba vulneración del derecho a la igualdad y violación del derecho de libertad sindical por la exclusión de un sindicato del seno del comité de seguridad y salud. Sostiene el Tribunal que no puede haberse producido tal lesión en tanto que los delegados de prevención de riesgos, por su condición de representantes unitarios, no tienen reconocido el derecho de libertad sindical.

B) Derechos (libertad de expresión)

En el desarrollo de su actividad, los representantes de los trabajadores tienen reconocida la posibilidad de expresar libremente opiniones sin represalia empresarial, siempre que en el ejercicio de este derecho se respeten los límites impuestos por nuestro ordenamiento. En la **STSJ de Madrid de 17 de mayo de 2005**, I.L. J 1555, se valora el alcance de este derecho y sus límites, a propósito del despido del presidente de un comité de empresa que a través del correo electrónico hizo llegar a los trabajadores un comunicado con algunas críticas sobre la capacidad laboral y de gestión empresarial de los directores de recursos humanos de la empresa por ciertos actos –descritos en el comunicado enviado– relativos a la selección y formación del personal y a la relación de éstos con la gerencia. El trabajador entiende que el contenido del comunicado publicado en la página web del Comité está perfectamente razonado, argumentado y probado y que, por ello, el despido es nulo al lesionar el derecho a la libertad sindical en su vertiente de ejercicio legítimo del derecho de libertad de expresión.

Para pronunciarse sobre la calificación del despido el Tribunal recuerda que la libertad de expresión, en el marco del ejercicio de la actividad de representación de los trabajadores, requiere un tratamiento especial. Así, con carácter general en la relación laboral, según doctrina constitucional, existe una serie de derechos y obligaciones recíprocas entre las partes, como el que afecta a la buena fe y diligencia, que limitan el ejercicio de los derechos fundamentales, de manera que para vislumbrar si se ha superado el límite en el ejercicio del derecho de libertad de expresión es necesario atender a las circunstancias concretas del caso y realizar sobre ellas una “ponderación adecuada que respete la definición y valoración constitucional del derecho fundamental” (expresiones vertidas, contexto en el que se han proferido, difusión, etc.), sin que ello signifique “limitar la

cobertura que ofrece la libertad de expresión a aquello que sea necesario, entendido en el sentido de imprescindible, adecuado y absolutamente pertinente, ni reducir su ámbito de protección a las expresiones previsibles o al uso en situaciones de acuerdo o avenencia, pues esa lectura de los márgenes de actuación del derecho fundamental supondría reducir el ámbito de la libertad de expresión a las ideas de corrección formal abstracta y utilidad o conveniencia, lo que constituiría una restricción no justificada de esos derechos de libertad de los ciudadanos e implicaría desatender, en contra de las posiciones de nuestra jurisprudencia, la libertad del sujeto y el entorno físico o de situación en el cual se produce su ejercicio” (STC 151/2004).

Por el contrario, el ejercicio de la actividad de representación de los trabajadores permite una permeabilización de los criterios que en este ámbito se aplican a la relación laboral, en cuanto el conflicto laboral en el que se ejercita la libertad de expresión se produce fuera de la esfera contractual individual, trascendiendo al conjunto de trabajadores, cuyos intereses, profesionales y económicos, defienden los representantes, que a su vez tienen derecho a informar a sus representados. En estos casos, con base en los derechos constitucionales atribuidos a los representantes de los trabajadores, el margen de libertad y discrecionalidad que se debe otorgar en la manifestación de opiniones y expresiones ha de tener presente el enfrentamiento existente entre las partes, sin admitir, por descontado, actitudes ilícitas.

En la ponderación que se hace en este caso, el Tribunal tiene en cuenta, respecto al contenido, que en el comunicado se llega a decir que los directores de recursos humanos de la empresa “mienten” y “falsifican”, pero se entiende que estas afirmaciones no pueden considerarse gravemente ofensivas, pese a su crudeza, porque se refieren a la falta de cumplimiento por este personal del Plan de formación y a los datos estadísticos que ofrecen al incluir en sus informes cursos no impartidos o impartidos por otras personas, y a la utilización de criterios que, a juicio del comité, sólo sirven para inflar el número de acciones formativas. Además ni estas opiniones, ni la negativa del comité a colaborar con estos directores, ni la solicitud de su destitución, merecen, según el Tribunal, la consideración de amenazas al no ir dirigidas, en ese contexto, a la producción de daño alguno sino a la necesidad, según consta en el documento, de suplir la incompetencia que, a juicio del comité de empresa, existe en la dirección de recursos humanos. A lo que añade el Tribunal que el medio de difusión utilizado tampoco ha sido relevante al ser la forma de comunicación habitual por la que el comité de empresa transmite a los trabajadores la información. Por todo ello, concluye el Tribunal que la participación del trabajador en la elaboración del comunicado no constituye más que un legítimo ejercicio de su derecho fundamental a la libertad de expresión, en el marco del ejercicio de su actividad como presidente del comité de empresa.

Aunque añade a esta valoración que no concurren en el asunto litigioso indicios que permitan advertir que la empresa ha articulado el despido como represalia por la actividad que el trabajador está desplegando en su condición de presidente del comité, por lo que no cabe la inversión de la carga probatoria respecto de la lesión del derecho fundamental.

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

Por lo mismo, niega también la existencia de indicios suficientes de la producción de un daño moral indemnizable.

3. CONFLICTOS COLECTIVOS

A) **Ámbito de aplicación del proceso de conflicto colectivo**

Está sobradamente consolidada la doctrina judicial que sostiene que para que una controversia pueda tramitarse por el proceso de conflicto colectivo es necesario que en el litigio concurren dos elementos: uno subjetivo, que se materializa en el hecho de que el conflicto afecte a un grupo genérico de trabajadores, no bastando con que se trate de una mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad; y uno objetivo, consistente en la presencia de un interés general, que es el que actúa a través del conflicto y que se define como un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y por tanto no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros, o como interés que aunque pueda ser divisible, lo es de una manera refleja en sus consecuencias, que han de ser objeto de oportuna individualización, pero no en su propia configuración general (STSJ de Cataluña de 26 de abril de 2005, I.L. J 1515).

Así se recuerda, de nuevo, en la STS de 8 de junio de 2005, I.L. J 1230, en la que se advierte inadecuación del procedimiento en la medida en que la petición de la demanda consistía en la reclamación concreta de cantidades individualizadas para cada uno de los demandantes, lo que “no constituye una pretensión propia de un conflicto colectivo”, al faltar el carácter genérico del grupo de trabajadores y la cualidad general del interés ejercitado, puesto que se trata de un grupo o pluralidad de trabajadores de contornos definidos que solicitan el abono de cantidades determinadas y concretas. No olvidemos, en este sentido, que como ya señalara este mismo Tribunal en Sentencia de 28 de mayo de 2002, “la individualización de la pretensión, para contemplar las circunstancias particulares de los miembros del grupo, eliminaría el carácter genérico del interés colectivo, deslizando la pretensión al marco propio del conflicto plural”.

Nótese, en todo caso, que como se advierte en la STS de 8 de julio de 2005, I.L. J 1239, el hecho de que un litigio tenga por objeto un interés individualizable, que se concrete o pueda concretarse en un derecho de titularidad individual, no hace inadecuado el procedimiento especial de conflicto colectivo, siempre que el origen de la controversia sea la interpretación o aplicación de una regulación jurídicamente vinculante que afecte de manera homogénea e indiferenciada a un grupo de trabajadores (STS de 1 de junio de 1992). El problema no consiste tanto en esa potencial afectación plural que puede derivarse de una sentencia colectiva, sino en la dimensión en que ha de plantearse la controversia, que no puede consistir en la solicitud del reconocimiento de una situación individualizada de uno o varios trabajadores, sino en una declaración general que se corresponda con el propio carácter genérico del grupo de los trabajadores incluidos en el conflicto. Eso explica que en sendas sentencias el Tribunal Supremo estimase inadecuación del procedimiento, en la de 8 de junio los demandantes solicitaban que se reconociese el derecho de

los trabajadores afectados por el conflicto colectivo a que se les abone de conformidad a la categoría profesional con la que fueron contratados de especialistas de extinción y que se les abonase la cantidad de 165,38 euros por cada trabajador que fue contratado con dicha categoría profesional y por cada uno de los ocho meses del año 2003, mientras que en la de 8 de julio se solicitaba que se declarase el derecho al reconocimiento del nivel de desarrollo profesional especial a todos los trabajadores que reuniendo los requisitos para estar incluidos en el grupo profesional, llevasen 7 años consecutivos en dicha situación y cumpliesen los demás requisitos para acceder a dicho nivel profesional especial, computando esos 7 años desde el momento en que reuniesen los requisitos para ejercer en el grupo profesional, y con efectos desde el momento en que hubiesen cumplido los 7 años en dicha situación.

Téngase en cuenta, en este último caso, que, como se señala en la sentencia, una declaración como la pretendida, después del 1 de enero de 2004, carecía ya de interés, ya que la demanda se interpuso en febrero de 2004. El trabajador que tuviera cumplidos los 7 años de prestación de servicios en el grupo, con anterioridad a esa fecha, no mejoraba su posición por el éxito de la actual demanda. Así las cosas, tal declaración únicamente podría beneficiar a los concretos trabajadores que hubieran presentado demanda que estuviera pendiente de resolver con anterioridad a 1 de enero 2004, y esta circunstancia no basta para entender que se ha constituido un grupo genérico de trabajadores.

Por el contrario, ha entendido el Tribunal que sí nos encontramos ante un grupo genérico y un interés general en el asunto de la **STS de 18 de julio de 2005**, I.L. J 1492, en el que se solicitaba que se declarase contraria a derecho la práctica empresarial consistente en excluir del convenio y desde el momento inicial de contratación a los titulados superiores contratados con posterioridad a 25 de octubre de 2000, sin previa asignación de grupo profesional y sin posterior ejercicio voluntario por parte de los afectados de su individual exclusión, ni efectivo desempeño de funciones de especial responsabilidad, así como la práctica de la empresa de no garantizar a estos trabajadores, como mínimo, las condiciones laborales previstas en la normativa convencional. En este tipo de pretensión, como bien señala el Tribunal, resulta sencilla la identificación del grupo genérico y homogéneo afectado, siendo improcedente el análisis de las circunstancias individuales de la prestación de servicios para determinar si cada trabajador en concreto se encuentra o no incluido en el ámbito en el que se ha suscitado la controversia. Tales condiciones permiten entender que se trata de un grupo o colectivo genérico de trabajadores homogeneizado por el elemento común de ser titulados superiores, teniendo este grupo genérico un claro interés compartido, el de estar o no dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo en el momento de ser contratados, que es lo que se plantea en la demanda.

Idéntica consideración –adecuación del procedimiento– merece la petición formulada en el asunto de la **STSJ de Cataluña de 26 de abril de 2005**, I.L. J 1515, de declaración de nulidad de la práctica del Instituto Catalán de la Salud de cubrir las plazas vacantes temporales mediante anuncios internos, de los acuerdos de contratación de la cobertura de dichas plazas mediante este sistema, y de la relación de personas seleccionadas para ocu-

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

par esos puestos. Entiende el Tribunal que se trata de un conflicto jurídico y de carácter general porque no es susceptible de fraccionamiento entre los miembros de los grupos concernidos, sin que resulte o pueda ésta ser divisible, siendo precisamente la pretensión de que se declare que el ICS no puede cubrir vacantes temporales mediante anuncios internos, sin atender a la bolsa de trabajo y a las personas que están inscritas en ella, lo que da un carácter de generalidad que trasciende de los concretos afectados, comportando el análisis de las normas jurídicas, lo que permite afirmar la correcta utilización de la vía de conflicto colectivo.

También es éste el cauce procesal adecuado para la impugnación de modificaciones sustanciales colectivas de trabajo, como sucede en el asunto de la **STS de 27 de junio de 2005**, I.L. J 1171, en la que se pedía que se declarasen nulas y subsidiariamente injustificadas las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que la empresa había llevado a cabo en materia de “ayuda alimentaria” y plus de transporte, reponiendo a los trabajadores afectados en las condiciones de las que disfrutaban antes de la decisión empresarial.

B) Legitimación

Como bien señala el artículo 152 LPL, tienen legitimación para la interposición de demandas de conflicto colectivo los sindicatos y asociaciones empresariales a nivel supraempresarial, y a nivel de empresa y de ámbito inferior los empresarios y los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores. Lógicamente, para que un sindicato tenga legitimación para la interposición de una demanda de conflicto colectivo es preciso que su ámbito de actuación sea del mismo nivel o superior al del conflicto y que esté implantado en ese ámbito (**STS de 27 de junio de 2005**, I.L. J 1171, **STSJ de Cataluña de 30 de marzo de 2005**, I.L. J 1334), lo mismo puede decirse cuando quien interpone la demanda es una sección sindical (**STSJ de Cataluña de 30 de marzo de 2005**, I.L. J 1334).

Respecto de la implantación en el caso de los sindicatos, recuérdese que ésta resulta de la existencia de afiliados en dicho ámbito, aun cuando el sindicato carezca de representantes unitarios en el mismo o ni siquiera se haya presentado a las elecciones correspondientes (**STSJ de Extremadura de 12 de mayo de 2005**, I.L. J 1317).

4. EL DERECHO DE HUELGA (RESPONSABILIDAD SINDICAL)

La generación de daños en el marco de un conflicto colectivo puede derivar en la exigencia de responsabilidad al sujeto convocante. Ahora bien, la atribución de este tipo de responsabilidad a un sindicato cuando la huelga convocada es lícita, resulta una tarea francamente completa, tal como se aprecia en el asunto de la **STSJ de Galicia de 26 de abril de 2005**, I.L. J 1384. En aquella ocasión se trataba de la reclamación de una sustanciosa indemnización al Sindicato CIG, que el 31 de mayo de 2001 había convocado una huelga indefinida en la Empresa Transportes la Unión, SA. Durante el transcurso de la huelga más de cuarenta autocares de la empresa fueron objeto de actos violentos (rotura

de ventanillas, pinchazos, etc.), que generaron cuantiosos daños, sin que hubiese sido posible la identificación del autor o autores. Además, los huelguistas no respetaron todos los servicios mínimos fijados y como consecuencia de ello la empresa perdió una concesión de transporte escolar que hasta ese momento gestionaba. En este contexto un agente electoral del sindicato convocante fue condenado por un delito continuado de daños por los desperfectos causados el 27 de abril de 2001 en dos autobuses de la empresa, el Secretario Comarcal y el Secretario General en el ámbito del mar del sindicato convocante fueron condenados en juicio de faltas por coacciones; en junio de 2001 el Secretario Comarcal, el Secretario de negociación colectiva, un miembro de la Ejecutiva a nivel gallego y un trabajador del Sindicato CIG fueron detenidos por la Guardia Civil como autores de un delito de daños por los menoscabos causados en diversos autobuses de la empresa y el mismo agente electoral fue condenado por otros daños causados en un autobús de la empresa. Tomando en consideración los hechos relatados la empresa demanda que se condene al sindicato CIG al pago de la indemnización correspondiente, en el marco de lo dispuesto en el artículo 5.2 LOLS. Solicitud que el Tribunal rechaza en esta sentencia.

Para argumentar esta negativa, el Tribunal comienza por recordar que la propia naturaleza del derecho de huelga lo convierte en un medio de autodefensa basado en la producción de un daño, lo que hace difícil concebir la idea de que los huelguistas (y, por ende, el sindicato) puedan, en principio, ser detentadores de responsabilidad alguna por los perjuicios causados por la huelga lícita. Dificultad que se acentúa en nuestro ordenamiento en el que no sólo se configura la huelga como un derecho, sino que se eleva al rango de derecho fundamental. Todo ello no es, ciertamente, obstáculo insalvable para admitir que en el ejercicio del derecho de huelga, los huelguistas pueden traspasar indebidamente los confines permitidos por el ordenamiento y devenir, por ello, responsables del daño causado, pues es claro que todos los derechos –incluso los constitucionales– están sometidos a límites en su ejercicio.

Para averiguar en qué casos estos daños derivan en la imputación de responsabilidad es preciso recordar las palabras del Tribunal Constitucional, según las cuales “no basta con que la huelga origine un daño a la empresa, sino que es preciso que el daño sea grave y que haya sido buscado por los huelguistas más allá de lo que es razonablemente requerido por la propia actividad conflictiva y por las exigencias inherentes a la presión que la huelga necesariamente implica” (SSTC 41/1984, 21/1984 y 72/1982, y SSTs de 17 de diciembre de 1999, de 17 de enero de 2000 y de 28 de mayo de 2003). Esta problemática se incrementa considerablemente si el sujeto a quien se pide responsabilidad no es el huelguista sino la organización sindical en su condición de convocante de un paro lícito, haciéndola responsable de los actos individuales de sus afiliados (artículo 5.2 LOLS). Esta imputación de responsabilidad por actos de los huelguistas se vuelve francamente difícil a la luz de la ausencia de previsión legal clara al respecto, y de doctrina judicial consolidada sobre este tipo de responsabilidad, son muy pocas las sentencias que contienen pronunciamientos sobre responsabilidad civil derivada de huelga (SSTs de 14 de febrero de 1990, de 30 de junio de 1990, de 6 de julio de 1990 y de 3 de abril de 1991).

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

El vacío de legislación laboral en esta materia ha determinado la aplicación subsidiaria de las normas civiles sobre responsabilidad resarcitoria, conforme a lo previsto por el artículo 4.3 CC. En principio, nada obsta a la aplicación de la doctrina general sobre responsabilidad civil por daños, contenida en los artículos 1102 y siguientes CC respecto de la responsabilidad contractual o derivada del incumplimiento de obligaciones pre-existentes a la afirmación de responsabilidad, y en los artículos 1902 y siguientes de la misma norma, para el supuesto de responsabilidad extracontractual por daños a terceros, consecuencia del quebrantamiento del principio general *alterum non laedere*. Así pues, si se admite la posibilidad de que se pueda incurrir en dicha responsabilidad por daños, para el éxito de la petición resarcitoria del perjuicio ocasionado en la huelga será precisa la concurrencia de los elementos que, según las precitadas normas generales, hacen nacer la responsabilidad civil.

La responsabilidad implica que un sujeto ha vulnerado un deber de conducta impuesto en interés de otro y por ello queda obligado a resarcirle. Esta responsabilidad civil tradicionalmente se clasifica en contractual y extracontractual (aquiliana); la primera supone una trasgresión de un deber de conducta impuesto por un contrato, la segunda, por el contrario, da idea de la producción de un daño a un tercero al margen de una previa relación jurídica (obligación de abstenerse de un comportamiento lesivo para los demás). Pero en ambas se exige, de un modo similar, culpabilidad, si bien es cierto que en buena medida la culpa extracontractual se ha venido objetivando y se ha alcanzado un sistema en el que se aceptan soluciones cuasi-objetivas demandadas por el incremento de actividades peligrosas en la técnica de nuestros días. Con arreglo a este planteamiento se entiende que quien crea la situación de riesgo y de ella se beneficia, igualmente ha de aceptar la contrapartida de responder —indemnizando— por los daños que traigan causa en tal actividad que comporte riesgo; es lo que integra la llamada doctrina de la responsabilidad por riesgo (STS, Sala de lo Civil, de 8 de noviembre de 1990).

Se llega a la responsabilidad por riesgo a través del cauce de invertir la carga probatoria y de presumir culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable, a no ser que el agente demuestre haber procedido con la diligencia debida a tenor de las circunstancias de tiempo o lugar, o cuando consta debidamente acreditada la culpa de la víctima; y se consigue esa misma finalidad objetivista entendiendo exigible una diligencia más alta que la administrativamente reglada, por considerar que la simple observancia de tales disposiciones no basta para exonerar de responsabilidad cuando las garantías adoptadas no han ofrecido un resultado positivo, revelando la insuficiencia del cuidado prestado. Sin embargo, la doctrina jurisprudencial dictada en unificación de doctrina a propósito de la responsabilidad empresarial insiste en que tanto en la regulación del artículo 1101 como la del artículo 1902 del Código Civil constituye presupuesto necesario para la exigencia de responsabilidad indemnizatoria el que se constate, aparte del daño, una conducta calificable con una cierta culpa o negligencia empresarial en nexo causal con aquel daño, poniendo expresamente de relieve la necesidad de poner límites a las responsabilidades empresariales (STS de 30 de septiembre de 1997). Por ello en este ámbito la responsabilidad por culpa ha de ceñirse a su sentido clásico y tradicional. Así, respecto de esta concreta responsabilidad se advierte que sólo cuando conste o se acredite una efectiva conducta empresarial causante directa del daño o que haya servido para aumentar

el riesgo propio del trabajo realizado podrá ser exigida la complementaria indemnización con base en responsabilidad contractual o extracontractual.

Así pues, no se ha producido una absoluta eliminación del elemento culposo, por cuanto su existencia es un “principio básico de nuestro ordenamiento jurídico que impide condenar a quien prueba que actuó con la debida y exigible diligencia, siendo la causa de los daños ajena a su actuar y no previsible” (STS, Sala de lo Civil, de 13 de diciembre de 1990), por lo que se impone la necesidad de que se acrediten acciones u omisiones culposas a añadir a la responsabilidad ya reconocida —en su caso— por infracciones de medidas de seguridad, toda vez que la existencia de las mismas no comporta, necesariamente, culpa civil.

En el asunto concreto del que conoce esta sentencia, el Tribunal entiende que aunque es claro que se producido un daño importante a la empresa, y éste trae su causa en el comportamiento inexcusable de diversos individuos durante la huelga, no se han podido identificar a los autores, salvo algunos daños causados por un agente del sindicato, y la literalidad de la norma (artículo 5.2 LOLS), exige una relación directa entre el sindicato y las actuaciones sancionables. Se hace, por tanto, necesario pronunciarse sobre si los daños provocados por un agente pueden ser imputables al sindicato al que pertenece; y si cuatro actos de violencia atribuibles a personas vinculadas con el sindicato son suficientes para generalizar la responsabilidad/autoría de los demás actos. Respecto de esta segunda cuestión basta con recordar la doctrina civil que, como ya se ha dicho, impide extender una responsabilidad más allá de los actos en los que el presunto responsable haya participado, sin posibilidad de generalización alguna, en el bien entendido que se exige culpa y prueba.

A este mismo principio responde el propio artículo 5.2 LOLS al advertir que el sindicato no responderá por actos individuales de sus afiliados, salvo que se produzcan en el ejercicio regular de las funciones representativas o se pruebe que dichos afiliados actuaban por cuenta del sindicato. Esta redacción supone imponer como regla general la exoneración de responsabilidad al sindicato por cualquier acto individual, salvo que pueda probarse que las actuaciones individuales que originaron los daños fueron llevadas a cabo por instrucción o consigna del sindicato en tal sentido, o que intervinieron representantes por cuenta del sindicato en los hechos por los que se reclama el resarcimiento. Se formula, así, en este precepto una presunción legal: siempre que la actuación se deba a los afiliados, se presumirá que el sindicato no está implicado en las resultas de aquélla. La imputación, por tanto, habrá de ser probada, sin que valga cualquier tipo de relación entre el afiliado y el sindicato. Ha de demostrarse una de las dos posibilidades contempladas en el segundo párrafo del artículo 5, y en el asunto de esta sentencia no concurre ninguna de las dos excepciones: ni se ha producido un ejercicio regular de funciones representativas (ni hay tal apoderamiento, ni la participación de representantes en algún acto violento supone la imputación de sus resultados a la organización), ni se ha probado que dichos afiliados actuasen por cuenta del sindicato.

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

La primera excepción imputa la responsabilidad al sindicato en el caso en que los actos individuales de los afiliados se produzcan en el ejercicio regular de las funciones representativas; supuesto referido a la representación voluntaria —que en el asunto estudiado no se produce—; aparte de que la expresión utilizada prohíbe una gestión *ultra vires* cuando sea perjudicial para los intereses del sindicato representado. La segunda lo hace en caso de actuación por cuenta del sindicato, esto es, si en lugar de haber mandato, expreso o tácito, el afiliado sólo y meramente ha obrado en su carácter de tal, siempre que tal acto haya redundado en provecho del sindicato. Habrá de tratarse, por tanto, de una comprobación *a posteriori*. En la medida en que no hay encargo previo ni documento que confirme el mandato, la imputación sindical sólo se admite tras la correspondiente prueba que destruya el tan repetido principio general de no imputabilidad; y desde luego, mal puede entenderse, sostiene el Tribunal, que “destruir patrimonios ajenos pueda englobarse en el concepto de provecho para el sindicato”.

Esta conclusión tiene similar alcance a la formulada en su día por el Tribunal Constitucional (STC 254/1988) para eximir de responsabilidad a los participantes en un piquete informativo y al sindicato al que pertenecían, de los daños producidos por un grupo de personas, al advertir que “el ejercicio abusivo del derecho de huelga no puede identificarse con la participación en grupos de huelguistas, y tampoco la mera representación de los mismos es, de acuerdo con la Ley, motivo suficiente para ser responsabilizado por el delito de coacciones cometido por otros. Tales interpretaciones no tienen en cuenta que el derecho de huelga, reconocido en el artículo 28 CE implica el derecho a requerir de otros la adhesión a la huelga y a participar, dentro del marco legal, en acciones conjuntas dirigidas a tal fin, sin que quepa admitir que el artículo 496 del CP hace responsables a quienes encabezan tales acciones de los excesos punibles que puedan cometer otras personas de un grupo. Un entendimiento de esta especie del artículo 496 CP no sólo superaría los límites legales previstos en el artículo 28 CE, sino que chocaría abiertamente con el principio de personalidad de la pena, que, como ha declarado este Tribunal, está protegido también por el artículo 25.1 de la Norma fundamental”.

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO (COORDINADORA)

IGNACIO GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ

ÁNGELES CEINOS SUÁREZ

VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Sumario:

1. Nota previa. 2. Legitimación para negociar. A) En los convenios que afecten simultáneamente a empresas privadas y a Administraciones Públicas. B) De las asociaciones empresariales. C) Prueba de la legitimación. **3. Procedimiento de negociación.**

4. Contenido “normativo”. Límites. A) Posibilidad de pactar el disfrute acumulado de las horas correspondientes al permiso por lactancia regulado en el artículo 37.4 del ET. B) Doble escala salarial y respeto del principio de igualdad. C) Posibilidad de excluir del régimen salarial del convenio colectivo a los trabajadores que sean objeto de contratos de inserción. D) Modificación. Del horario general pactado en el convenio del sector: imposibilidad de hacerlo por acuerdo con cada uno de los trabajadores afectados. Necesidad de acuerdo con los representantes legales de los trabajadores. **5. Determinación del convenio colectivo aplicable. 6. Concurrencia de convenios.**

1. NOTA PREVIA

De las sentencias reseñadas en la presente crónica, publicadas en los números 9 a 12, ambos incluidos, de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia de Lex Nova (diciembre 2005 a marzo 2006), destaca la del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005, que tiene ocasión de pronunciarse, nuevamente, sobre la imposibilidad de utilización de la autonomía individual como vía de modificación de lo pactado en convenio colectivo.

2. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR

A) En los convenios sectoriales que afecten simultáneamente a empresas privadas y a Administraciones Públicas

Tratándose de la negociación de uno de estos convenios, no ofrece duda que la determinación de los sujetos con capacidad y legitimación para negociar en representación de la

parte social ha de resolverse de acuerdo con lo que se deduce de las reglas que proporciona el artículo 87 del ET sobre legitimación para negociar convenios de ámbito superior a la empresa; esto es, la capacidad y legitimación expresadas corresponderá a los sindicatos. En cambio, se plantea la cuestión de si se ha de operar de igual modo en relación con la determinación de los sujetos con capacidad y legitimación para negociar en representación de la parte empresarial. Es claro que poseen capacidad convencional las asociaciones empresariales; ahora bien, los Tribunales laborales, empezando por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (entre otras, Sentencia de 14 de junio de 1999), han venido rechazando que una asociación empresarial pueda asumir la representación, en la negociación, de las Administraciones Públicas y consideran que éstas poseen al respecto capacidad y legitimación propias. A partir de ahí, se concluye que tal capacidad y legitimación debe tenerse en cuenta y respetarse en la negociación del tipo de convenio sectorial de que se trate y que, de lo contrario, deviene nula la cláusula convencional que extienda su ámbito de aplicación a aquéllas.

Pues bien, una importante fisura de la doctrina judicial anterior aparece, según se tuvo oportunidad de señalar en el número 23 de esta revista, en la **STS de 7 de octubre de 2004**, I.L. J 2317, dictada por la *Sala General* en casación para la unificación de doctrina y confirmando que es aplicable a un Ayuntamiento, en relación con el personal laboral que presta sus servicios en la guardería infantil que aquél regenta, el convenio colectivo de ámbito estatal de centros de asistencia de educación infantil, que extiende su ámbito de aplicación a las guarderías infantiles y jardines de infancia, abstracción hecha de quien sea el titular del centro; esto es, con independencia de que sea un empresario privado o una Administración Pública.

El criterio seguido por la anterior sentencia es confirmado, también en casación para la unificación de doctrina y en pleito entre iguales partes, por la **STS de 1 de junio de 2005**, I.L. J 1113, que reproduce buena parte de los razonamientos vertidos en la ya citada sentencia de 2004.

B) De las asociaciones empresariales

A efectos de establecer si una asociación empresarial cuenta, al menos, con el diez por ciento de las empresas del sector y, por lo tanto, reúne la primera de las condiciones de las que depende, según el artículo 87.3 ET, su legitimación inicial para formar parte de la comisión negociadora, el correspondiente cómputo se realizará sobre las empresas y no sobre los centros de trabajo, de modo que deben computarse como una única empresa todos los centros de trabajo que compartan el mismo número de identificación fiscal. “La literalidad del artículo 87.3 es clara cuando se refiere a ‘empresas’, que no a ‘centros de trabajo’” [STSJ de Andalucía (Málaga) de 21 de abril de 2005, I.L. J 1360].

C) Prueba de la legitimación

Aplica el conocido criterio judicial, según el cual ha de entenderse que quien aparece como sujeto negociador de un convenio colectivo ya concluido contó con la correspon-

VIII. Negociación Colectiva

diente legitimación para negociarlo y, por lo tanto, quien se opone a ésta debe probarlo, la STS de 21 de junio de 2005, I.L. J 1562:

“De acuerdo con nuestra jurisprudencia (...), los requisitos de legitimación de los convenios estatutarios se entienden cumplidos *iuris tantum* en aquellos convenios colectivos que han pasado sin obstáculo la tramitación administrativa del artículo 90.5 del Estatuto de los Trabajadores. No puede prosperar la denuncia de falta de legitimación cuando no se acredita la supuesta carencia de legitimidad (*sic*) por la parte sobre la que recae la carga de destruir la presunción *iuris tantum* señalada”.

3. PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN

“Deber de negociar”. No existe cuando la parte a la que se propone la apertura de la negociación, además de desistir de la unidad propia de ésta y elegir otra nueva y más amplia comprensiva de ella, invita a quien realiza la propuesta a participar en la negociación del convenio correspondiente a dicha nueva unidad. El ejercicio de tal facultad de desistimiento se encuentra respaldado, según manifiesta la STS de 21 de junio de 2005, I.L. J 1562, en relación con la unidad de negociación “almacenistas de plátanos” y su integración en la de “mayoristas de frutas, hortalizas y plátanos”, ambas de Madrid, “por la norma de libre elección de unidad de negociación del artículo 83.1 ET”. “La elección de una nueva y más amplia unidad de negociación justifica la exoneración del deber de negociar a la vista de la cláusula legal ‘sin perjuicio de lo establecido en los artículos 83 y 84’, y de la propia lógica de la negociación colectiva que impide la congelación o petrificación de las unidades de negociación en un sistema productivo que ha de adaptarse a cambios frecuentes en el modo de producción, en la organización de los recursos y en el propio marco legal de las actividades económicas”. Refuerza la conclusión de inexistencia de infracción del deber de negociar la apuntada invitación a participar en la negociación del convenio colectivo correspondiente a la nueva y más amplia unidad de negociación.

4. CONTENIDO “NORMATIVO”. LÍMITES

A) Posibilidad de pactar el disfrute acumulado de las horas correspondientes al permiso por lactancia regulado en el artículo 37.4 del ET

Admite dicha posibilidad, confirmando el criterio mantenido por la sentencia recurrida (la SAN de 29 de marzo de 2004, reseñada en el núm. 22 de esta Revista), la STS de 20 de junio de 2005, I.L. J 1228. En el caso de autos, el convenio examinado permite optar entre el disfrute del beneficio en la forma prevista en el artículo 37.4 del ET o a través de la acumulación del tiempo del permiso, cuya duración, en este caso, pasa a ser superior a la concedida legalmente.

B) Doble escala salarial y respeto del principio de igualdad

Se ajusta a este principio la cláusula del convenio colectivo que establece salarios diferentes en el marco de una estructura profesional y retributiva definida por el establecimiento

de un salario específico para cada uno de los diversos niveles (tres) correspondientes a cada categoría (por ejemplo, “especialista” A, B y C; “auxiliar técnico-administrativo” A, B y C), a los que se accede sucesivamente por el mero transcurso del tiempo y que sirven para hacer efectiva la promoción económica y profesional de los trabajadores. La permanencia en la empresa y el distinto grado de destreza o aptitud vinculados a cada nivel de la categoría proporcionan una justificación objetiva y razonable de la diferenciación salarial establecida. Así, **STS de 20 de junio de 2005**, I.L. J 1376:

“En el convenio no se establecen dos escalas de salarios en el sentido de dos regímenes retributivos diferenciados por la fecha de ingreso en la empresa o por una condición asimilable. Lo que se produce es el establecimiento de retribuciones distintas para categorías también distintas. En realidad, lo que la organización recurrente combate es que puedan existir categorías distintas cuando las funciones que [se] desempeñan son iguales, oponiéndose así al criterio de distinción más complejo que atribuye el convenio. Pero en este punto el convenio se mueve dentro de las facultades de ordenación del sistema de clasificación profesional que le confiere el artículo 22.1 del Estatuto de los Trabajadores (...). Es cierto que la categoría define normalmente el objeto de la prestación de trabajo mediante la delimitación de las funciones que ha de desarrollar el trabajador, pero el propio artículo 22 del Estatuto de los Trabajadores se refiere a las aptitudes profesionales en la definición del grupo y de la categoría, con lo que se introduce un elemento de ponderación diferente del elemento meramente objetivo del tipo de trabajo, pues el mismo tipo de trabajo puede desempeñarse con niveles de destreza o aptitud distintos y ello puede tenerse en cuenta por la norma. De hecho, como ha señalado la doctrina científica, aunque el sistema de clasificación profesional se ha elaborado históricamente en atención a las funciones desarrolladas por los trabajadores, también se han utilizado en su configuración factores complementarios, como la edad, la antigüedad o la titulación, y dentro de este esquema la antigüedad pondera precisamente la permanencia en el desempeño de las funciones, de una forma que se vincula a la presunción de que a través de esa permanencia se va adquiriendo una mayor destreza o especialización en el desempeño de las funciones. De esta forma, se ofrece una justificación suficiente de las diferencias de retribución entre las distintas categorías que tienen atribuidas las mismas funciones, pero que las ejecutan con distintos niveles de destreza o especialización.”

C) Posibilidad de excluir del régimen salarial del convenio colectivo a los trabajadores que sean objeto de contratos de inserción

Admite dicha posibilidad la **STSJ de Madrid de 9 de mayo de 2005**, I.L. J 1599, siguiendo el criterio de la de igual Tribunal y Sala de 21 de marzo del mismo año (se dio cuenta de ella en el número 25 de esta revista):

“Cabe concluir, ‘sin negar en absoluto el valor del trabajo prestado por quien formaliza un contrato de inserción, que, si el único requisito exigible al trabajador que se acoge al mismo es que se encuentre en desempleo, es porque ese trabajador carece de la cualificación y de la experiencia laboral que le serían exigibles en el caso de ser seleccionado para

VIII. Negociación Colectiva

otra modalidad contractual temporal'. Ambas carencias 'precisamente se tratan de suplir mediante el contrato de referencia. Y, sobre esta base, creemos que hay elementos que justifican la diferencia salarial acordada en convenio respecto al personal laboral sujeto a contrato de inserción'.

La adquisición de experiencia laboral de quien carece de ella justifica la diferencia salarial entre las diferentes clases de personal laboral, del mismo modo que la adquisición de experiencia laboral es la circunstancia que hace posible que el salario del trabajador en prácticas y del trabajador en formación siga un régimen diferente al del resto de trabajadores de la misma empresa al que aquéllos pertenecen. También lo permite la mejora de la ocupabilidad, entendida en el sentido que hemos precisado, pues no cabe ignorar la diferente realidad entre quienes son contratados en razón, fundamentalmente, a que puedan dejar, por un tiempo, al menos, la condición de desempleados y mantener un vínculo con el mercado laboral, y quienes lo son en atención a necesidades irrenunciables de la Administración, previa acreditación de la correspondiente cualificación profesional. Salvando las evidentes distancias que existen entre una y otra figura, no está de más recordar que también en su día se marcaron las diferencias entre el contrato de trabajo ordinario temporal y el denominado contrato temporal de 'colaboración social' de trabajadores desempleados que fue regulado en los artículos 38 y 39 del RD 1445/1982 (...).

Resumiendo lo anterior: no implica la vulneración de ningún derecho fundamental el que la regulación de un contrato de inserción no se rija por las reglas generales de un convenio colectivo, sino por otras distintas."

En igual sentido, STSJ de Madrid de 18 de abril de 2005, I.L. J 1645.

D) Modificación. Del horario general pactado en el convenio del sector: imposibilidad de hacerlo por acuerdo con cada uno de los trabajadores afectados. Necesidad de acuerdo con los representantes legales de los trabajadores

La viabilidad de una modificación como la señalada, admitida por la STS de 18 de julio de 2003 (reseñada en el número 17 de esta Revista) en relación con la modificación que se presenta más favorable para los trabajadores, es rechazada por la STC de 26 de septiembre de 2005, I.L. J 1630, que estima, con voto particular, el recurso de amparo presentado contra la citada sentencia y declara contraria a la libertad sindical la actuación de la empresa al proceder en la forma apuntada. Es irrelevante que la modificación pactada no sea peyorativa; lo relevante es que tal modificación se produzca con vulneración del derecho a la negociación colectiva de los sindicatos:

"3. La cuestión de fondo que plantea la presente demanda de amparo ha sido ya analizada en diversas ocasiones por este Tribunal; se trata, en concreto, de la afectación del derecho de negociación colectiva y, a través de él, del derecho de libertad sindical por actuaciones empresariales dirigidas a obtener a través de la autonomía individual el establecimiento de condiciones de trabajo para un conjunto de trabajadores de la empresa que modifican las previstas en el convenio colectivo de aplicación (...).

4. (...) este Tribunal ha analizado en diversas ocasiones el problema de fondo debatido en el presente recurso, relativo a determinar si la voluntad individual de los trabajadores, manifestada por la aceptación voluntaria de una oferta formulada por la empresa, puede, sin vulneración del derecho de negociación colectiva, modificar respecto de los mismos el contenido de lo pactado con carácter general en el convenio colectivo aplicable. Analizando una modificación igualmente referida a la jornada de trabajo, en aquel caso en el sector de seguros, nuestra STC 105/1992, de 1 de julio, respondió de manera negativa a la anterior cuestión, al entender que de lo contrario, de prevalecer la autonomía de la voluntad individual de los trabajadores sobre la autonomía colectiva plasmada en un convenio legalmente pactado entre los sindicatos y la representación empresarial, quebraría el sistema de negociación colectiva configurado por el legislador, cuya virtualidad viene determinada por la fuerza vinculante de los convenios constitucionalmente prevista en el artículo 37.1 CE (FJ 6º) (...).

7. La relevancia que en relación con el derecho a la negociación colectiva poseía la modificación de la condición laboral afectada, al alterarse con ella la ordenación establecida al respecto en el convenio colectivo del sector, y el procedimiento seguido por la empresa para llevarla a cabo, requiriendo la aceptación individualizada de los trabajadores al no lograr el acuerdo de las organizaciones sindicales legitimadas para ello, situaban inequívocamente la demanda de conflicto colectivo en el ámbito de la denuncia de la existencia de una conducta empresarial antisindical, conducta que, como ya hemos señalado en otras ocasiones, no se caracteriza por la intencionalidad del sujeto que la lleva a cabo, sino por el resultado para el derecho o bien objeto de tutela (SSTC 11/1998, de 13 de enero, FJ 6º; 124/1998, de 15 de junio, FJ 2º; y 126/1998, de 15 de junio, FJ 2º). En consecuencia, la tutela del derecho de libertad sindical del sindicato demandante exigía que los órganos judiciales hubieran analizado si la actuación empresarial ocasionó un real menoscabo en la posición institucional del sindicato y en su derecho a participar en la regulación de las condiciones de trabajo, así como en su modificación o renegociación, perjudicando la eficacia vinculante del convenio colectivo vigente (artículos 28.1 y 37.1 CE) al extraer de su régimen de jornada y horario a un colectivo de trabajadores destinado a la puesta en marcha de un nuevo servicio de implantación en la empresa, actuando a través del acuerdo individual con los trabajadores afectados y con desatención tanto de los cauces internos del convenio, como de los legales externos al mismo establecidos para posibilitar su modificación con el acuerdo de los representantes de los trabajadores, como, en fin, de los de naturaleza compositiva de los conflictos.

Siendo ello así, no podemos sino concluir que la respuesta de los órganos judiciales, desestimando la demanda sin entrar a conocer del fondo del asunto mediante una decisión puramente procesal de inadecuación de procedimiento, privó al sindicato de la tutela de su derecho de libertad sindical, vulnerando, por ello, ese mismo derecho. Los citados órganos judiciales fundaron su decisión en una serie de consideraciones que podían tener una relevancia mayor o menor desde el plano de la legalidad ordinaria –en particular, en el marco del artículo 41 LET– pero que carecían de ella en el plano constitucional desde el que la cuestión debió ser abordada.

VIII. Negociación Colectiva

En efecto, como ya señalamos en nuestra STC 225/2001, de 26 de noviembre, el carácter peyorativo o no de la modificación operada no resulta relevante a los efectos considerados. Al margen de la dificultad de apreciar esta cuestión cuando se discute la modificación de una condición que no es meramente cuantitativa, sino que establece una determinada forma de ordenación de la jornada de trabajo en el sector –cuya mayor o menor adecuación a los deseos individuales de cada uno de los trabajadores afectados puede ser muy variable en función de circunstancias diversas– lo relevante es que la decisión empresarial aceptada por estos trabajadores supuso objetivamente la alteración cualitativa del régimen colectivamente convenido sin el acuerdo de los representantes de los trabajadores, elemento este que desvirtúa el efecto que pueda quererse atribuir al pretendido carácter no peyorativo del pacto novatorio alcanzado con los trabajadores. Hemos dicho, en relación con este aspecto, que si se comprueba la existencia de una sustitución sindical, actuando unilateralmente el empresario contra la posición institucional de esos agentes sociales o resistiéndose frente a la función de regulación laboral que tienen reconocida, será irrelevante ya el resultado de su actuación (más favorable o no) desde la óptica de los contenidos afectados. Dicho de otro modo, el empresario unilateralmente o en concierto con los trabajadores individualmente considerados podrá incidir, por supuesto, en la disciplina de las relaciones laborales, pero no podrá hacerlo frente al derecho a la negociación colectiva del sindicato, lo que incluye el respeto al resultado alcanzado en el correspondiente procedimiento de negociación y a su fuerza vinculante, así como la sujeción a los procedimientos de modificación convencional establecidos (SSTC 105/1992, de 1 de julio, y 107/2000, de 5 de mayo).

Tampoco resulta relevante la pretendida voluntariedad para los trabajadores de la oferta empresarial, que conduce a las resoluciones judiciales recurridas a estimar que no se estaba analizando una modificación impuesta por decisión unilateral de la empresa sino un ‘pacto novatorio’. Como dijimos en nuestra STC 208/1993, de 28 de junio, y hemos reiterado en la STC 225/2001, de 26 de noviembre, ‘desde esa óptica lo relevante sería no que se impusieran unilateralmente por la empresa esas medidas, condicionadas a su aceptación por los trabajadores (lo que quizá permitiría excluir el ejercicio condicionado del *ius variandi* extraordinario que establece el artículo 41 LET), ni que las nuevas medidas fueran o no más favorables para quienes las aceptaran, sino que tales medidas, por su trascendencia, importancia y significado, supusiesen la introducción unilateral de la regulación colectiva de las condiciones de trabajo, soslayando y evitando la intervención de los representantes sindicales, en los términos del artículo 10.3 LOLS o vaciando sustancialmente de contenido efectivo al convenio colectivo de trabajo’. Por ello, la aceptación de los trabajadores individuales no excluye la posible vulneración del artículo 28.1 CE, pues no deja de quebrar la fuerza vinculante del convenio colectivo (STC 105/1992, de 1 de julio, FJ 6°).

Finalmente, no resulta tampoco relevante, incluso a los meros ‘efectos dialécticos’ a los que se vincula la hipótesis en la sentencia del Tribunal Supremo, el hecho de que la modificación operada hubiera de apreciarse o no como colectiva en el sentido del apartado 4 del artículo 41 LET, en función del número de trabajadores afectados, pues ello en modo alguno altera la naturaleza indudablemente colectiva, en función de su origen, de la condición considerada, en cuanto establecida en un convenio colectivo (...).”

5. DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE

Figurando incluida la empresa, por razón de su actividad, en el ámbito de aplicación de un determinado convenio colectivo estatutario, deviene nulo, por contrario a la eficacia general propia de este tipo de convenios, el pacto entre aquélla y sus trabajadores excluyendo dicha aplicación para acogerse a otro convenio. No sirve para eludir la aplicación del primer convenio el hecho de que la del segundo se hubiese producido durante un mayor o menor período de tiempo. Así, **STSJ de Valencia de 24 de febrero de 2005**, I.L. J 1217:

“En definitiva, no es posible sostener que habiéndose aplicado durante un período de tiempo más o menos largo un convenio que no se ajustaba a la real actividad y objeto de la empresa nos hallemos ante un derecho adquirido a permanecer de forma irreversible sujeta a las partes a dicho convenio, sino que la exigencia legal obliga a la aplicación, que no elección, del específico convenio en atención al real contenido de la actividad desarrollada, determinada en su correspondiente ámbito de aplicación fijado normativamente.”

Sobre la determinación del convenio colectivo aplicable atendiendo a la actividad principal de la empresa, **STS de 15 de junio de 2005**, I.L. J 1227. Si no está claro cuál es la mencionada actividad y media la previa aplicación de determinado convenio, más ventajoso para la mayor parte de los trabajadores que el otro que también pudiera resultar aplicable, debe mantenerse dicha aplicación:

“La falta de un conocimiento claro acerca de cuál sea la actividad principal de la empresa (...) conduce a mantener (...) el *statu quo* hasta ahora existente, tanto más cuanto que ha quedado probado que el convenio tradicionalmente aplicado en la empresa beneficia a la mayor parte de sus trabajadores.”

6. CONCURRENCIA DE CONVENIOS

La previsión contenida en el párrafo segundo del artículo 84 ET es de derecho necesario y, por lo tanto, los acuerdos interprofesionales o convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 de igual Texto legal no pueden impedir que un convenio posterior de ámbito inferior, pero superior al de empresa, pueda regular materias no comprendidas entre las listadas en el primero de los mencionados preceptos. Esos acuerdos interprofesionales y convenios colectivos que contempla el artículo 83.2 ET, como es el caso de un convenio “general” del sector (construcción), de ámbito estatal, nada pueden hacer para evitar la apuntada concurrencia consentida por la norma estatal, que prevalece sobre aquéllos y contribuye a una descentralización de la negociación sobre las aludidas materias. Son nulas e ineficaces las cláusulas en las que dicho convenio “general” se reserva la regulación tales materias. Así, **STS de 1 de junio de 2005**, I.L. J 1233, reproduciendo la solución y términos de otras sentencias anteriores de igual Tribunal y Sala (de 22 de septiembre de

VIII. Negociación Colectiva

1998, 27 de marzo de 2003 y 26 de enero de 2004; una reseña de las dos últimas en los números 16 y 20, respectivamente, de esta revista):

“No cabe duda que los mandatos que recogía y recoge el artículo 83.2 han resultado afectados por la nueva redacción del artículo 84, párrafo segundo, pues éste ha reducido y limitado el alcance y extensión de aquellas disposiciones. Puede sostenerse que este nuevo párrafo segundo del artículo 84 ha venido a implantar fórmulas de dirigismo contractual que ponen de manifiesto la preferencia hacia ciertos niveles de negociación de ámbito reducido. Este artículo 84.2 ha estatuido, por razones de carácter político, un sistema de descentralización contractual que restringe las facultades que el artículo 83.2 ha venido concediendo a los convenios colectivos y a los acuerdos interprofesionales, de modo tal que en ámbitos inferiores al de estos convenios y acuerdos, pero superiores al de empresa, se puedan suscribir pactos colectivos ‘que afecten a lo dispuesto en los de ámbito superior’.

Así pues, el párrafo segundo del artículo 84 concede una preferencia aplicativa al convenio inferior posterior, siempre que sea de ámbito superior a la empresa y en cuanto a las materias que no sean las que se exponen en el párrafo tercero de este artículo 84. Siendo claro, como se ha dicho, que el mandato establecido en la norma comentada (párrafo segundo del artículo 84) ‘no es disponible a través de los instrumentos contractuales ahí mencionados, siendo ineficaces los pactos en contrario, sean cuales fueren sus ámbitos territorial y funcional’. La redacción y expresiones de este párrafo segundo del artículo 84, sobre todo las frases ‘en todo caso’ y ‘a pesar de lo establecido en el artículo anterior’, dejan patente que, en primer lugar, esta disposición prevalece sobre el número 2 del artículo 83; y, en segundo lugar, que se trata de un precepto de derecho necesario que necesariamente ha de ser respetado, no pudiendo ser rectificado mediante convenios colectivos o acuerdos interprofesionales.

Resumiendo lo expuesto, se consignan las siguientes precisiones:

a) La extensión y vigencia aplicativa del artículo 83.2 del ET han quedado sensiblemente reducidas por mor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 84, pues ya no alcanzan a aquellos convenios y acuerdos colectivos que, siendo de ámbito inferior a los pactos a que alude este artículo 83.2, tienen un radio de acción superior a la empresa.

b) Ahora bien, las reglas que se contienen en estos preceptos son de una marcada complejidad, lo que significa que no todos los convenios de ámbito superior a la empresa e inferior al de los contemplados en el artículo 83.2 quedan fuera del alcance de este último artículo; puesto que para que tal exclusión se produzca es necesario además que el convenio cumpla los requisitos que determina el comentado párrafo segundo del artículo 84, y también que la regulación contenida en el mismo no se refiera a ninguna de las materias que se reseñan en el párrafo tercero de dicho 84.

c) Ello supone que las reglas sobre estructura de la negociación colectiva y las que tienen por objeto la solución de los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito, establecidas en los acuerdos interprofesionales o convenios colectivos a que alude

el artículo 83.2, tienen plena fuerza vinculante en relación con los siguientes convenios colectivos comprendidos dentro del ámbito de aquéllos:

- Los convenios de empresa o de ámbito inferior a la empresa.
- Los convenios de ámbito superior a la empresa que no reúnan los requisitos que exige el párrafo segundo del artículo 84.
- Los convenios de ámbito superior a la empresa, aunque cumplan las exigencias de dicho párrafo segundo del artículo 84, en cuanto traten de la regulación de las materias a que se refiere el párrafo tercero de tal precepto.

d) En consecuencia, y por el contrario, las reglas sobre estructura de la negociación colectiva y las de solución de conflictos de concurrencia entre convenios, estatuidas en los acuerdos interprofesionales o en los convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2, carecen de virtualidad y fuerza de obligar en lo que concierne a aquellos otros convenios colectivos que, encontrándose en el radio de acción de los anteriores, son de ámbito superior a la empresa y cumplen los demás requisitos que impone el párrafo segundo del artículo 84, siempre que sus normas no traten sobre las materias mencionadas en el párrafo tercero de este precepto.

e) Debe insistirse en que el precepto que contiene el párrafo segundo del artículo 84 es de derecho necesario, lo que significa que no puede reconocerse virtualidad ni eficacia a aquellos pactos o contratos que lo contradigan.”

JAVIER GÁRATE CASTRO

IX. SEGURIDAD SOCIAL**Sumario:**

1. Fuentes. 2. Campo de aplicación. 3. Encuadramiento. 4. Gestión. 5. Financiación.

6. Cotización. 7. Recaudación. 8. Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

A) Indemnización por daños y perjuicios. B) Recargo de prestaciones. 9. Régimen económico, responsabilidad y garantía de las prestaciones. 10. Asistencia sanitaria.

11. Incapacidad temporal. A) Dinámica de la prestación. 12. Maternidad.

13. Regímenes especiales. 14. Infracciones y sanciones. 15. Procesos de Seguridad

Social. A) Competencia e incompetencia de la jurisdicción social. B) Recurso de casación para la unificación de doctrina.

1. FUENTES

No existe jurisprudencia en la materia.

2. CAMPO DE APLICACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

3. ENCUADRAMIENTO

En la STS de 23 de junio de 2005, I.L. J 1157, se plantea la modificación del encuadramiento en uno de los regímenes de afiliación a la Seguridad Social (Régimen General) practicada de oficio por la Tesorería General de la Seguridad Social, en un supuesto referido a profesores de centros dependientes de la Fundación Docente de Mineros Asturianos afiliados al Régimen Especial de la Minería del Carbón, respecto a los que el Ministerio de Educación al tratarse de centros concertados, ingresaba en la TGSS el importe correspondiente respecto al Régimen General. Recordando otros pronunciamientos de la misma Sala (STS de 19 de marzo de 2001) conforme a lo prevenido en los artículos 145 LPL, 13

LGSS y su desarrollo reglamentario previsto en el artículo 55 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, recuerda los supuestos en los que procede la revisión de oficio por parte de la TGSS, entendiendo que esta última tenía competencia legal para adoptar el acuerdo en el supuesto concreto. Conforme al artículo 55 del RD 84/1996, de 26 de enero, es posible modificar la afiliación, altas, bajas y variaciones obrantes en los sistemas de documentación de la TGSS cuando no sean conformes con lo establecido en las leyes, revisión que podrá efectuarse de oficio pero con la limitación de que no podrá afectar a los actos declarativos de derecho, en perjuicio de los beneficiarios de los mismos, salvo que se trate de revisión motivada por la constatación de omisiones o inexactitudes en las solicitudes y demás declaraciones del beneficiario. El TS entiende que los actos declarativos a los que se contrae la excepción, no pueden referirse a las consecuencias legales inherentes a tales variaciones, que no son actos sino consecuencia inmediata del acto administrativo. Por otra, y en virtud del artículo 13 LGSS, se recuerda que tanto la afiliación como los trámites determinados por las altas, bajas, y demás variaciones, podrán ser realizados de oficio por los correspondientes organismos de la Administración de Seguridad Social cuando a raíz de las actuaciones de los Servicios de Inspección o por cualquier otro procedimiento, se compruebe la inobservancia de dichas obligaciones, tal como sucede en el caso.

4. GESTIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

5. FINANCIACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

6. COTIZACIÓN

El Tribunal Supremo en la **STS de 26 de junio de 2005**, I.L. J 1602, aborda en unificación la existencia de responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones en un supuesto de infracotización. La empresa recurrente fue condenada en suplicación a pagar la diferencia de la nueva cuantía de la pensión de incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo, una vez integrados los conceptos económicos que habían sido indebidamente excluidos de la base de cotización. El trabajador demandante durante su relación laboral con la demandada había recibido en nómina una cuantía en concepto de “asignación gastos convenida” sin que quedase justificado su carácter extrasalarial. La Inspección de Trabajo levantó acta de liquidación por infracotización respecto a 38 trabajadores de la empresa. El trabajador, al que el INSS le había reconocido una pensión de incapacidad permanente total por accidente laboral, presentó demanda en que se solicitaba que la pensión fuese recalculada teniendo en cuenta la diferencia causada por la infracotización empresarial, petición que fue desestimada en primera instancia. Finalmente el Tribunal

IX. Seguridad Social

Superior de Justicia declaró el derecho a que se integrasen en la base reguladora de la pensión las cuantías excluidas de cotización y condenó a la empresa a responsabilizarse de la diferencia, sin perjuicio de que la Mutua de Accidentes adelantase el pago. La empresa impugna el fallo aportando como elemento de contraste una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que, en un supuesto relativo a una pensión de incapacidad permanente total por accidente de trabajo donde se detectó infracotización y en el que también la Inspección había sancionado dicha irregularidad, eximió al empresario de pagar la diferencia de la cuantía de la pensión tomando como base los criterios asentados en la STS de 8 de mayo de 1997.

El Tribunal entiende que la sentencia aportada como contraste ha aplicado erróneamente la doctrina de la STS de 8 de mayo de 1997 según la cual se libera de responsabilidad a la empresa incumplidora del deber de cotizar en base al principio de *non bis in idem* cuando, anteriormente y en virtud de la actividad inspectora, abona las cotizaciones impagadas y la sanción correspondiente. Aclara el Tribunal que esta doctrina sólo es aplicable a los supuestos de incapacidad laboral derivados de enfermedad común en los que se requiere período de carencia pero no en los supuestos de accidente de trabajo. El Tribunal entiende que cuando no es exigible período de carencia debe mantenerse el criterio jurisprudencial más antiguo que determina la responsabilidad empresarial en caso de impagos o descubiertos completos a la Seguridad Social. Sin perjuicio de que esta responsabilidad deba atemperarse en función de las circunstancias concurrentes y, en especial, de si concurre o no por parte del empresario una voluntad contumaz de omitir de forma continuada el deber de cotizar frente a la Seguridad Social.

Para el Tribunal de las circunstancias concurrentes en el caso no se desprenden motivos de atemperación ya que el incumplimiento en materia de cotización se prolongó durante un año y a un número considerable de trabajadores, sin que, por otro lado, haya quedado acreditado que la empresa pagase las cuotas debidas junto con las correspondientes sanciones. Confirma, pues la sentencia de duplicación y declara a la empresa responsable de la diferencia de la cuantía de la pensión.

7. RECAUDACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

A) Indemnización por daños y perjuicios

La STSJ de Cataluña de 30 de marzo de 2005, I.L. J 1447, analiza un supuesto de utilización de medios de protección individual inadecuados para la manipulación de un producto irritante para la piel, constituyendo la no utilización de dichos elementos la concausa del accidente según la Inspección de Trabajo, lo que pone de manifiesto la falta de cuidado o culpa *in vigilando* empresarial. Como manifestación del principio general de

nuestro ordenamiento jurídico –deducible, entre otros, de los artículos 1101 y 1902 CC–, que obliga a todo aquel que causa un daño a otro a repararlo, cabe afirmar que en el ámbito laboral y a falta de norma legal expresa que baremice las indemnizaciones o establezca topes a su cuantía, en principio, la indemnización procedente deberá ser adecuada, proporcionada y suficiente para alcanzar a reparar o compensar plenamente todos los daños y perjuicios (daño emergente, lucro cesante, daños materiales y morales), que como derivados del accidente de trabajo se acrediten sufridos en las esferas personal, laboral, familiar y social.

En relación al diagnóstico de asbestosis y la actuación empresarial en cuanto a la procedencia de una indemnización por daños y perjuicios, la **STSJ de Cataluña de 11 de abril de 2005**, I.L. J 1573, concluye que no le era exigible a la empresa una diligencia tan elevada que le llevara a prevenir unos riesgos laborales sobre los que existía tal desconocimiento científico en nuestro país, hasta el punto que la legislación no exigía tampoco un mayor deber de actuación diligente.

Señala la **STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de abril de 2005**, I.L. J 1295, que, además de las prestaciones públicas del Sistema de Seguridad Social que procedan, puede reclamarse al empresario culpable una indemnización por los daños y perjuicios derivados del accidente, por lo que carecería de sentido posteriormente conducir a la indemnización “cero”, pese a existir intervención patronal negativa en el siniestro, como consecuencia de ese descuento de la capitalización de la responsabilidad pública. De ser así, quedaría de peor condición quien se ha visto dañado en su salud, o incluso en su vida, no debido a un proceso patológico ordinario, o a un accidente extralaboral, sin intervención empresarial conocida, sino debido a la intervención, activa o pasiva, del mismo, que ha dado lugar al evento dañoso y a sus resultas. Por ello, debería matizarse la doctrina jurisprudencial que señala que ha de tenerse en cuenta todo lo que se va a percibir como consecuencia del siniestro para así proceder a descontarlo.

Según la **STS de 1 de junio de 2005**, I.L. J 2005, para determinar los daños y perjuicios de toda índole derivados de un accidente de trabajo debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad, sin que puedan percibir indemnizaciones por encima del límite racional de una compensación plena. En la cuantía indemnizatoria deberán computarse las prestaciones reconocidas por la normativa de Seguridad Social, excepción hecha del recargo impuesto por falta de medidas de seguridad. Así pues, para fijar la indemnización no debe deducirse el recargo de las prestaciones económicas contempladas en el artículo 123 LGSS. En este sentido, también se pronuncia la **STSJ de Cataluña de 27 de abril de 2005**, I.L. J 1579.

B) Recargo de prestaciones

En la **STSJ de Cataluña de 4 de marzo de 2005**, I.L. J 1324, queda probado que se ha producido un supuesto de sucesión de empresa, concurriendo los requisitos del artículo 44 ET. La actual empresa, dedicada a la misma actividad que la anterior, se subrogó en los

IX. Seguridad Social

derechos y obligaciones derivadas de los contratos de trabajo de la anterior, lo que comporta la asunción *ope legis* de las deudas laborales, sin que pueda aceptarse la argumentación de la parte recurrente de limitar su responsabilidad por el solo hecho de la sucesión, pues la limitación a que se refiere el precepto que se cita como infringido, en cuanto a la imposibilidad de la transmisión, parece que debe conectarse con la actividad aseguradora. Como se afirma en la resolución de instancia, aunque dicho recargo tiene naturaleza sancionadora, también despliega sus efectos en el ámbito de las prestaciones reconocidas al beneficiario, cuando deriven. El citado tribunal excluye la responsabilidad de la empresa principal, al no desarrollarse los trabajos en su centro de trabajo, dado que los presupuestos para la aplicación del deber de vigilancia son, por una parte, el desarrollo de las obras por la empresa contratista que correspondan a la misma actividad de la comitente, y por otra, que la contrata se lleve a cabo en el centro de trabajo de la principal.

La **STSJ de Cataluña de 17 de marzo de 2005**, I.L. J 1227, señala que el carácter sancionador de este recargo, como han puesto de relieve diferentes sentencias del TS, obligan a interpretar restrictivamente el precepto regulador del mismo, de manera que cuando se indica que recaerá sobre “todas las prestaciones económicas que tengan su causa en el accidente de trabajo...”, no puede interpretarse referido a cuantas prestaciones eventualmente perciba el trabajador, de forma provisional, sino a aquella que definitivamente se establezca como derivada de dicho accidente, lo que en el presente caso es una prestación a tanto alzado por incapacidad permanente parcial, que no puede coincidir simultáneamente con la incapacidad permanente total, de modo que el recargo sólo puede recaer sobre una de ellas, sobre la definitivamente reconocida.

En la **STSJ de Cataluña de 22 de marzo de 2005**, I.L. J 1329, se da un caso de imprudencia simple del trabajador, operario de producción, cuyo accidente sobrevino cuando, debido a la acumulación de carga en una máquina, procedió a la limpieza de la misma, sin pararla previamente ni utilizar una pistola de aire comprimido, resultando atrapado un dedo. Recuerda la sentencia que este tipo de imprudencia ni exonera ni reduce la responsabilidad empresarial. La responsabilidad se inserta en el campo propio del derecho laboral, incluso aunque no exista vinculación contractual alguna entre el responsable y el trabajador, de forma que esta especial responsabilidad extracontractual queda englobada e inmersa en la extensa y compleja materia de la prevención de riesgos laborales en el trabajo y de la seguridad en el mismo.

Por el contrario, en la **STSJ de Cataluña de 15 de abril de 2005**, I.L. J 1519, la empresa había cumplido con la obligación que la Ley le impone dotando a la máquina de todas las medidas de seguridad exigidas legalmente, debiéndose atribuir a la imprudencia temeraria del trabajador el acaecimiento del accidente, pues el dispositivo posterior instalado en la máquina por la empresa y consistente en un dispositivo que impide que se pueda abrir la puerta de la rejilla si no se pulsa un botón que provoca que tanto el carro de alimentación como la prensa queden totalmente desactivadas, no constituye establecimiento de medida de seguridad inexistente, sino reforzamiento de las ya instaladas.

Según la **STSJ de Cataluña de 27 de abril de 2005**, I.L. J 1581, de la situación enjuiciada resulta un plus de responsabilidad de la empresa principal, respecto de la recurrente

(subcontratista). Pero la declarada responsabilidad solidaria tiene por objeto, como todo caso de obligación solidaria (artículos 1137 y siguientes CC), la finalidad de asegurar el cumplimiento de la correspondiente responsabilidad, no, en cambio, una especie de reparto entre los declarados responsables.

En el caso de que se supere el plazo máximo que para la emisión de la resolución sancionadora por la autoridad competente –Dirección Provincial del INSS– el artículo 42 de la Ley 30/1992 establece que la consecuencia jurídica que se deduce es la invalidez de la indicada resolución y la consiguiente improcedencia de la imposición del recargo a la empresa demandante. La caducidad declarada de un expediente administrativo sancionador no impide la iniciación de otro nuevo con identidad de sujeto, hechos y fundamentos, cuando la infracción denunciada no haya prescrito, y mediante la práctica de una nueva acta de infracción, todo ello según la **STSJ de Cataluña de 8 de marzo de 2005**, I.L. J 1455.

En la **STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de mayo de 2005**, I.L. J 1543, se rechaza la excepción de prescripción, argumentando que, el hecho de que tal omisión de medidas de seguridad que constituye infracción laboral no llegara a sancionarse –por prescripción de aquella– debido a la desidia de la Administración en la tramitación del expediente sancionador–, no hace desaparecer la existencia de tal omisión de medidas de seguridad, sino únicamente la posibilidad de sancionarse. Por ello, la inobservancia de medidas sigue desplegando sus efectos en el ámbito del artículo 123 LGSS. Cuestión distinta es la responsabilidad solidaria que pueda exigírsele a la empresa principal, pero ninguna declaración cabe efectuar al respecto, ya que la empresa se limitó en su demanda a cuestionar su responsabilidad en el accidente, pero no la dirigió contra dicha empresa principal para obtener respuesta judicial a tal pretensión.

9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍA DE LAS PRESTACIONES

No existe jurisprudencia en la materia.

10. ASISTENCIA SANITARIA

No existe jurisprudencia en la materia.

11. INCAPACIDAD TEMPORAL

A) Dinámica de la prestación

Según la **STSJ de Canarias de 16 de mayo de 2005**, I.L. J 1534, constituye transgresión de la buena fe contractual constitutiva de despido, el cortar el césped del jardín con una máquina de segar cuando la baja laboral por incapacidad temporal fue debida a cervico-

braquialgias, al constituir los hechos expresados una falta de carácter muy grave tipificada en el Convenio Colectivo como causa de despido. En consecuencia, es causa de despido trabajar durante la incapacidad temporal salvo en aquellas actividades no laborales, ocasionales, no retribuidos y de carácter lúdico, siempre que no sean incompatibles con la enfermedad padecida por el trabajador y su deber de pronta recuperación.

12. MATERNIDAD

No existe jurisprudencia en la materia.

13. RÉGIMENES ESPECIALES

Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

La STS de 15 de julio de 2004, I.L. J 1245, aborda una temática que ya ha sido objeto de unificación de doctrina en otras sentencias anteriores del Tribunal Supremo, por ejemplo, en la reciente STS de 26 de enero de 2005, I.L. J 156, se trata de si los trabajadores autónomos se hallan en situación asimilada al alta durante los noventa días posteriores a su baja en el citado Régimen. Formalmente este caso es distinto a lo ya unificado, ya que el Tribunal Supremo inadmite el recurso por falta de contradicción alegando que se ha producido un cambio normativo: el Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, que no pudo ser considerado en la sentencia de contraste. Dicho esto, pero, debe observarse que el ponente (Desdentado Bonete) realiza la siguiente observación para el futuro: ante la argumentación del INSS de que en el RD 1251/2001 no se establece en su artículo 5º una situación asimilada al alta similar a la que recoge el artículo 36.1.15º del Reglamento de Actos de Encuadramiento, manifiesta lo siguiente “aparte de que el artículo 5º citado remite a ‘cualesquiera otras situaciones que se prevean reglamentariamente’, lo cierto es que lo que está planteando el recurso es (...)”; es decir, considera que la existencia de tal indeterminada remisión puede ser también motivo para oponerse a las pretensiones del INSS.

Régimen Especial de Trabajadores del Mar

La STS de 27 de julio de 2005, I.L. J 1499, examina –con idéntico criterio– una petición de encuadramiento en el Régimen del Mar muy similar al ya resuelto en unificación de doctrina por la reciente STS de 5 de mayo de 2005, I.L. J 989. Se trata de si quien realiza tareas administrativas por cuenta de empresas de estiba y desestiba portuaria, y realizando actividades sobre el muelle puede encuadrarse en este régimen especial, y, con ello, beneficiarse de los coeficientes reductores de la edad ordinaria de jubilación. El Tribunal deniega la petición en base a la descripción de tareas realizada por la normativa que regula este Régimen, y también y muy especialmente por no hallarse tales tareas administrativas incluidas en el III Acuerdo para la regulación de las Relaciones Laborales en el Sector de la Estiba, publicado en el BOE de 10 de diciembre de 1999, reproduciéndose en la sentencia el extenso artículo 3 que detalla el ámbito funcional del citado Convenio Colectivo.

14. INFRACCIONES Y SANCIONES

No existe jurisprudencia en la materia.

15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

A) Competencia e incompetencia de la jurisdicción social

Según la STS de 22 de junio de 2005, I.L. J 1380, la jurisdicción laboral es competente para determinar la indemnización de daños y perjuicios frente al promotor y director técnico de la obra donde ocurrió el accidente.

B) Recurso de casación para la unificación de doctrina

La STS de 8 de marzo de 2004, I.L. J 1570, recuerda la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, según la cual, tratándose de cuotas por débitos a la Seguridad Social, las cifras que deben tomarse en consideración, para el acceso a la casación en unificación de doctrina, según lo que establece el artículo 96.3 LJCA, son las cuotas mensuales, en atención a que tales cuotas se autoliquidan e ingresan por el sujeto obligado mes por mes y no por períodos de tiempo distintos. En este sentido, se pronuncian, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2001, 6 de junio y 16 de octubre de 2002, 23 de julio, 17 de septiembre, 1 y 22 de octubre y 17 de diciembre de 2003, dictadas en recursos de casación para la unificación de doctrina.

JULIA LÓPEZ LÓPEZ

EUSEBI J. COLÁS NEILA

NURIA PUMAR BELTRÁN

EUGENIA REVILLA ESTEVE

FRANCISCO ANDRÉS VALLE MUÑOZ

CONSUELO CHACARTEGUI JÁVEGA

IGNASI AREAL CALAMA

JOSEP FARGAS FERNÁNDEZ

EVA GARRIDO PÉREZ

X. PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA**Sumario*:**

Consideración preliminar. 1. Prestación por desempleo. A) Introducción. B) Cuestiones generales.

C) Nivel contributivo. a) Sujetos beneficiarios. b) Requisitos de acceso a la protección. c) Contenido y modalidades de la prestación. d) Cuantía y dinámica de la acción protectora. e) Supuestos especiales. f) Compatibilidad e incompatibilidades. D) Nivel

asistencial: los subsidios por desempleo. a) Requisitos generales. b) Beneficiarios. a') Subsidios vinculados a responsabilidades familiares. b') Subsidio de prejubilación. c') Subsidio de desempleo para los trabajadores eventuales del campo. d') Otros subsidios especiales.

c) Cuantía y dinámica del derecho al subsidio. d) Compatibilidad e incompatibilidades.

E) Prestaciones accesorias y complementarias. F) Gestión, financiación y pago.

G) Valoración final. **2. Jubilación.** A) Jubilación contributiva. a) Requisitos de acceso a la protección.

b) Contenido de la prestación. a') Base reguladora. b') Cuantía de la prestación. c) Dinámica de la protección. d) Derecho transitorio. e) Jubilaciones anticipadas. f) Compatibilidad e incompatibilidades. B) Jubilación no contributiva. a) Situaciones protegidas. b) Requisitos

generales. c) Cuantía y dinámica. d) Compatibilidad e incompatibilidades. C) Gestión, financiación y pago. D) Previsión social voluntaria. a) Mejoras voluntarias b) Planes de pensiones.

3. Incapacidad permanente. A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva). a) Concepto. Grados y baremos. a') Criterios de valoración: los baremos. b') Incapacidad permanente parcial.

c') Incapacidad permanente total. d') Incapacidad permanente absoluta. e') Gran invalidez. b) Requisitos del beneficiario. c) Prestaciones económicas. a') Clases y cuantía de las prestaciones. b') Base reguladora de las prestaciones. c') Responsabilidad del pago de las prestaciones. d) Dinámica de la protección. e) Compatibilidad e incompatibilidades. B) Invalidez

permanente (modalidad no contributiva). a) Concepto. b) Requisitos del beneficiario. c) Cuantía de la pensión. d) Dinámica de la prestación. e) Compatibilidad e incompatibilidades.

4. Muerte y supervivencia. A) Requisitos del sujeto causante. B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos. a) Viudedad. b) Orfandad. c) Pensión en favor de

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

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 9 a 12 de 2005 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 1108 a 1639).

1. DESEMPLEO

D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo

b) Beneficiarios

b') Subsidio de prejubilación

La cuestión resuelta por la STS de 2 de junio de 2005, I.L. J 1126, es establecer el valor de las cotizaciones que el INEM (hoy SPEE) realiza por la contingencia de jubilación mientras que el demandante del subsidio por desempleo para mayores de 52 años lo está percibiendo.

En definitiva, el debate jurisprudencial se centra en si dichas cotizaciones pueden tenerse en cuenta para estimar cumplido el período de arraigo de un año de cotización al que se refiere el artículo 48.1 del Reglamento CEE número 1408/1971, de 14 de junio.

El artículo 48.1 del citado Reglamento establece que: “No obstante lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 46, la institución de un Estado miembro no estará obligada a conceder prestaciones en virtud de períodos cumplidos con arreglo a la legislación que aplique y que deban tomarse en consideración en el momento del hecho causante cuando: –la duración de dichos períodos sea inferior a un año y– una vez computados dichos períodos, no se adquiriera ningún derecho con arreglo a lo dispuesto en dicha legislación”.

Los períodos cumplidos a los que hace referencia este artículo son períodos de cotización. Pues bien, el Tribunal Supremo estima que las cotizaciones del INEM por la contingencia de jubilación durante el subsidio por desempleo para mayores de 52 años tienen en la legislación española plena virtualidad y eficacia “para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación y porcentaje aplicable a aquélla, pero no para el acceso al derecho a la pensión. Por tanto, las cotizaciones reunidas por la demandante no son susceptibles de

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

entender cubierto el período de un año que menciona el artículo 48.1 del Reglamento, período que tiene los caracteres de un requisito de acceso a la pensión.

La **STS de 16 de marzo de 2005**, I.L. J 1444, resuelve acerca de la validez de las cotizaciones realizadas en Suiza para acceder al subsidio por desempleo para mayores de 52 años.

El recurrente denuncia como infringido el artículo 215.1.3. LGSS argumentando que la denegación del subsidio supone un trato discriminatorio a los emigrantes retornados de Suiza en relación con los que regresan de los países de la Unión Europea, porque a los primeros no se les computan las cotizaciones realizadas por desempleo en dicho país, mientras que este cómputo sí se realiza para los trabajadores que han cotizado en España o en algún país de la Unión Europea.

Además el recurrente invoca el Convenio Europeo de Seguridad Social de 14 de diciembre de 1972 (ratificado por España por instrumento publicado en el BOE de 12 de noviembre de 1986), que en su artículo 51 establece la totalización de períodos de cotización completados bajo la legislación de cualquier parte contratante; y del Convenio Bilateral entre Suiza y la Unión Europea sobre libre circulación de personas suscrito en Luxemburgo el 21 de junio de 1999.

La doctrina seguida por el Tribunal Supremo en esta ocasión es acoger la denunciada infracción del Convenio Europeo de Seguridad Social y entender que el recurrente reúne los períodos de cotización necesarios para acceder al subsidio solicitado.

2. JUBILACIÓN

A) Jubilación contributiva

a) Requisitos de acceso a la protección

– Período de carencia

En la **STS de 2 de junio de 2005**, u.d., I.L. J 1126, se plantea el valor que deba darse a las cotizaciones que el INEM haya abonado por la contingencia de jubilación durante la percepción del subsidio de desempleo para mayores de 52 años, cuando se solicita la pensión de jubilación con posterioridad a la entrada en vigor de la Disposición Adicional Vigésima Octava de la LGSS, incorporada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre. En concreto, en esta Sentencia lo que se cuestiona es el valor de dichas cotizaciones a efectos de estimar o no cumplido el período de arraigo de un año de cotización, al que se refiere el artículo 48.1 del Reglamento (CEE) núm. 1408/1971, de 14 de junio. Este precepto, bajo el epígrafe “períodos de seguro o de residencia inferiores a un año, prescribe que “no obstante lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 46, la institución de un Estado miembro no estará obligada a conceder prestaciones en virtud de períodos cumplidos con arreglo a la legislación que aplique y deban tomarse en consideración en el momen-

to del hecho causante, cuando la duración de dichos períodos sea inferior a un año, y, una vez computados dichos períodos, no se adquiriera ningún derecho con arreglo a lo dispuesto en dicha legislación”.

Los períodos cumplidos a que se refiere el artículo 48.1 son los “períodos de seguro”, que define el artículo 1.r), los cuales son “períodos de cotización”, como dice este último precepto, “tales como se definen o admiten como períodos de seguro por la legislación bajo la cual han sido cubiertos”. En este sentido, las cotizaciones al INEM por la contingencia de jubilación durante el subsidio de desempleo para mayores de 52 años tienen en la legislación española (según la Disposición Adicional Vigésima Octava LGSS) plena virtualidad y eficacia para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación y porcentaje aplicable a aquélla, pero no para el acceso al derecho a la pensión (cómputo de carencia). Esto comporta, como declara esta Sentencia, que dichas cotizaciones no puedan ser eficaces para entender cubierto el período de un año que menciona el artículo 48.1 del Reglamento, período que tiene los caracteres de un requisito de acceso a la pensión.

En la Sentencia se considera igualmente, de acuerdo con anteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo (Sentencia de 10 de febrero de 2004), que la aplicación de la Disposición Adicional Vigésima Octava LGSS no supone un trato discriminatorio para el trabajador migrante, desde el momento en que sus previsiones en orden al efecto de las cotizaciones efectuadas por la Entidad Gestora durante el percibo del subsidio se aplican a todos los trabajadores, no sólo a los que han hecho uso del derecho de libre circulación en los países de la Comunidad. Por otra parte, declara la Sentencia que el sistema previsto en la norma tampoco supone una limitación a la libre circulación en los países de la Comunidad, pues nada impide que al trabajador migrante se le aplique, en condiciones de igualdad con los demás, el sistema de Seguridad Social establecido en el Reglamento 1408/71 de la CEE, en su caso, con la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas.

b) Contenido de la prestación

b’) Cuantía de la prestación

–Trabajadores migrantes

Cuestión siempre litigiosa 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 *pro rata temporis*; cuestiones estas que han sido tratadas ya en anteriores crónicas.

La STJCE de 21 de julio de 2005 (Asunto C-30/2004), I.L. J 1320, se refiere al cálculo de la cuantía de la prestación de vejez, resolviendo una cuestión prejudicial planteada por el Tribunale di Bolzano (Italia). La cuestión que se le plantea al TJCE es si para determi-

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

nar, con arreglo al artículo 46, apartado 2, letra a), del Reglamento núm. 1408/1971, la cuantía teórica de la pensión que sirve de base para el cálculo de la pensión prorrateada, debe tenerse en cuenta un complemento destinado a alcanzar la pensión mínima prevista por la legislación nacional, cuando se superen los límites de ingresos fijados por la legislación nacional relativa a dicho complemento. Al respecto, el TSJCE recuerda que ya declaró, en la Sentencia de 24 de septiembre de 1998, Stinco y Panfilo (C-132/96, REc. P. I-5225), que dicho artículo debe interpretarse en el sentido de que, para determinar la cuantía teórica de la pensión que sirve de base para el cálculo de la pensión prorrateada, la institución competente ha de tomar en consideración un complemento destinado a alcanzar la pensión mínima prevista por la legislación nacional. Sin embargo, el Tribunal señala que el cálculo que debe realizarse con arreglo a dicha disposición tiene por objeto garantizar al trabajador la cuantía teórica máxima a la que tendría derecho si todos sus períodos de seguro se hubieran cubierto en el Estado de que se trate (Sentencia de 26 de junio de 1980, Menzies, 793/79, Rec. P. 2085). De ello se desprende que, si la legislación del Estado miembro de que se trate prevé que el derecho al complemento está supeditado al requisito general de que el beneficiario no tenga ingresos superiores a un tope determinado ni ingresos acumulados con los de su cónyuge, con quien conviva, que superen un tope más elevado, debe tomarse también en consideración esta disposición para calcular la cuantía teórica mencionada en el artículo 46, apartado 2, letra a), del Reglamento núm. 1408/71.

Por otro lado, se siguen planteando diversas cuestiones en relación con el cálculo de la *prorrata temporis* en supuestos de trabajadores que han cotizado en varios países de la Unión Europea. Por un lado, en la **STS de 29 de julio de 2005**, u.d., I.L. J 1232, se resuelve la cuestión de si para el cálculo de la *prorrata* a cargo de la Seguridad Social española de la pensión de jubilación deben o no computarse los años de bonificación por edad que reconoce la Disposición Transitoria Segunda de la OM de 18 de enero de 1967. En la Sentencia se declara al respecto que estas cotizaciones “no son cotizaciones teóricas o ficticias que se proyectan sobre previsiones posteriores al hecho causante, sino cotizaciones asimiladas a las efectivamente realizadas para un determinado período de la carrera de seguro de un trabajador; que es anterior al hecho causante”, y, por consiguiente, deben ser computadas a los efectos del cálculo de la prestación española, conforme a las reglas del artículo 46.2 del Reglamento 1408/1971.

Por otro lado, en la **STS de 18 de julio de 2005**, u.d., I.L. J 1565, lo que se plantea es si procede o no incluir las bonificaciones previstas en la OM de 17 de noviembre de 1983, 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. Se establece en esta Sentencia 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, según la citada Sentencia, “la previsión de bonificación de cuotas en razón del trabajo desarrollado por el demandante no puede aceptarse para 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.

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; a esta cuestión se refiere la **STS de 22 de julio de 2005**, u.d., I.L. J 1618, sobre inclusión de dos pagas extraordinarias en la base reguladora. En concreto, la cuestión planteada se refiere a determinar si en las asignaciones de prejubilación pactadas entre los actores y la entidad bancaria demandada (Banco Central Hispano; luego tras la fusión por absorción con el Banco Santander en 1999, Banco Santander Central Hispano, BSCH) ha de computarse el importe de dos pagas más de beneficios que se abonaron a los actores como consecuencia de la referida absorción. En la Sentencia se establece que el hecho de que tales pagas diferenciales se hicieron efectivas más tarde no significa que las mismas ya no puedan tenerse en cuenta a fines de prejubilación; sino muy distintamente, que no era conocido, cuando se hicieron las pertinentes operaciones de cálculo y sí en un momento posterior. Ello provoca, no su inoperancia o exclusión, sino por el contrario su integración en las cuentas originarias, ya que se trata de un salario correspondiente a un año determinado y por el que se cotiza a la Seguridad Social; por tanto, ello formaba parte de lo que el trabajador llamó “100 por cien de su salario pensionable bruto” cuando, a cambio de percibirlo completamente solicitó acceder a la situación de prejubilación. La solución opuesta implicaría, según se declara en la Sentencia, un desconocimiento de la intención de los contratantes, y, por tanto, una infracción de los preceptos civiles sobre interpretación de los contratos.

– Condiciones de la jubilación anticipada

En la **STS de 3 de junio de 2005**, u.d., la cuestión que se plantea consiste en determinar si en los casos de jubilación derivada del cese en el trabajo como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo por causa no imputable a la voluntad del trabajador, para acceder a la jubilación anticipada y los beneficios de los coeficientes reductores mejorados previstos en la Disposición Transitoria Tercera de la LGSS para quienes tuvieran la condición de mutualistas en 1 de enero de 1997, éstos han de acreditar, además de

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

los años de cotización correspondientes, haber estado inscritos en la oficina de empleo de forma ininterrumpida desde que se produjo el cese hasta la fecha del hecho causante. Cuestión que es respondida de forma negativa en la Sentencia, considerando que no es exigible en estos casos la inscripción en la oficina de empleo para acceder a los beneficios de la Disposición Transitoria Tercera.2 de la LGSS.

C) Gestión, financiación y pago

– Reclamación de mensualidades atrasadas.

Cuestión objeto de debate es el plazo hábil para reclamar a Previsión Sanitaria Nacional (“Mutua de Seguros y Reaseguros a Prima Fija, SA”) las mensualidades atrasadas de pensión de jubilación. La doctrina que había venido manteniendo el Tribunal Supremo ha sido 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).

Tal criterio revisado consiste en la aplicación de las normas rectoras del Sistema de Seguridad Social, y específicamente las de prescripción y caducidad contenidas en los artículos 43 y 44 de la LGSS, a las prestaciones a cargo de Previsión Sanitaria Nacional, Mutua de Seguros y Reaseguros a Prima Fija, SA, derivadas del Régimen de Previsión de los Médicos de Asistencia-Farmacéutica y Entidades Aseguradoras de Accidentes de Trabajo. El cambio doctrinal se asienta en la consideración de la naturaleza social de tal Régimen de Previsión, que se integra en lo que se puede denominar “materia de seguridad social”, que ha de regirse en lo 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.

D) Previsión social voluntaria

a) Mejoras voluntarias

– Determinación por el pacto o acuerdo que las constituyen.

En la STS de 27 de julio de 2005, u.d., I.L. J 1488, se mantiene la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias en el sentido de que las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social (artículos 191 a 194 de la LGSS) se rigen por los pactos unilaterales del empleador; pactos o convenios o reglas que los hayan constituido. Y son estos pactos los que determinan el contenido y alcance de la mejora, sin que por lo tanto no toda retribución que percibe el trabajador por prestación de sus servicios

a que se refiere el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores constituya forzosamente la base reguladora de la mejora.

En la demanda colectiva planteada se dirimió la controversia acerca de cuál debía ser la fuente del carácter pensionable de los complementos E-07 y B-05, ora el Pacto colectivo de 17 de septiembre de 1990, ora el acuerdo individual suscrito entre la empresa y cada uno de los trabajadores, llegándose a la conclusión antes señalada.

3. INCAPACIDAD PERMANENTE

A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

c) Prestaciones económicas

c') Responsabilidad del pago de las prestaciones

En materia de responsabilidad empresarial por falta de cotización durante un determinado período, la **STSJ de Cataluña de 20 de abril de 2005**, I.L. J 1521, excluye la responsabilidad del pago íntegro de la prestación, en un supuesto donde el trabajador acreditaba de manera suficiente la carencia exigible, considerando que “si el incumplimiento empresarial no tiene incidencia en la configuración del derecho a percibir la prestación, no puede imponer a la empresa responsabilidad alguna de pago”. Siguiendo la jurisprudencia, la sentencia indica lo siguiente: “para que la falta de ingreso de las cotizaciones del empresario en plazo legalmente establecido pueda determinar la declaración de responsabilidad empresarial “tiene que vincularse a un incumplimiento con trascendencia en la relación jurídica de protección”, de forma que si el incumplimiento no tiene trascendencia en orden al reconocimiento de la prestación ha de excluirse la responsabilidad empresarial *ex* artículo 126.2 LGSS, y en cualquier caso, de tener dicha trascendencia, la responsabilidad de la empresa debe ser proporcional al período de incumplimiento que pueda incidir en la prestación.

B) Incapacidad permanente (modalidad no contributiva)

b) Requisitos del beneficiario

Por lo que respecta a los requisitos del beneficiario para acceder a esta prestación, la **STS de 18 de julio de 2005**, u.d., I.L. J 1627, declara la imposibilidad de acceder a la pensión por IP, aunque no se alcance la edad de 65 años, cuando el trabajador se ha jubilado anticipadamente de manera voluntaria y es pensionista de jubilación. El argumento del TS gira en torno a la idea de que el hecho causante de la pensión de invalidez ha de venir precedido del desempeño de la actividad profesional. En TS, realizando una interpretación teleológica de la norma, establece que: “si la finalidad del artículo 138.1 TRLGSS, es evitar, en supuestos normales que puedan acceder a la pensión de invalidez permanente,

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

aquellos posibles beneficiarios, que reúnan los requisitos entre ellos la edad para jubilarse, esto es 65 años, cuando se da la circunstancia de que el trabajador ya está jubilado voluntariamente antes de cumplir esa edad, es evidente que tampoco puede acceder a dicha pensión, ya que a ello conduce una interpretación finalista de la Ley, pues los efectos de la jubilación forzosa y los de la voluntaria son los mismos, pues la razón de ambos casos es la misma, impedir que quien está jubilado o pueda jubilarse, tenga acceso a otra pensión”. Además, se emplea el argumento de que en el Sistema de Seguridad Social las contingencias de vejez así como la de invalidez “son legalmente configuradas como de carácter profesional”, de manera que “el hecho causante de la invalidez ha de venir precedido por el desempeño de profesión u oficio, o por la posibilidad de hacerlo, tan es así” que el actual artículo 143 LGSS, “al regular la revisión de la invalidez, cuida de precisar que la misma requiere que el beneficiario no haya cumplido la edad mínima para la pensión de jubilación”, de lo que se deduce que “el eje del sistema de protección contributivo es la vejez a la que corresponde el protagonismo y no la invalidez, y es que, la situación de jubilación, implica la culminación de la vida laboral, con voluntario apartamiento de la actividad de tal clase”.

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

A) Requisitos del sujeto causante

Tal y como establece el artículo 174.1 de la LGSS, tendrá derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, el cónyuge superviviente cuando, al fallecimiento de su cónyuge, éste, si al fallecer a causa de una enfermedad común, se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, hubiera completado un período de cotización de quinientos días, dentro de un período ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión. Pues bien, ante un supuesto de incumplimiento de un trabajador incluido en el RETA de sus obligaciones en materia de cotización, la **STSJ de Baleares de 29 de marzo de 2005**, I.L. J 1221, considera, de forma acertada, que un mero acuerdo de palabra —con un órgano de la TGSS que no se especifica y cuyo concreto contenido se ignora— “en absoluto satisface las exigencias de la disciplina legal y reglamentaria, ni puede por ende equipararse al aplazamiento de pago al que el artículo 42.3.c) del RD 1637/1995, asigna el efecto de considerar al deudor al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social, en orden al reconocimiento del derecho a prestaciones”. Es decir, un acuerdo de este tipo —además de extraño en la práctica administrativa— no puede ser útil a la hora de perfeccionar carencia, pues como declara la sentencia “la concesión en forma oral de plazos para el pago se trata de un acto nulo de pleno derecho” (pues se dicta por un órgano no investido de la necesaria competencia y prescindiendo absolutamente del procedimiento establecido en la normativa de aplicación), concluyendo que “el acuerdo sólo vale como acto de tolerancia, a modo de oportunidad informal de facilitar la regularización de la deuda con miras a evitar la vía de apremio, sin virtualidad jurídica de mayor alcance”.

Ahora bien, este mismo trabajador —el causante de la prestación de viudedad— desplegaba dos actividades negociales yuxtapuestas y simultáneas, pero perfectamente delimitadas

entre sí: una de venta de coches usados, actividad por cuenta propia, y otra de venta de vehículos nuevos, por cuenta ajena (en esta segunda concurren las características de amenidad, retribución y dependencia que configuran una relación de trabajo de índole común –en aplicación del artículo 1.1 del ET–); esta simultaneidad de actividades, no desnaturaliza la conceptualización jurídica que cada una merece por separado. En este sentido, la empresa empleadora debería de haber cursado el alta en el Régimen General de la Seguridad Social e ingresar las cotizaciones correspondientes y con ello completar el período de carencia exigido –la sentencia condena al pago de la prestación a la empresa incumplidora y al INSS en diversa proporción–, con obligación de la Entidad Gestora de anticipar la totalidad del importe de la pensión.

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: Actas de liquidación. 3. Derecho Administrativo Sancionador. Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias. Infracciones en materia de relaciones laborales.

1. CUESTIONES PRELIMINARES

El objetivo de esta crónica está dirigido a dar cuenta de los pronunciamientos judiciales que en relación con el Derecho Administrativo Laboral se han dictado en los últimos meses, los cuales aparecen reproducidos en los números 9, 10, 11 y 12 (2005) de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*. Por otra parte, en este terreno de la administración laboral, interesa destacar por su trascendencia una reciente sentencia del Tribunal Constitucional que todavía no ha aparecido publicada en el repertorio señalado, se trata de la STC 51/2006, de 16 de febrero de 2006, que resuelve una cuestión de competencia planteada por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra el Gobierno de la Nación en relación con el artículo 18.3 del Reglamento general sobre los procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la seguridad Social, aprobado por Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo.

El precepto en cuestión literalmente establece lo siguiente:

“Si se formularsen alegaciones en plazo contra el acta de infracción, el órgano al que corresponda resolverlas podrá recabar informe ampliatorio, que se emitirá en quince días, del Inspector o Subinspector que practicó el acta, que asumirá las funciones de instrucción del expediente. El citado informe será preceptivo si en las alegaciones se invocan hechos o circunstancias distintos a los consignados en el acta, insuficiencia del relato fáctico de la misma, o indefensión por cualquier causa.

Dicho informe valorará expresamente las pruebas aportadas o que se hubiesen practicado, y las alegaciones producidas, y contendrá propuesta definitiva de resolución. Si el expediente derivara de acta visada por Inspector, el informe del subinspector que la practicó será objeto de conformidad por el Inspector que visó el acta originadora de actuaciones, en los términos que establece el artículo 12.2 y 3 de este Reglamento.”

Pues bien, el Gobierno de la Generalitat de Cataluña considera que el artículo transcrito excede del ámbito material de la competencia estatal sobre la legislación laboral y de Seguridad Social e invade el ámbito interno de la organización de servicios de la Generalitat desde el momento en que atribuye en determinados supuestos las funciones de instructor de los expedientes sancionadores en materia social al Inspector o Subinspector que practicó el acta de infracción. Una posición contraria sostiene el Abogado del Estado, quien niega que el precepto señalado incurra en extralimitación competencial alguna.

La solución que proporciona el Tribunal Constitucional en esta sentencia lleva a estimar parcialmente el recurso planteado por la Generalitat, en concreto, en aquellos casos en que, por razón de la materia, la competencia sancionadora corresponda a dicha administración autonómica; por el contrario, ningún problema se aprecia en los supuestos en que la competencia sancionadora por razón de la materia corresponda a la administración del Estado. En este sentido, se mueve el fundamento jurídico séptimo de la sentencia:

“Por ello debemos concluir que el apartado 3 del artículo 18 del reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, vulnera las competencias de la Generalitat de Cataluña al establecer en su párrafo primero que el Inspector o Subinspector que practicó el acta de infracción, cuando se hubiera recabado del mismo informe ampliatorio sobre las alegaciones formuladas por el sujeto o sujetos imputados, asumirá las funciones de instructor del expediente sancionador, toda vez que en aquellos casos en que la competencia sancionadora corresponda, por razón de la materia, a la Generalitat de Cataluña, corresponderá igualmente a ésta la determinación del órgano encargado de la instrucción del expediente sancionador.

E igualmente, el precepto considerado vulnera las competencias de la Generalitat en los mismos casos a los que se acaba de hacer referencia, al establecer, en su párrafo segundo, que el Inspector o Subinspector actuante deberá incluir, en el informe que al efecto elabora, la ‘propuesta definitiva de resolución’, pues dicha propuesta definitiva, a la que se refiere la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, de ordenación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sin incluir la expresión ‘de resolución’, sólo puede ser entendida como la que con tal carácter definitivo, ratificando o corrigiendo la propuesta inicial contenida en el acta a la vista de las alegaciones y pruebas practicadas, formula el funcionario actuante al órgano instructor del expediente sancionador, y no como propuesta definitiva ‘de resolución’, que es la que deberá efectuar el órgano instructor del expediente y elevar al órgano competente para resolver.

Sin embargo, interesa resaltar que ningún problema competencial plantean ambas menciones en aquellos supuestos en que, por razón de la materia, la competencia sancionadora corresponda a la Administración del Estado, pues, como ya hemos apreciado, el precepto impugnado tiene capacidad de proyección sobre otros ámbitos materiales en los que no se ha denunciado infracción competencial alguna.”

XI. Administración Laboral

2. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL: ACTAS DE LIQUIDACIÓN

La única referencia que se puede efectuar en este terreno afecta a las actas de liquidación. La STS de 8 de marzo de 2004, Sala Tercera, I.L. J 1570, recuerda una vez más ciertas cuestiones relacionadas con la impugnación en sede judicial de las actas de liquidación.

Así, por un lado, se encuentra la relacionada con la aclaración sobre el régimen transitorio de recursos que procede respecto las sentencias dictadas en materia de impugnación de actas de liquidación que emanen de los Tribunales Superiores de Justicia con posterioridad a la entrada en vigor de la vigente Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pero mediante las que se resuelvan recursos contencioso-administrativos pendientes antes de esa fecha. En línea con múltiples pronunciamientos anteriores ya comentados en otras crónicas, esta sentencia vuelve a recordar que, cuando por aplicación de la ley precedente el recurso contencioso-administrativo haya sido resuelto por el Tribunal Superior de Justicia en asuntos anteriores a la entrada en vigor de la Ley 29/1998 que, conforme a ésta, ahora corresponderían a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, el régimen de recursos para estas sentencias es el fijado en la nueva Ley para las sentencias de segunda instancia, frente a las que, conforme a su normativa, no cabe recurso de casación ni ordinario ni para la unificación de doctrina.

Por otro lado, la sentencia ahora señalada también incide una vez más en las reglas a seguir en la cuantificación económica de las pretensiones con origen en actas de liquidación a los efectos de determinar su acceso al recurso de casación: tratándose de cuotas por débitos a la Seguridad Social, las cifras que deben tenerse en cuenta son las mensuales, en atención a que tales cuotas se autoliquidan e ingresan por el sujeto obligado mes a mes, y no por períodos de tiempo diferentes; de otro, estaría aquella otra en función de la cual en la cuantificación únicamente se toma en consideración el débito principal (cuota) pero no los recargos, las costas ni cualquier otra clase de responsabilidad.

3. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. JURISPRUDENCIA SOBRE INFRACCIONES Y SANCIONES POR MATERIAS. INFRACCIONES EN MATERIA DE RELACIONES LABORALES

El último apartado a analizar en esta crónica se relaciona con el derecho administrativo sancionador, materia en la que no ha aparecido prácticamente ningún pronunciamiento en el período de referencia.

En efecto, la única sentencia a destacar sería la STSJ del País Vasco de 10 de mayo de 2005, I.L. J 1413, relativa a la impugnación de una sanción administrativa impuesta sobre un empresario por incurrir en la conducta descrita en el artículo 8.12 LISOS.

En concreto, se trataba de una trabajadora que tras haber disfrutado de una serie de derechos derivados de una situación de maternidad (reducción de jornada, excedencia por cuidado de hijos, etc.) había ido experimentando una merma en sus condiciones labora-

les (desubicación, funciones a desempeñar, etc.) La conducta empresarial, determinante de que la Inspección de Trabajo procediera al levantamiento de acta de infracción por considerarla reconducible al artículo 8.12 LISOS, genera dudas de calificación a la autoridad laboral, por lo que se abre un procedimiento de oficio ante la jurisdicción social, a efectos de que en dicha sede se proceda a calificar el comportamiento en cuestión. Pues bien, tanto el juzgado de lo social cuando conoció del asunto en instancia, como el TSJ al resolver este recurso planteado entienden que el comportamiento en cuestión era reconducible al pasaje de la LISOS referenciado.

Por otra parte, en el pleito se suscitaba también una cuestión relacionada con la prescripción de la conducta empresarial. En este sentido, debe partirse del dato de que el plazo de prescripción aplicable en este caso resultaba ser el que con carácter general recoge el artículo 4.1 LISOS, es decir, el de tres años. Pues bien, resulta evidente que en este tipo de comportamientos que derivan de una serie de hechos continuados a lo largo del tiempo el cómputo de los plazos presenta unos perfiles específicos a la hora de su aplicación; en concreto, el plazo empieza a contar o transcurrir a partir del hecho que culmina la concatenación de datos que conforman el ilícito cometido por la empresa, de forma que, como indica el tribunal, no plantea problemas que se puedan tomar en consideración para valorar la conducta empresarial hechos anteriores al período de retroacción.

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) Ejercicio de opciones sobre acciones de empresa matriz. B) Accidente de trabajo. Daños y perjuicios: responsabilidad del Promotor y Directores Técnicos de la obra. **3. Jurisdicción laboral. Incompetencia.** A) Contrato de agencia. Diferencia con el representante de comercio. B) Personal estatutario. Conflicto colectivo interpuesto por Federación y Asociación de Médicos. C) Inexistencia de relación laboral: enólogo y empresa vinícola. **4. Conciliación extrajudicial. Innecesaria respecto de persona física codemandada. 5. Actos de comunicación.** A) Emplazamiento edictal sin haber intentado emplazamiento en domicilio. B) Inexistencia de llamamiento al proceso y conocimiento extraprocesal del mismo.

6. Demanda. A) Variación de la demanda. B) Reconvención vs. compensación de deudas.

7. Acumulación de acciones. 8. Excepciones. A) Inadecuación de procedimiento. B) Falta de legitimación. a) Activa. b) Pasiva. C) Litispendencia. D) Litisconsorcio pasivo necesario. E) Prescripción. F) Caducidad. G) Cosa juzgada. **9. Práctica de la prueba.** A) Diligencias para mejor proveer. B) Prueba documental. *Fictia confessio*. C) Carga de la prueba. a) Contrato temporal en fraude de ley. b) Existencia de despido tácito. c) Inversión. D) Valoración de la prueba. E) Denegación. **10. Sentencia.** A) Incongruencia. a) Existencia. b) Inexistencia. B) Motivación. **11. Despido. Salarios de tramitación.** A) Limitación temporal. Requisitos. B) Incapacidad temporal. **12. Recurso de suplicación.** A) Acceso al recurso. a) Afectación general. b) Modalidad procesal de clasificación profesional. B) Modificación de hechos probados. a) Requisitos para su apreciación. b) Documentos inhábiles. **13. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** A) Sentencias contradictorias. Firmeza. B) Escritos de preparación e interposición. Requisitos. C) Cuantía litigiosa. Cuotas por débitos a la Seguridad Social. **14. Recurso de casación. Modificación de hechos probados. 15. Recurso de revisión. Documentos que habilitan el recurso.**

16. Ejecución de sentencia. A) Cambio procesal de partes. B) Retenciones y deducciones.

17. Mala fe y temeridad.

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 9 a 12 (ambos inclusive) del año 2005 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) Ejercicio de opciones sobre acciones de empresa matriz

Las SSTSJ de Cataluña de 12 y 20 de abril de 2005, I.L. J 1517 y 1520, declaran la competencia de la jurisdicción social para conocer del derecho a ejercitar opciones sobre acciones, aun cuando las mismas no fueron concedidas por la entidad empleadora en España sino por la matriz americana.

B) Accidente de trabajo. Daños y perjuicios: responsabilidad del Promotor y Directores Técnicos de la obra

La STS de 22 de junio de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 1380, resuelve un recurso de casación para unificación de doctrina y declara la competencia de la jurisdicción social para conocer de la reclamación de daños y perjuicios que un trabajador accidentado en una obra presentó contra el Promotor y los Directores Técnicos de la misma, dado que el incumplimiento de la norma de seguridad se produjo en la esfera de influencia del contrato de trabajo.

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

A) Contrato de agencia. Diferencia con el representante de comercio

La STSJ de Valencia de 10 de febrero de 2005, I.L. J 1213 y la STSJ de Extremadura de 24 de mayo de 2005, I.L. J 1318, analizan las diferencias entre la relación mercantil de agencia y la relación laboral especial de los representantes de comercio. Ambas sentencias declaran que el elemento de distinción no es el hecho de responder o no del buen fin de las operaciones, sino la existencia o no de una relación de dependencia. En base a ello, se declara la incompetencia de la jurisdicción social para conocer del supuesto planteado, puesto que el actor tenía total independencia en la organización y desarrollo de su actividad comercial.

XII. El Proceso Laboral

B) Personal estatutario. Conflicto colectivo interpuesto por Federación y Asociación de Médicos

En un supuesto en el que una Federación y una Asociación de Médicos interpusieron una demanda de conflicto colectivo contra el Servicio Vasco de Salud para que se declarara su derecho a negociar un Acuerdo Franja, la STS de 21 de julio de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 1491, declara que la jurisdicción social resulta incompetente para conocer de tal demanda. Es competente el orden contencioso-administrativo, por cuanto la pretensión litigiosa se inserta en el marco de la negociación colectiva del personal estatutario que regula la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al servicio de las Administraciones Públicas.

C) Inexistencia de relación laboral: enólogo y empresa vinícola

La STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de mayo de 2005, I.L. J 1537, declara la inexistencia de relación laboral entre un enólogo y una sociedad vinícola; no existía sujeción a horario y se atendían las obligaciones de forma flexible, sin exclusividad (al prestar también sus servicios por cuenta ajena para una cooperativa). Igualmente, no consta que las ventas o las compras de vino para embotellar las realizara siguiendo las instrucciones de la empresa.

4. CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL. INNECESARIA RESPECTO DE PERSONA FÍSICA CODEMANDADA

En un pleito por despido en el que el actor reclamaba una indemnización adicional por daños morales en base al acoso sufrido y demandaba a la empresa y a un directivo persona física, la STSJ de Galicia de 29 de abril de 2005, I.L. J 1388, declara que no es precisa la conciliación administrativa respecto de la persona física, sin perjuicio de que, al canalizarse la tutela por el juicio de despido, dicha conciliación sí deba intentarse respecto de la empresa.

5. ACTOS DE COMUNICACIÓN

A) Emplazamiento edictal sin haber intentado emplazamiento en domicilio

La STC 214/2005, de 12 de septiembre, I.L. J 1628 (recurso de amparo 221/2000), analiza un supuesto en el que el demandado fue emplazado mediante edictos sin haber intentado previamente el Juzgado el emplazamiento en su domicilio de Inglaterra, que constaba en ciertos documentos acompañados a la demanda. El TC considera que dicho emplazamiento por edictos fue defectuoso, declarando, por tanto, la nulidad de la sentencia por vulneración del derecho del demandado a la tutela judicial efectiva.

B) Inexistencia de llamamiento al proceso y conocimiento extraprocésal del mismo

En un supuesto en el que una entidad aseguradora alegaba vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por no haber sido llamada a un proceso de conflicto colectivo entre las secciones sindicales y la empresa asegurada, la **STC 176/2005, de 4 de julio**, I.L. J 1150 (recurso de amparo 3512/2001), declara la inexistencia de tal vulneración, ya que la entidad aseguradora poseía un conocimiento extraprocésal de la existencia del litigio mucho antes de que el proceso terminase y, sin embargo, no solicitó su intervención en el mismo hasta el momento en que existió una resolución judicial desfavorable a sus intereses.

6. DEMANDA**A) Variación de la demanda**

La **STS de 18 de julio de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 1627, declara que la variación de la demanda, sustancial o no, no puede ser efectuada por un tercero (en el caso analizado un codemandado), habiendo provocado una indudable indefensión la condena basada en el hecho introducido por tal variación.

B) Reconvencción vs. compensación de deudas

La **STSJ de Andalucía (Málaga) de 28 de abril de 2005**, I.L. J 1351, declara que la alegación de créditos contrapuestos (compensación) puede hacerse por vía de excepción (para extinguir o reducir la pretensión actora, sin pretender condena alguna del demandante) o por vía de acción reconvenccional (pidiendo la condena, independientemente o “por el exceso” de la parte demandante), recordando que la LEC no asimila procesalmente la reconvencción y la compensación, pues la reconvencción es un instituto procesal y la compensación es un modo de extinción de las obligaciones.

7. ACUMULACIÓN DE ACCIONES

La **STSJ de Madrid de 19 de abril de 2005**, I.L. J 1364, establece que la alegación de la existencia de cesión ilegal en una acción por despido no supone el ejercicio conjunto de dos acciones, y ello por la conexión inmediata y la manifiesta interdependencia que puede existir entre el despido y la cesión ilegal.

8. EXCEPCIONES**A) Inadecuación de procedimiento**

La **STSJ de Aragón de 18 de mayo de 2005**, I.L. J 1397, declara que no es aplicable la modalidad procesal de clasificación profesional: lo que se discute en el pleito no es un

XII. El Proceso Laboral

cambio en las funciones efectivamente desempeñadas que justifique el ascenso a una categoría superior, sino la incardinación de la categoría anterior en las creadas por un nuevo convenio colectivo. En el mismo sentido se pronuncian las **SSTS de 24 de mayo y 5 de julio de 2005**, ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 1223 y 1249. Del mismo modo, la **STS de 18 de julio de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 1186, recuerda que las cuestiones atinentes a la nulidad de cláusulas contractuales no son propias del proceso de conflicto colectivo. Finalmente, la **STSJ de Cataluña de 7 de marzo de 2005**, I.L. J 1459, en aplicación de la jurisprudencia del TS, declara que el proceso de modificación sustancial de condiciones de trabajo, regulado en el artículo 138 LPL, tiene como presupuesto la existencia real de modificaciones sustanciales de trabajo tal y como se conciben en el artículo 41 ET, de modo que cuando no se cumplen por el empleador las exigencias formales del precepto sustantivo el proceso adecuado es el ordinario.

B) Falta de legitimación

a) Activa

La **STSJ de Cataluña de 3 de marzo de 2005**, I.L. J 1452, en aplicación de la doctrina del TC, reconoce legitimación activa a un trabajador individual para impugnar cláusulas de un convenio colectivo que le afecten individualmente, pudiendo pedir su inaplicación por el cauce del procedimiento ordinario. Por otra parte, la **STSJ de Madrid de 29 de abril de 2005**, I.L. J 1466, reconoce legitimación activa a uno de los sindicatos firmantes del convenio colectivo para reclamar la aplicación de la previsión del convenio por la que su comisión paritaria debía clasificar como funcionales determinados puestos de trabajo, al ser ello objeto de un procedimiento ordinario y conferirles el artículo 17.2 LPL legitimación para la defensa de sus intereses. Finalmente, la **STS de 1 de junio de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 1233, desestima la excepción de falta de legitimación activa del sindicato actuante: el hecho de que el artículo 90.5 ET atribuya a la autoridad laboral la posibilidad de dirigirse al correspondiente órgano jurisdiccional para garantizar el ajuste a la legalidad de un convenio, no excluye la legitimación que la normativa procesal atribuye a los sindicatos y asociaciones empresariales.

b) Pasiva

La **STS de 27 de julio de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 1624, entiende que la empresa carece de legitimación pasiva en un procedimiento en que se imputaba al comité de empresa un comportamiento antisindical en el que no había participado la empresa.

C) Litispendencia

La **STS de 7 de julio de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 1253, establece que no puede acogerse la excepción de litispendencia en un proceso de despido por hallarse en trámite un proceso por demanda de cesión ilegal entre las mismas partes, ya que no son acciones de la misma naturaleza.

D) Litisconsorcio pasivo necesario

La STSJ de Cantabria de 25 de abril de 2005, I.L. J 1291, desestima la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario ya que, en la fecha del juicio oral, la empresa que se pretendía traer al proceso se había fusionado con la empresa demandada.

E) Prescripción

La STSJ de Cataluña de 4 de marzo de 2005, I.L. J 1453, declara que la reclamación por parte de la empresa de un anticipo para el que no se pactó sistema de devolución debe entenderse sujeta al artículo 59.1 ET, computándose el año de prescripción desde la fecha de extinción del contrato. La STSJ de Navarra de 21 de abril de 2005, I.L. J 1391, establece que el reconocimiento privado de una deuda prescrita por parte del empresario no perjudica al FOGASA, y que la excepción de prescripción alegada por éste no puede beneficiar a la empresa que ha llevado a cabo tal reconocimiento. De otro lado, la STSJ de Aragón de 18 de mayo de 2005, I.L. J 1397, establece que la acción de impugnación de encuadramiento profesional está sujeta al plazo de prescripción anual del artículo 59.2 ET, pues nos encontramos ante una obligación de tracto único y, por tanto, la acción puede ejercitarse desde el momento del encuadramiento por la empresa. Por último, la STS de 24 de junio de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 1487, establece que la acción para reclamar contra la decisión empresarial de ceder los contratos de trabajo a otra empresa, sin la voluntaria aceptación de los trabajadores, no es imprescriptible, sino que está sujeta al plazo del artículo 59.1 ET, al no ser tal decisión un acto nulo sino anulable.

F) Caducidad

La STSJ de Valencia de 11 de marzo de 2005, I.L. J 1276, rechaza la excepción de caducidad de la demanda por despido alegada por uno de los codemandados, puesto que, según la jurisprudencia del TS, una vez presentada en plazo, la ampliación de la demanda para traer al proceso a entidades que completan la personalidad de uno de los demandados o que deben ser emplazados por requisito legal, no constituye una nueva demanda sino una subsanación de defectos. En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Madrid de 10 de mayo de 2005, I.L. J 1558. Por su parte, la STSJ de Galicia de 29 de abril de 2005, I.L. J 1388, recuerda que el artículo 135 LEC establece que cuando la presentación de un escrito esté sujeta a plazo podrá efectuarse hasta las quince horas del día siguiente al del vencimiento del plazo, motivo por el que desestima la excepción de caducidad de la demanda por despido. Igualmente, la STSJ de Aragón de 3 de mayo de 2005, I.L. J 1393, declara la caducidad de la acción por despido: la alegación de que hasta que no se produjera una comunicación escrita resolutoria no debía considerarse producido el despido no puede acogerse, pues en este caso el día final de la relación contractual quedó claramente fijado en el propio contrato y en la denuncia del mismo.

G) Cosa juzgada

La STSJ de Valencia de 15 de marzo de 2005, I.L. J 1345, desestima la excepción de cosa juzgada en un procedimiento de despido: no concurría el requisito objetivo de identidad en la pretensión ya que, aun cuando en ambos procesos se solicitaba la declaración de improcedencia del despido, en el primero se declaró la improcedencia por defectos formales de modo que no fueron calificados los incumplimientos imputados al actor. Por otra parte, la STSJ de Extremadura de 11 de mayo de 2005, I.L. J 1313, recuerda la diferencia entre los dos efectos de la cosa juzgada, el negativo y el positivo o prejudicial; el primero implica la prohibición de que se sigan dos pleitos y recaigan dos resoluciones sobre un mismo objeto entre las mismas partes, mientras que el segundo deriva del efecto que lo resuelto en una sentencia firme tiene en otro proceso. Es por ello que la apreciación del efecto positivo no excluye un pronunciamiento sobre el objeto. Finalmente, la STS de 28 de junio de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 1603, en un procedimiento de tutela de libertad sindical y dada la conexión existente con un proceso anterior, acoge la excepción de cosa juzgada aunque en el primer proceso, a diferencia del actual, no se solicitara la nulidad del decreto regulador de las condiciones laborales de la Administración demandada, ni indemnización derivada de la vulneración del derecho.

9. PRÁCTICA DE LA PRUEBA

A) Diligencias para mejor proveer

En el proceso laboral rige el principio de aportación de prueba por las partes que en él intervienen. Por ello y aun cuando al juez de instancia se le otorgan en ciertos casos facultades investigadoras, ello no implica que tenga la obligación de demostrar los hechos en que se fundamentan las pretensiones de las partes. En consecuencia, “(...) la parte no puede imponer una actividad probatoria del juzgador, de suerte que acordar o no diligencias para mejor proveer es una facultad soberana y discrecional del tribunal de instancia (...)”. Éste es el criterio de la STSJ de Valencia de 23 de marzo de 2005, I.L. J 1275.

B) Prueba documental. *Fictia confessio*

Corresponde al Juez o Tribunal a quo la facultad de tener por probados los hechos sobre los que se refería la documental solicitada, admitida y no aportada a los autos por causa no justificada; no siendo revisable en fase de recurso dicha apreciación “(...) salvo aplicación irrazonable, caprichosa o arbitraria (...)”. Así se concluye en la STSJ de Andalucía (Málaga) de 7 de abril de 2005, I.L. J 1357. Esta facultad del juzgador, que no obligación, ha sido igualmente analizada por la STSJ de Cataluña de 31 de marzo de 2005, I.L. J 1445.

C) Carga de la prueba

a) Contrato temporal en fraude de ley

La STSJ de Baleares de 24 de febrero de 2005, I.L. J 1202, establece que, aun cuando no cabe presumir el fraude y quien lo invoca debe acreditar, generalmente, los hechos que

fundamentan su pretensión, no es menos cierto que esta regla debe ponderarse con el “(...) principio de disponibilidad y facilidad probatoria, tal como establece en la actualidad el artículo 217.6 de la supletoria LEC (...)”. Por ello, si se niega la certeza de la causa de temporalidad, corresponde a la empresa la carga de probar la licitud del contrato, al poseer ésta los medios adecuados para advenir la realidad y concurrencia de esa necesidad temporal de la contratación efectuada.

b) Existencia de despido tácito

Al demandante le incumbe probar la existencia de un despido tácito, demostrando que existen hechos concluyentes del empresario que implican una voluntad resolutoria consciente y que revelan la intención inequívoca de dar por extinguida la relación laboral. Ésta es la conclusión que alcanza la **STSJ de Extremadura de 25 de mayo de 2005**, I.L. J 1319.

c) Inversión

En un caso de nulidad de varios despidos por vulneración del derecho a la libertad sindical, la **STSJ del País Vasco de 18 de enero de 2005**, I.L. J 1382, resulta interesante por reseñar la jurisprudencia del TC existente respecto de la prueba indiciaria; ésta se articula en dos planos: incumbe a la parte actora aportar indicios razonables del acto vulnerador del derecho fundamental, correspondiéndole a la demandada en tal caso demostrar que las razones de su decisión son totalmente extrañas a la vulneración invocada y tenían entidad suficiente para justificarla. En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Galicia de 28 de abril de 2005**, I.L. J 1386, en un cese declarado nulo por vulneración del derecho de indemnidad. Asimismo, resulta de interés la **STC 216/2005, de 12 de septiembre**, I.L. J 1505 (recurso de amparo 2236/2001), en la que igualmente se analiza la inversión de la carga de prueba respecto de un cese de un representante sindical recién elegido en la Administración Pública.

D) Valoración de la prueba

La **STSJ de Cataluña de 8 de marzo de 2005**, I.L. J 1454, declara perfectamente válida la actuación del Juzgador en relación con la valoración de la prueba aportada a los autos. La recurrente se valió de ciertos informes de detectives privados para probar los hechos constitutivos del despido. En la sentencia y, al amparo de lo establecido en el artículo 97 LPL, el juez excluye y declara nula dicha prueba pues se había obtenido con vulneración del derecho a la intimidad del actor.

E) Denegación

La **STSJ de Valencia de 21 de abril de 2005**, I.L. J 1481, desestima la pretensión de nulidad de actuaciones por no haberse admitido la práctica de una determinada prueba solicitada por la parte demandada. Esta resolución se funda en lo siguiente: (i) la recu-

XII. El Proceso Laboral

rente no manifestó su protesta en el acto de juicio oral; y (ii) tal denegación no le causó indefensión, por cuanto con la prueba denegada pretendía rebatir una alegación que fue precisamente rechazada por la sentencia. También desestima la nulidad de actuaciones, por ausencia de práctica de determinada prueba, la STSJ de Castilla-La Mancha de 6 de mayo de 2005, I.L. J 1541, por cuanto no pudo acreditarse que dicha prueba fuera decisiva en términos de defensa.

10. SENTENCIA

A) Incongruencia

a) Existencia

En el caso de autos, se reconoció una invalidez permanente total, mientras que el trabajador solicitaba la invalidez absoluta y la Mutua la invalidez permanente parcial. La pretensión de la Mutua se acumuló a la del trabajador. Sin embargo, por error, el Tribunal de suplicación no se pronunció sobre la pretensión de esta entidad. Por ello, la STS de 6 de junio de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 1130, declara la incongruencia omisiva de dicha resolución. Con cita de varias SSTC, la STS de 5 de julio de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 1241, declara la incongruencia *extra petita* de la sentencia de instancia, por cuanto la misma, en un procedimiento de conflicto colectivo en materia de jornada, altera por exceso y de modo innecesario los términos del debate judicial. En la misma línea se pronuncia la STSJ de Extremadura de 13 de mayo de 2005, I.L. J 1314, que, citando expresamente varias sentencias del TS y del TC, declara la incongruencia de la sentencia de instancia tanto por exceso como por omisión, ya que se declara la nulidad de un despido objetivo en base a cuestiones no discutidas por las partes y, en consecuencia, omite resolver las cuestiones realmente planteadas en el litigio.

b) Inexistencia

Dar una respuesta implícita a las pretensiones de la parte demandante no supone incurrir en un vicio de incongruencia omisiva, ya que como dice la STC 91/1995, de 19 de junio “(...) el artículo 24.1 de la Constitución no garantiza el derecho a una respuesta por menorizada a todas y cada una de las cuestiones planteadas (...), pues sólo la omisión o falta total de respuesta y no la respuesta genérica o global a la cuestión planteada entraña vulneración de la tutela judicial efectiva (...).” Así lo recogen las SSTSJ de Cataluña de 7 y 11 de marzo y de 27 de abril de 2005, I.L. J 1459, 1323 y 1579.

B) Motivación

La STS de 8 de junio de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 1230, declara que una sentencia no adolece de falta de motivación suficiente cuando la misma no entra a resolver todas las excepciones procesales planteadas, pudiendo dar preferencia a una de ellas al entenderla prioritaria, bien por razones de orden lógico o por razones de economía procesal. Por el contrario, la STS de 12 de julio de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 1250, declara la falta de

motivación de la sentencia de instancia. Dicha sentencia contiene afirmaciones fácticas –siendo irrelevante que las mismas consten en el relato fáctico o en los fundamentos jurídicos– sin que se precise de dónde se han deducido –cuando se habían practicado las correspondientes pruebas documental, pericial y testifical–, lo que atenta contra las garantías constitucionales de interdicción de la indefensión. Resulta también interesante la **STSJ de Valencia de 15 de marzo de 2005**, I.L. J 1345, que desestima la alegación de falta de motivación de la sentencia, resumiendo la doctrina constitucional en la materia: (i) el deber de motivación es una garantía frente a la arbitrariedad; (ii) la sentencia tiene que contener las razones en que se fundamenta la decisión, lo que “(...) no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ella se afecte al contenido de otros derechos fundamentales (...)”; (iii) el error del Juez tiene que ser patente, manifiesto, evidente o notorio, verificable de forma incontrovertible y, además, determinante en la decisión judicial.

11. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

A) Limitación temporal. Requisitos

La **STSJ de Cataluña de 8 de marzo de 2005**, I.L. J 1262, declara que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 56 ET, no es posible sustituir por una transferencia bancaria a la cuenta del trabajador el depósito judicial de la indemnización por despido improcedente. En consecuencia, se condena a la empresa a abonar los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia. Por su parte, la **STSJ de Valencia de 3 de febrero de 2005**, I.L. J 1208, recuerda las condiciones para limitar el devengo de los salarios de tramitación: a) el reconocimiento de la improcedencia del despido; b) el ofrecimiento de la indemnización legal y, en su caso, de los salarios de tramitación devengados; c) el depósito en el Juzgado de lo Social, y d) la puesta en conocimiento del trabajador de dicho depósito. Igualmente, esta sentencia declara que habiéndose abonado al trabajador lo adeudado en concepto de indemnización, debe concluirse que este acto en sí mismo supone un reconocimiento tácito de la improcedencia del despido. Sin embargo, la **STSJ de Navarra de 15 de abril de 2005**, I.L. J 1390, insiste en que para conseguir los efectos que se analizan tiene que haber un reconocimiento expreso, fehaciente y comunicado al trabajador de la improcedencia del despido. De otro lado, la **STSJ de Valencia de 10 de febrero de 2005**, I.L. J 1210, establece que resulta válida, a los efectos de limitar los salarios de tramitación, una oferta que englobe tanto la indemnización como la cantidad adeudada en concepto de saldo y finiquito, siempre que exista separación suficiente entre las mismas como para distinguir ambas cuantías. En la **STSJ de Madrid de 19 de abril de 2005**, I.L. J 1365, se declara válida la limitación de los salarios de tramitación declarada en la sentencia de instancia, aun cuando en el cálculo de la indemnización consignada la empresa no tuvo en cuenta la cantidad correspondiente a unas comisiones. Se llega a esta conclusión porque en el momento del despido la empresa no podía conocer el importe de esas comisiones, dado el sistema de cálculo de las mismas. Por su parte, la **STSJ de Madrid de 25 de abril de 2005**, I.L. J 1366, también declara la limitación de los

XII. El Proceso Laboral

salarios de trámite, revocando la sentencia de instancia que había condenado a la empresa a abonar una indemnización superior a la consignada y, en consecuencia, a pagar los salarios de tramitación hasta el momento de notificación. En suplicación se recurre la inclusión para el cálculo de la indemnización de determinadas cantidades obtenidas por el ejercicio de opciones sobre acciones; el TSJ llega a la conclusión contraria del Juzgador de instancia, excluyendo esa cantidad del cómputo indemnizatorio con fundamento en que el ejercicio de las opciones se produjo después de transcurrir un año desde el momento en que pudo ejercitarse. Por ello, no considera que ese beneficio sea salario a efectos indemnizatorios y, por tanto, procede la limitación de los salarios de tramitación. La **STSJ de Madrid de 31 de mayo de 2005**, I.L. J 1548, concluye que los salarios de tramitación quedarán limitados a la fecha de la conciliación administrativa (en la que se realizó una consignación adicional) y no a la fecha anterior en la que se consignó por primera vez la indemnización, habida cuenta de que existía una diferencia entre ambas cuantías en favor del actor. En un supuesto en el que la consignación judicial de la indemnización ofrecida no pudo realizarse en el plazo exigido por circunstancias ajenas a la voluntad de la empresa (en concreto, por no habersele facilitado por los Juzgados de lo Social de Salamanca el número de cuenta de consignaciones, tras haberlo solicitado), la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 30 de mayo de 2005**, I.L. J 1637, tiene por cumplida la exigencia legal y declara la exención de los salarios de tramitación.

B) Incapacidad temporal

La **STS de 6 de julio de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 1430, con cita de otros pronunciamientos de dicha Sala (entre otras, la STS de 11 de febrero de 2003), reitera su doctrina sobre la no procedencia de los salarios de tramitación cuando, durante su devengo, el trabajador se encuentra en situación de IT.

12. RECURSO DE SUPLICACIÓN

A) Acceso al recurso

a) Afectación general

En la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 27 de abril de 2005**, I.L. J 1300, se recoge la doctrina de la STS de 3 de octubre de 2003 que modifica el criterio anterior sobre la apreciación de la afectación general a que se refiere el artículo 189.1.b) LPL. Así, aun cuando las reclamaciones individualmente consideradas no superen la cuantía mínima exigida para acceder al recurso de suplicación (1.803 euros), la existencia de una situación de conflicto generalizado que afecte a un gran número de trabajadores posibilitará el acceso a dicho recurso.

b) Modalidad procesal de clasificación profesional

En relación con la admisibilidad del recurso de suplicación contra las sentencias dictadas en procedimientos en los que se solicita el encuadramiento en un grupo profesional

superior, la STSJ de Aragón de 18 de mayo de 2005, I.L. J 1397, reproduce el criterio de la STS de 19 de mayo de 2004, según el cual el proceso de clasificación profesional debe sólo utilizarse cuando la reclamación de categoría profesional esté fundada en el desempeño de actividades correspondientes a una categoría superior, pero no cuando la decisión del Juzgador depende de la interpretación de preceptos normativos. Por lo tanto, en aquellos casos en que no resulte de aplicación la modalidad procesal de clasificación profesional la sentencia de instancia será recurrible en suplicación.

B) Modificación de hechos probados

a) Requisitos para su apreciación

La STSJ de Cataluña de 30 de marzo de 2005, I.L. J 1336, señala que la revisión de hechos probados requiere para su estimación: (i) la existencia de un error en la apreciación de la prueba; (ii) que el error sea evidente; (iii) que los errores denunciados tengan trascendencia en el fallo, es decir, que puedan llevar a una variación en el pronunciamiento [en este sentido también se pronuncia la STSJ de Andalucía (Málaga) de 24 de febrero de 2005, I.L. J 1200]; (iv) que el recurrente no sólo señale qué hechos impugna sino que además precise cómo debería quedar redactado el hecho que pretende revisar, y (v) que el recurrente evidencie la existencia del error mediante las pruebas documental o pericial obrantes en autos, quedando excluidos los demás medios de prueba, salvo que una norma otorgue a algún elemento de prueba un determinado efecto vinculante a la convicción del juez.

b) Documentos inhábiles

Con fundamento en las SSTSJ de Extremadura de 17 de diciembre de 2001 y de Cataluña de 13 de julio de 2001, la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 7 de abril de 2005, I.L. J 1285, declara que los contratos de trabajo y los convenios colectivos no pueden tener efectos revisorios. Asimismo, equipara los correos electrónicos a las cartas, por lo que, al ser consideradas meras declaraciones, se revelan como documentos inhábiles a efectos del recurso de suplicación.

13. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Sentencias contradictorias. Firmeza

La STS de 14 de julio de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 1188, resuelve en el mismo sentido que la STS de 21 de marzo de 1996, al declarar que la sentencia de contraste ha de ser firme en la fecha en la que fue dictada la sentencia recurrida. De lo contrario, existiría un defecto insubsanable y, por tanto, una causa de inadmisión del recurso.

B) Escritos de preparación e interposición. Requisitos

La STS de 27 de mayo de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 1568, reitera el pronunciamiento recogido en las SSTs de 11 de marzo y 6 de abril de 2004 y declara que: “(...) 1) el escrito de preparación del recurso debe identificar el núcleo de la contradicción entendido como determinación de objeto y del sentido de la divergencia entre las resoluciones comparadas (...); y 2) el escrito de interposición del recurso debe contener una argumentación suficiente para conocer la base jurídica en la que se apoya la posición de la parte (...)”. La STS de 28 de junio de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 1603, establece que el escrito de interposición del recurso debe contener una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, así como una fundamentación de la infracción legal cometida. Respecto a la relación de la contradicción alegada afirma que: (i) el análisis de contradicción debe consistir en una comparación de controversias (STS de 12 de julio de 1994), más que en un mero examen de las doctrinas comparadas; (ii) dicha comparación de controversias requerirá un análisis detallado de los hechos, fundamentos, pretensiones y decisiones de las sentencias comparadas (STS de 27 de febrero de 1995), y, en su caso, (iii) debe expresar por qué carecen de relevancia para el juicio de contradicción las diferencias que pudieran existir entre las sentencias comparadas (STS de 2 de febrero de 2005). Con relación a la fundamentación de la infracción legal cometida, la Sala afirma que: (i) no debe plantear cuestión nueva no suscitada o debatida en el recurso de suplicación (STS de 5 de noviembre de 2003); (ii) el escrito de interposición del recurso debe incluir una argumentación suficiente que permita conocer la base jurídica en la que se apoya la posición de la parte (STS de 11 de marzo de 2004) y una mención clara e indubitada del precepto legal o de la jurisprudencia que se entiendan infringidos (STS de 5 de marzo de 2005). En este sentido, la Sala señala que no es suficiente la mera cita de preceptos y jurisprudencia sin una mínima explicación de su contenido y relevancia para la resolución del caso.

C) Cuantía litigiosa. Cuotas por débitos a la Seguridad Social

Siguiendo el criterio de las SSTs de 23 de junio de 2001 y 17 de diciembre de 2003, entre otras, en relación con el acceso al recurso de casación para la unificación de doctrina, la STS de 8 de marzo de 2005, Sala Tercera, I.L. J 1570, declara que éste es un recurso extraordinario y limitado por razón de la cuantía. A continuación se 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.

14. RECURSO DE CASACIÓN. MODIFICACIÓN DE HECHOS PROBADOS

La STS de 15 de junio de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 1227, declara que la revisión de hechos probados requiere que se indiquen de manera precisa los documentos sobre los que se fundamenta la revisión, que de dichos documentos se constate la equivocación evidente del Juzgador y, por último, que se concrete el nuevo texto de hechos probados que se pretende obtener como consecuencia de la modificación propuesta.

15. RECURSO DE REVISIÓN. DOCUMENTOS QUE HABILITAN EL RECURSO

La STS de 9 de junio de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 1174, declara que el hecho de que el documento aportado para fundamentar el recurso de revisión sea posterior a la sentencia de instancia constituye por sí mismo un motivo de desistimiento del recurso planteado, en tanto que no concurrirían ni la existencia de fuerza mayor ni la actuación impeditiva de la contraparte que exige el artículo 510 LEC. Asimismo, esta situación implicaría necesariamente que el fallo de la sentencia de instancia no recoja un pronunciamiento injusto derivado de la ausencia de un documento de carácter indispensable, tal y como requiere el recurso de revisión.

16. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

A) Cambio procesal de partes

Con fundamento en las SSTs de 24 de febrero y 10 de diciembre de 1997, la STSJ de Cataluña de 4 de marzo de 2005, I.L. J 1457, afirma que para que pueda declararse el cambio procesal de partes en el proceso de ejecución es necesario que dicho cambio se funde en circunstancias posteriores a la constitución de la sentencia ejecutada.

B) Retenciones y deducciones

La STSJ de Cataluña de 19 de abril de 2005, I.L. J 1514, señala que los Juzgados y Tribunales del Orden Social fijan condenas dinerarias en cantidad bruta. No obstante, si el pago de la indemnización conlleva la obligación legal de realizar determinados ingresos a las entidades públicas correspondientes, no es posible exigir a la empresa el abono íntegro de la condena. Asimismo, señala que la competencia para decidir si las retenciones practicadas son las procedentes corresponde al Orden Contencioso-Administrativo.

17. MALA FE Y TEMERIDAD

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 11 de mayo de 2005, I.L. J 1528, afirma que por mala fe y temeridad se ha de entender el desarrollo de actuaciones procesales a sabiendas de que carecen de todo fundamento jurídico, resultando imprescindible que esta actuación negligente se muestre de manera patente y manifiesta. Asimismo, señala que esta sanción debe ser aplicada de manera restrictiva, por cuanto la doctrina y la jurisprudencia han afirmado que tiene naturaleza punitiva.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ

SONSOLES GONZÁLEZ SOLÍS

MIGUEL MIRÓ-GRANADA ÁLVAREZ

MONTSERRAT REIG GALMES

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO**Sumario:**

Consideración preliminar. 1. Comité de Seguridad y Salud: formación. 2. Competencia de la Jurisdicción Social: reclamación de daños y perjuicios contra promotor y directores técnicos de la obra. 3. Expediente sancionador: resolución sancionatoria inválida. 4. Responsabilidad empresarial. A) Deber de formación. B) Compatibilidad de responsabilidades. C) Responsabilidad de la empresa subrogada. 5. Recargo de prestaciones. A) Incumplimiento de sistemas de seguridad. B) Imprudencia temeraria. C) Sobre prestaciones definitivas. 6. Técnico de prevención de riesgos laborales: contrato en prácticas: ineficacia.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En la presente crónica está incluido el análisis de las decisiones judiciales aparecidas en los números 9 a 12 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 1108 a 1639), correspondientes los meses de diciembre de 2005 y enero, febrero y marzo de 2006, que incorporan contenido de seguridad y salud laboral.

El tema de la responsabilidad del empresario ante el incumplimiento de medidas de seguridad en el trabajo es nuevamente el tema que más discusión viene planteando en las decisiones judiciales que ahora se analizan. De manera principal destaca el tema del recargo de prestaciones que se perfila sobre supuestos en que concurre la imprudencia del trabajador y en temas de subrogación de empresas para encontrar al verdadero responsable.

Destaca también una decisión del Tribunal Supremo. La **STS de 22 de junio de 2005**, I.L. J 1380, en la que partiendo del supuesto legal de que el empresario asume en el contrato de trabajo la obligación de seguridad, declara que el conocimiento de todas las consecuencias que se deriven de su incumplimiento corresponden al Orden Social de la Jurisdicción y de ahí que sea este Orden el competente para conocer la pretensión sobre

reclamación de responsabilidad civil por daños y perjuicios del Pomotor y Directores Técnicos de la obra en la que el trabajador sufrió un accidente de trabajo.

1. COMITÉ DE SEGURIDAD Y SALUD: FORMACIÓN

La STSJ de Cantabria de 4 de mayo de 2005, I.L. J 1405, analiza los contornos legales y constitucionales que rigen la formación y composición del Comité de Seguridad y Salud, principalmente desde el ángulo de la posible vulneración de los derechos de igualdad y de libertad sindical.

El artículo 38 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece que el Comité de Seguridad y Salud es el órgano paritario y colegiado de participación destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones de la empresa en materia de prevención de riesgos laborales, que estará formado por los Delegados de Prevención, de una parte, y por el empresario y/o sus representantes en número igual al de los Delegados de Prevención, de la otra. Estos Delegados de Prevención, según el artículo 35 de la propia Ley son los representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos, y serán designados por y entre los representantes de personal en el ámbito de los órganos de representación previstos, es decir, en el ámbito de los Comités de Empresa y Delegados de Personal, en el número que se determina en el párrafo segundo del citado artículo.

La designación de los Delegados de Prevención compete exclusivamente, por tanto, a los representantes de personal, es decir, a los comités de Empresa o, en su caso, a los Delegados de Personal, quienes designarán de entre sus miembros a los Delegados de Prevención. La Ley no cita la participación de los representantes sindicales o delegados de secciones sindicales en aquellos centros de trabajo donde estén constituidos, cuyas competencias no van más allá de lo que al respecto establece el artículo 10.2º de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

La representación sindical no participa directamente en la designación de los Delegados de Prevención, aunque no cabe desconocer su intervención indirecta. Ciertamente los representantes sindicales están presentes en Comités de Empresa y Delegados de personal y de ahí que contribuyan por esta vía a formar la voluntad colectiva de dichos órganos de representación de personal.

Por otro lado, constata la Sentencia que el Delegado de Prevención y el Comité de Seguridad y Salud no tienen reconocido el derecho de libertad sindical previsto en el artículo 28 CE, según se deduce de los artículos 1, 2, 4 y 13 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, y ello porque son una creación de ley ordinaria y no de la Constitución. La ley ordinaria no ha otorgado a los Comités de Seguridad y Salud facultades negociadoras y, por tanto:

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

“la exclusión de un sindicato de su seno no atenta contra la libertad sindical, de donde se deduce que su composición no está sujeta a las reglas de proporcionalidad que afectan a los órganos de representación”.

2. COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL: RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS CONTRA PROMOTOR Y DIRECTORES TÉCNICOS DE LA OBRA

La STS de 22 de junio de 2005, I.L. J 1380, estudia el complejo tema de la responsabilidad civil de daños y perjuicios que producida en el ámbito del contrato de trabajo y derivada de un accidente de trabajo va a ser conocida por el Orden Social de la Jurisdicción aunque no exista vinculación contractual alguna entre el responsable y el trabajador. No se discute la competencia para conocer de la reclamación de daños y perjuicios contra la empresa que contrató al trabajador, ni contra la propietaria del terreno donde se ejecutaba la obra, ni contra la empresa ejecutora de la obra o el empresario principal. El objeto del litigio es averiguar la competencia del Orden Social o Civil de la Jurisdicción para conocer sobre la responsabilidad de unas concretas personas (Promotor y Directores de Obra) que no son contratantes del trabajador.

Como ya conocemos un accidente de trabajo genera tres tipos de responsabilidad, la contractual del artículo 1101 Código Civil, la extracontractual del artículo 1902 del mismo Cuerpo legal y la derivada de un ilícito penal. Dejando a un lado la responsabilidad penal, el deslinde de competencia entre los órganos judiciales civil y laboral a la hora de asumir el conocimiento de los otros dos tipos o clases de responsabilidad patrimonial derivada de accidente de trabajo presenta dificultades, siendo controvertido en la jurisprudencia de las Salas Primera y Cuarta del Tribunal Supremo, pues cada una de ellas viene proclamando su competencia para conocer de los procesos en los que se reclame la pertinente indemnización de daños y perjuicios derivada de esa responsabilidad patrimonial.

Sin embargo, si la infracción de una norma estatal o colectiva o una regla de la autonomía privada o de la costumbre (artículo 3 LET) origina un daño constitutivo de un ilícito laboral, ya la STS de 24 de mayo de 1994 (recurso 2249/1993) declaró que la responsabilidad ya no es civil sino laboral comprendida en el apartado a) del artículo 2 de la Ley de Procedimiento Laboral que atribuye al Orden Social las cuestiones litigiosas que se promuevan entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo, siendo irrelevante el que la responsabilidad controvertida pueda calificarse como extracontractual cuando el acto causante se presenta con entera abstracción de la obligación preexistente, o como contractual.

Además, se hace expresa cita de otro pronunciamiento del Alto Tribunal, la STS de 1 de diciembre de 2003 (recurso 239/2003), en el que se declara que el empleador asume la obligación en el contrato de trabajo de “garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo” (artículo 14.2 LPRL), deber de seguridad en el trabajo calificado de básico en los artículos 4.2.º.d) y 19.1.º LET. Esta obligación impuesta *ex lege* debe implicar que la no observancia de las normas garantizadas de la seguridad en el trabajo por el empleador constituye el parámetro esencial

para determinar y delimitar la competencia del orden jurisdiccional laboral, conforme prescriben los artículos 9.2º LOPJ y 21 LPL.

Con estos razonamientos, la STS de 22 de junio de 2005, analizada, insiste en que:

“si el incumplimiento de la norma de seguridad se produce en la esfera de influencia del contrato de trabajo, en cuyo campo el empleador es deudor de tal seguridad, no parece aventurado concluir que el conocimiento de las consecuencias que derivan de aquel incumplimiento debe corresponder al orden social, reservándose al orden jurisdiccional civil aquellos otros supuestos que se produzcan fuera del campo delimitado por el contrato de trabajo”.

Sentado todo ello se trataba de determinar la competencia para conocer las acciones de la responsabilidad civil o patrimonial derivada de un accidente de trabajo, tendente a obtener la indemnización de daños y perjuicios causada por culpa o negligencia. Se advierte por el Tribunal Supremo la complejidad de este tipo de accidente que acoge e incluye toda la amplísima materia de la prevención de riesgos laborales así como su extensa normativa nacional, comunitaria e internacional, llegando a la conclusión que esa materia encaja, sin discusión, en la rama social del derecho, siendo manifiestamente ajena al derecho civil,

“lo que conduce a que si cualquier persona causa por acción y omisión interviniendo culpa o negligencia, que a su vez produce lesiones o daños a uno o varios trabajadores, la responsabilidad se inserta en el campo propio del derecho laboral, aunque no exista vinculación contractual alguna entre el responsable y el trabajador, de forma que esta especial responsabilidad extracontractual queda englobada e inmersa en la extensa y compleja materia de la prevención de riesgos laborales en el trabajo y de la seguridad en el mismo”.

3. EXPEDIENTE SANCIONADOR: RESOLUCIÓN SANCIONATORIA INVÁLIDA

La STSJ de Cataluña de 8 de marzo de 2005, I.L. J 1455, analiza un expediente administrativo incoado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para declarar la responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene, la posible caducidad del mismo por la inactividad de la Administración por plazo superior a los seis meses fijados en el artículo 42.4º de la Ley 39/1992 en relación con el artículo 20 del RD 928/1998.

En el caso analizado, el expediente administrativo al que puso término la resolución administrativa fechada en 7 de octubre de 2002 se inició con la entrada en fecha 4 de octubre de 2000 del correspondiente escrito de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, habiendo recaído el 2 de octubre de 2000 acta de infracción que, según el RD 928/1998, “se tramitará hasta su resolución definitiva sin perjuicio del trámite de audiencia, que se entenderá cumplimentado en todo caso cuando en la resolución no sean tenidos en

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

cuenta hechos distintos a los reseñados en el acta” comunicándose “en cumplimiento del artículo 42.4º Ley 39/1992 que el procedimiento sancionado tiene una duración máxima de seis meses a contar desde la fecha sin perjuicio de la posible interrupción del mencionado plazo por causas de suspensión previstas legalmente”. La empresa demandada presentó alegaciones el 30 de octubre de 2001.

En consideración a estos hechos, la Sentencia estima que:

“el *dies a quo* a considerar a efectos litigiosos no es la fecha del 5 de febrero de 2002 en que el INSS comunica a la empresa el inicio del expediente administrativo de recargo de prestaciones, sino la del ‘acta de infracción de 2 de octubre de 2000 de la Inspección de Trabajo’, al ser ésta la que legalmente determina tanto la apertura del expediente sancionador como el término para su resolución”.

Por todo ello, queda patente:

“la superación en exceso del plazo de caducidad establecido para la tramitación del expediente litigioso (...) y para la emisión de la resolución sancionadora (...) (deduciéndose) la invalidez de la indicada resolución y la consiguiente improcedencia de la imposición del recargo a la empresa demandante”.

4. RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL

A) Deber de formación

La STSJ de Cataluña de 30 de marzo de 2005, I.L. J 1447, analiza un supuesto de accidente de trabajo producido al realizar una trabajadora y por primera vez la limpieza de un horno, que se produjo tras mover una escalera de tijera con un cubo con detergente desincrustante que había colocado en la parte superior de esa escalera, cuando éste se desestabilizó y le cayó encima, mojándole los brazos y las piernas a la altura de las rodillas, provocando quemaduras de tercer grado en las piernas que se produjeron, según Informe de la Inspección de Trabajo “al no llevar los medios de protección individual adecuados para la manipulación de un producto irritante para la piel”.

En primer lugar y de forma breve se analiza la procedencia o no de la responsabilidad empresarial del artículo 1101 del Código Civil al haber incumplido el empresario no sólo las medidas de seguridad en el trabajo (cuestión que también es objeto de debate) sino ante la comprobación de una falta de cuidado o culpa *in vigilando* empresarial que ha contribuido al resultado lesivo, ya que:

“por imperativo legal –artículos 4.2º.d) y 19 LET y 14 y 15 LPRL– el empresario está obligado a proteger al trabajador incluso de sus propias imprudencias”.

Se constata que la imprudencia de la trabajadora es indudable ya que con ocasión de habersele encomendado la limpieza de las paredes del horno apoyó el cubo con una

sustancia peligrosa desincrustante sobre la parte superior de la escalera procediendo a desplazar la misma sin retirar el cubo, éste se desequilibró cayendo el líquido y mojando a la trabajadora en los brazos y en las piernas a la altura de las rodillas, produciéndole quemaduras en éstas. A pesar de que la encargada tras el accidente dijo a la trabajadora que se quitara la ropa y se lavara, ésta no se quitó toda la ropa permaneciendo con los pantalones de trabajo puestos, lo que agravó las lesiones.

Si bien todo eso es cierto, el Tribunal tiene en cuenta que la trabajadora era la primera vez que realizaba esa tarea de limpieza del horno y que no había recibido la formación específica en materia de prevención así como que en el momento del accidente los medios de protección individual no eran los adecuados puesto que llevaba delantal de plástico por encima de las rodillas, guantes y botas de protección de los pies únicamente hasta la altura de los tobillos.

Es por ello, que el Tribunal llega a la convicción de que:

“con una mayor formación de la trabajadora, pero sobre todo con la utilización de unos medios de protección individual adecuados para la manipulación de un producto irritante para la piel, el resultado lesivo no se hubiese producido, constituyendo la no utilización de dichos elementos la concausa del accidente (...) (es decir, ha habido) una falta de cuidado o culpa *in vigilando* empresarial”.

Finalmente, se estudia qué grado de participación en el accidente ha tenido la imprudencia de la trabajadora de cara a la posible o no exoneración de responsabilidad al empresario. Se llega a la conclusión de que efectivamente ha habido tal concurrencia de culpas y por tanto,

“ha de moderarse la cuantía económica de la responsabilidad, estableciendo la cuantía de la indemnización con criterios de proporcionalidad en razón a las circunstancias concurrentes en cada caso”.

B) Compatibilidad de responsabilidades

La STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de junio de 2005, I.L. J 1295, se plantea el estudio de la responsabilidad civil por daños y perjuicios derivada de un accidente de trabajo donde ha habido incumplimientos contractuales en materia de formación y relativos al efectivo deber de seguridad, ambos relevantes en la producción del accidente. El objeto del estudio de este tipo de responsabilidad se encamina hacia el reconocimiento de su compatibilidad con las otras responsabilidades a que da lugar, precisamente porque traen su causa en una obligación contractual; cuestión diferente a la planteada en un caso de accidente en el que no ha mediado esa obligación de seguridad o cuando ocurren otras circunstancias, a veces fortuitas, y no equiparables a las que derivan de la previa existencia de un contrato de trabajo y un aseguramiento público.

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

El Tribunal Supremo observa esas diferencias y declara que:

“no es aceptable hacer de la misma condición las consecuencias de un fallecimiento (o lesión permanente) por enfermedad común, que cuando el origen es en un evento laboral, causado además por falta de las adecuadas medidas de seguridad, que en el otro caso o cuando el siniestro laboral ocurre sin que haya existido infracción de las obligaciones de seguridad exigibles. (...)”.

Así como en unos supuestos procede aplicar la Ley del Seguro Privado y descontar lo capitalizado por las prestaciones legales de índole pública, que en definitiva no tiene por qué ser distinto o especialmente distinto cuando el fallecimiento tiene su origen en muerte natural o en accidente no laboral que en siniestro laboral, lo que parece irrazonable cuando se compara entre las diversas situaciones laborales indicadas, aduce el Tribunal que:

“Carece de todo sentido, haciendo esa operación, hacer igual de responsable al empleador incumplidor, por cuya culpa u omisión de seguridad se originó el daño que a quien no intervino, obviamente en un evento común, o cuando ocurrido un siniestro laboral se había cumplido con sus obligaciones de seguridad por el empresario.”

Ciertamente la responsabilidad civil por daños y perjuicios a causa de accidente de trabajo, independientemente de otras responsabilidades a que da lugar ese mismo accidente, como la prestacional de Seguridad Social y del recargo de esas prestaciones por falta de medidas de seguridad y aparte de las posibles sanciones administrativas, ha sido consagrada expresamente en vía jurisprudencial bajo la idea de lograr la reparación total del daño causado. La Sentencia analizada, recoge las líneas generales de esta jurisprudencia sobre la que se asienta esta responsabilidad. Así, se dice en primer lugar, que:

“la responsabilidad civil es culposa, no es objetiva ni derivada de la creación de riesgos, ni tampoco es extracontractual o aquiliana del artículo 1902 Código Civil, sino que es contractual, por incumplimiento de obligaciones nacidas del contrato laboral. Es una responsabilidad que se organiza al margen y con autonomía de las otras posibles responsabilidades, penal, administrativa o de Seguridad Social (prestacional ordinaria o por recargo sobre las mismas por falta de medidas de seguridad)”. (SSTS 30 de septiembre de 1997 y 20 de julio de 2000.)

Sin embargo esta autonomía en las responsabilidades no significa que exista una rígida independencia,

“porque ante un daño indemnizable aparece una sola responsabilidad reparadora, global, pues hay una sola pretensión indemnizatoria, un solo total, una sola indemnización y responsabilidad”. (SSTS de 10 de diciembre de 1998, 17 de febrero de 1999, 2 de octubre de 2000, 2 de octubre de 2000, 21 de febrero de 2002 y 8 de abril de 2002.)

Y es que, la indemnización tiene unos límites racionales que es la reparación íntegra y por ello no debe resultar un enriquecimiento injusto para el indemnizado. Desde esta

perspectiva, del importe total de la indemnización civil hay que deducir lo ya percibido por el indemnizado en las otras vías, como por ejemplo, lo abonado por las prestaciones de Seguridad Social y por posibles pólizas de seguro suscritas por la empresa.

Sin embargo, respecto al recargo de prestaciones no rige ese principio por la regla esencial de independencia y compatibilidad proclamada en el artículo 123.3º LGSS y en el artículo 42.3º LPRL. A tenor de este último precepto,

“se distinguen claramente los tres tipos de responsabilidades: a) Las responsabilidades administrativas derivadas del procedimiento sancionador. b) Las indemnizaciones por daños y perjuicios civiles causados. c) Las indemnizaciones de recargo de prestaciones económicas” (SSTS de 17 de febrero de 1999, 2 de octubre de 2000 y 21 de febrero de 2002).

Cada uno de los tipos de responsabilidades tiene su propia normativa y no basta para la indemnización civil trasladar a este plano la normativa del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad:

“será preciso probar una relevante y causal culpabilidad subjetiva que ha de ser imputada a la empresa según las circunstancias de personas, tiempo y lugar, (exigiendo) la Jurisprudencia que en todo caso el resultado dañoso producido ha de ser efecto concatenado y derivado de la conducta negligente o descuidada del empresario, constituyendo el cómo y el porqué ocurrió el accidente, elementos indispensables en el examen del evento dañoso”.

Abundando en el tema de la responsabilidad empresarial por daños y perjuicios y en las relaciones entre la contractual y la derivada del recargo de prestaciones, la **STSJ de Cataluña de 27 de abril de 2005**, I.L. J 1579, parte de que para la determinación de la indemnización de daños y perjuicios de toda índole derivados de un accidente de trabajo deben computarse las prestaciones reconocidas con base en la normativa protectora de la Seguridad Social en especial cuando se deba determinar el importe de la indemnización de los perjuicios afectantes al ámbito profesional laboral.

Sin embargo, y de acuerdo con la reciente doctrina unificada del Tribunal Supremo, a partir de la STS de 2 de octubre de 2000, reiterada por la STS de 14 de febrero de 2002,

“para fijar la indemnización no debe deducirse el recargo de las prestaciones económicas contempladas en el artículo 123 de la LGSS”.

C) Responsabilidad de la empresa subrogada

La **STSJ de 4 de marzo de 2005**, I.L. J 1324, analiza la responsabilidad empresarial ante un accidente de trabajo ocurrido a un trabajador mientras prestaba servicios en una em-

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

presa que posteriormente fue subrogada por otra en los derechos y obligaciones dimanantes de los contratos de trabajo.

Se argumenta por la parte recurrente que el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad no es transmisible dado su carácter sancionador. Sin embargo, se recuerda en esta Sentencia que a pesar de que la doctrina del Tribunal Supremo ha establecido que la responsabilidad atribuida al empresario por falta de medidas de seguridad que regula el artículo 123.2º LGSS no es transferible a ninguna entidad aseguradora pública o privada, pues el carácter sancionador que tiene el recargo impone entender que es personal y que sólo puede afectar al sujeto que ha cometido la infracción reglamentaria que provoca la sanción,

“en el presente caso no se cuestiona que se haya producido un supuesto de sucesión de empresas (...), sino que consta que la actual empresa, dedicada a la misma actividad que la anterior, se subrogó en los derechos y obligaciones de los contratos de trabajo de la anterior, lo que comporta la asunción *ope legis* de las deudas laborales”.

En este sentido, no resulta válido el argumento de la empresa subrogada de limitar su responsabilidad por el solo hecho de la sucesión, ya que la limitación a la que se refiere el citado precepto legal, en cuanto a la imposibilidad de la transmisión, parece que debe conectarse con la actividad aseguradora. Y es que:

“aunque dicho recargo tiene naturaleza sancionadora también despliega sus efectos en el ámbito de las prestaciones reconocidas al beneficiario cuando deriva de riesgos profesionales que quedarían sin efecto, con la consecuente desprotección, si respecto a las mismas no operara el artículo 44 LET”.

También se analiza en esta Sentencia la responsabilidad de la empresa comercializadora de muebles que contrató el transporte de las mercancías, partícipes ambas en el desarrollo de los trabajos de descarga del trabajador accidentado.

Al respecto, se pone de relieve por la citada Sentencia que la exigencia de responsabilidad en el pago del recargo no sólo opera frente a la empresa subcontratada en donde se produce el siniestro, sino también a la principal siempre que se den ciertos requisitos que, en esencia, signifiquen que ante un deber de velar por el cumplimiento de las medidas de seguridad tal obligación ha sido omitida, de ahí que tal medida, esté presidida por dos elementos:

“a) Que se trate de la misma actividad (...) y, b) Que el evento producido en la actividad que realiza el subcontratista se ocasione en centro de trabajo de la empresa principal”.

Respecto a qué se entienda por misma actividad, la STS de 24 de noviembre de 1998, en unificación de doctrina, admitió dos interpretaciones: 1) La que entiende que propia actividad es la indispensable para una empresa, de suerte que se integrarán en ese concepto, además de las que constituyen el ciclo de producción de la empresa, todas aquellas que resulten necesarias para la organización del trabajo, y 2) la que integra en

ese concepto las actividades inherentes, de modo que sólo las tareas que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal se entenderán “propia actividad” de ella. En el primer caso se incluyen como propias las tareas complementarias. En el segundo estas labores no “nucleares” quedan excluidas del concepto. Fijada tal distinción, el Tribunal Supremo señala que “ha de acogerse la interpretación que entiende que ‘propia actividad’ de la empresa es la que engloba las obras y servicios nucleares del comitente, entendiéndolo, de acuerdo con la sentencia referida que nos encontraríamos ante una contrata de este tipo cuando de no haberse concertado ésta las obras y servicios deberían realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial”.

En aplicación de ese entendimiento, la Sentencia analizada entiende que:

“la actividad de transporte formaría parte de la propia actividad de comercialización de muebles”.

En cuanto al segundo elemento citado, que el evento producido en la actividad del subcontratista se ocasione en el mismo centro de trabajo de la empresa principal, resulta de aplicación el artículo 24.3º LPRL que se refiere al deber de vigilancia y, por tanto, de responsabilidad, de la empresa principal que ha contratado con otra, cuando se desarrollen los trabajos en su propio centro de trabajo; y la LISOS, tras su modificación por RDLeg. 5/2000, de 4 de agosto, donde la obligación queda establecida en los siguientes términos: “La empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3º del artículo 24 LPRL del cumplimiento durante el período de la contrata de las obligaciones impuestas por esta última ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal”.

En aplicación de estos preceptos legales,

“los presupuestos para la aplicación de ese deber de vigilancia son, por una parte, el desarrollo de obras por la empresa contratista que correspondan a la misma actividad de la contratante; y, de otra, que la contrata se lleve a cabo en el centro de trabajo de la principal”.

Siendo los trabajos de transporte pertenecientes a la propia actividad de la empresa principal dedicada a la comercialización de muebles, resulta claro para el Tribunal que, aunque esos trabajos fueron dirigidos por un trabajador de la empresa principal,

“los trabajos (de transporte y descarga) no se desempeñaban en el centro de trabajo de la empresa principal”.

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

Finaliza la Sentencia insistiendo que:

“la extensión de la responsabilidad en la reparación del daño causado no constituye un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino que la misma debe derivar de la obligación de seguridad del empresario principal, limitado cuando se trata de situaciones de coordinación reguladas en el artículo 24 LPRL a accidentes que se produzcan en el centro de trabajo de la empresa principal”.

Analizando también la responsabilidad solidaria de la empresa principal en el otro supuesto que contempla el citado artículo 24 LPRL, el supuesto de contratas, la **STSJ de Cataluña de 27 de abril de 2005**, I.L. J 1581, declara tal responsabilidad de aquélla, teniendo en cuenta que:

“la vulneración de las normas de seguridad en el trabajo merecen un enjuiciamiento más riguroso tras la promulgación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”

sin que se le oculte al Tribunal que comparativamente

“resulta un plus de responsabilidad de la empresa principal respecto de la recurrente (subcontratista). Pero la declarada responsabilidad solidaria tiene por objeto sin duda como todo caso de obligación solidaria la finalidad de asegurar el cumplimiento de la correspondiente responsabilidad: no en cambio, una especie de reparto entre los declarados responsables”.

En efecto, en estos supuestos de responsabilidad de empresa principal y subcontratista quien responde en primer lugar es esta última, la subcontratista, y solidariamente con la principal por el incumplimiento de las normas de seguridad e higiene en el trabajo que afecte a sus propios trabajadores como se deduce de los artículos 42.2º LPRL, 42.3º RDL 5/2000 que aprueba el Texto Refundido de la LISOS y artículos 19.4º LET y 123.2º LGSS.

Sin embargo, en el caso planteado en la **STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de mayo de 2005**, I.L. J 1543, además de constatarse que no se le puede exigir responsabilidad solidaria a la empresa principal porque la empresa subcontratista no dirigió su demanda contra la misma, se plantea el supuesto de la prescripción de la falta para su correspondiente sanción administrativa, como así ocurrió, y la validez de esa prescripción para que también opere en el ámbito sancionador de la Seguridad Social. Al respecto, la Sentencia es clara porque:

“el hecho de que tal omisión de medidas de seguridad, que constituye infracción laboral, no llegara a sancionarse por prescripción de aquélla debido a la desidia de la Administración en la tramitación del expediente sancionador, no hace desaparecer la existencia de tal omisión de medidas de seguridad, sino únicamente la posibilidad de sancionarse, y por ello, la inobservancia de medidas sigue desplegando sus efectos en el ámbito del artículo 123 de la LGSS”.

5. RECARGO DE PRESTACIONES

El recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad regulado en el artículo 123 LGSS que se puede imponer al empresario encuentra su fundamento en diversos preceptos legales. El artículo 4.2.º.d) LET que establece que “en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene”, derecho que ratifica el artículo 19 LET diciendo que “el trabajador en la prestación de sus servicios tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene” sin olvidar el artículo 2 LPRL que alude a los principios generales relativos a la prevención de riesgos laborales. Por su parte, el artículo 123.1º LGSS dispone que “todas las prestaciones económicas que tengan su causa en un accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50%, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de dispositivos reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador”.

En la interpretación de este precepto existe abundante doctrina y jurisprudencia que ha destacado el carácter sancionador y no indemnizatorio del recargo y ha venido manteniendo que la imposición del mismo exige la concurrencia de una serie de requisitos: a) Que la empresa haya incumplido alguna medida de seguridad, general o especial, y que ello resulte cumplidamente acreditado; b) Que medie relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso, lo que ha de resultar ciertamente probado, porque una obligada interpretación restrictiva determina que esta relación de causalidad no se presume; c) Que exista culpa o negligencia por parte de la empresa (a veces se requiera que sea exclusiva y otras veces se admite que sea compartida) porque la responsabilidad no es objetiva; y d) Que esa culpa o negligencia sea apreciable a la vista de la diligencia exigible que resulta ser la propia de un prudente empleador, atendidos criterios de normalidad y razonabilidad.

De esta interpretación se colige que es deber del empresario no sólo proporcionar los adecuados mecanismos de seguridad, sino de instruir a los trabajadores sobre su utilización y obligar a su uso, procediendo el recargo cuando los encargados o la empresa en ninguna ocasión han sancionado a los trabajadores por no adoptar las reglamentarias medidas de seguridad, habiéndose limitado a tenerlos a su disposición, aunque tampoco sea exigible una vigilancia continua en cada una de las labores.

Cuando es obligación del empresario facilitar al trabajador la formación suficiente en caso de aplicar nueva técnica que pueda ocasionar riesgos, la jurisprudencia ha venido considerando que la insuficiencia en la formación proporcionada es infracción y causa determinante del recargo, según criterio ya consagrado en el artículo 47.8º LPRL. Incluso, la asignación de funciones ajenas a la categoría profesional sin tener titulación y forma-

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

ción necesaria para desarrollarlas se considera igualmente causa suficiente para imponer el recargo de prestaciones, por tratarse de una actitud negligente de la empleadora que traslada sobre la misma la carga de acreditar la supuesta concurrencia de “caso fortuito” en el evento o una imprudencia profesional por parte del trabajador.

En aplicación de los artículos 14.2º y 15.4º LPRL y 17.1º LET se deduce claramente que el deber de protección del empresario es incondicionado y prácticamente ilimitado. Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que fueren ellas. Y esa protección se dispensa aún en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador. No quiere ello decir que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de medidas de seguridad, pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquella consecuencia cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones.

A partir de la aceptación de todas estas consideraciones, varias son las decisiones judiciales que en aplicación de las mismas han resuelto de la manera que vamos a ver.

A) Incumplimiento de sistemas de seguridad

La STSJ de Cataluña de 22 de marzo de 2005, I.L. J 1329, analiza un supuesto de accidente de trabajo en que intervino no sólo la imprudencia del trabajador sino también la omisión de medidas de seguridad por parte del empresario.

El trabajador había sido instruido de las medidas que debía adoptar en relación con su puesto de trabajo, pero la máquina carecía de cualquier tipo de resguardo de protección que evitara la introducción de la mano, pudiéndose evitar ese riesgo de atrapamiento mediante la colocación de la correspondiente rejilla. Una interpretación restrictiva del artículo 123 LGSS podría llevar a pensar que ese mecanismo de seguridad no era exigible a tenor del precepto citado. No obstante, la Sentencia tiene en cuenta que:

“la omisión puede afectar a las medidas generales o particulares de seguridad exigibles en la actividad laboral, por ser las adecuadas, atendidas circunstancias concurrentes y la diligencia exigible a un prudente empleador, con criterios ordinarios de normalidad, para prevenir o evitar una situación de riesgo en la vida o salud de los trabajadores, debiendo entenderse que el nivel de vigilancia que impone a los empleadores la LPRL ha de valorarse con criterios de razonabilidad, según máximas de diligencia ordinaria, al imponer a los empleadores, en la medida que sea razonable y factible garantizar que los lugares de trabajo, operaciones y procesos sean seguros y no entrañen riesgos para la salud y seguridad de los trabajadores”.

La Sentencia analizada advierte la inaplicación del RD 1215/1997, de 18 de julio, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de equipos de trabajo, ya que en la fecha del accidente la empresa no había introducido la aplicación de avances técnicos necesarios para garantizar una mayor seguridad y cubrir con ello la eventual actuación del trabajador.

“Existe, por tanto, un incumplimiento en cuanto a la instalación de sistemas de seguridad que impidieran el acceso a partes de la máquina cortantes o atrapantes (...)”.

La Sentencia, a pesar de advertir la imprudencia del trabajador, no puede eximir de responsabilidad al empresario incumplidor y así, declara:

“esta actuación empresarial no puede exonerar ni reducir la responsabilidad empresarial que ha dejado de cumplir con las obligaciones de seguridad y prevención de riesgos laborales”.

B) Imprudencia temeraria

La STSJ de Cataluña de 15 de abril de 2005, I.L. J 1519, analiza un supuesto de accidente de un trabajador que había recibido formación sobre el funcionamiento de la máquina y observando el día del accidente que la máquina no funcionaba procedió a abrir la rejilla metálica que protege el contorno de las partes móviles introdujo su brazo izquierdo entre los platos de la prensa tocando cada uno de los dispositivos y al accionarlos bajó la prensa atrapándole el codo. La máquina tenía la protección necesaria para impedir el acceso a las partes móviles y en el momento en que se abrió dicha rejilla se bloqueaba el retorno del carro de alimentación pero no se impedía la bajada de la prensa, para lo que había que cambiar el proceso de automático a manual y apretar un botón de emergencia existentes ambos en el exterior de la rejilla.

El trabajador sabía la peligrosidad de la máquina y en vez de cambiar el proceso automático a manual y accionar el botón de parada de emergencia procede sin más a abrir la reja y tocar cada uno de los dispositivos para que la prensa siguiera funcionando, lo que provocó que al tocar el brazo quedara atascado en la prensa, bajara y le atrapara el brazo.

Se constata por la Sentencia que la empresa había cumplido con la obligación que la ley le impone dotando a la máquina de todas las medidas de seguridad exigidas legalmente,

“debiéndose atribuir exclusivamente a la imprudencia temeraria del trabajador el accidente de trabajo”.

C) Sobre prestaciones definitivas

La STSJ de Cataluña de 17 de marzo de 2005, (I.L. J 1327) analiza un supuesto de devolución o no del beneficiario de una prestación de incapacidad permanente total percibida durante la tramitación del recurso de suplicación ante la definitiva declaración de incapacidad permanente parcial que obliga a compensar la suma de esta última con la prestación inicial que venía percibiendo. La inicial prestación por incapacidad permanente total resultó acrecentada con el recargo de prestaciones que por falta de medidas de seguridad fue sancionado el empresario infractor.

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

El debate se plantea no tanto por la falta de obligación del beneficiario de devolver o compensar una y otra prestación que encuentra amparo legal suficiente en el artículo 292 LPL sino por si esa protección que dispensa el ordenamiento jurídico al beneficiario debe hacerse extensiva al recargo, es decir, si se debe devolver o no las cantidades percibidas en concepto de recargo de prestaciones.

Se parte de la idea de que el recargo de prestaciones no tiene naturaleza jurídica de prestación y, por tanto, no se deriva de los artículos 121.3º y 123 LGSS, ya que estos preceptos únicamente afectan —se dice— a aspectos relacionados con cuestiones tributarias, embargos, retenciones y demás señalados en el artículo 40 LGSS, pero sin que ello suponga considerarlos como prestación, al no aparecer recogido como tal prestación en los artículos 38 y 114 LGSS. Insiste la Sentencia, a mayor abundamiento, que:

“si atendemos a la normativa reguladora del recargo, aún se hace más evidente su carácter punitivo y no prestacional, habida cuenta de que aparece incluido en el artículo 38 del RD396/1996, Reglamento para la Imposición de Sanciones en el Orden Social, y posteriormente en el artículo 37 del RD 928/1998, que regula el procedimiento de imposición de dichas sanciones”.

El Tribunal no aplica el citado artículo 292 LPL por lo que se refiere al recargo de prestaciones ya que el recargo no forma parte del título de ejecución, ni puede interpretarse referido a cuantas prestaciones eventualmente perciba el trabajador de forma provisional, sino a aquella que definitivamente se establezca como derivada de dicho accidente, lo que en el presente caso es una prestación a tanto alzado por incapacidad permanente parcial, que no puede coincidir simultáneamente con la incapacidad permanente total, de modo que:

“el recargo sólo puede recaer sobre una de ellas, sobre la definitivamente reconocida”.

Y ya que el trabajador había recibido el citado recargo se establece por el Tribunal que ello no significa que el trabajador deba devolver lo percibido, sino que:

“dichas sumas deben ser imputadas al recargo correspondiente a la prestación que trae causa del accidente”.

6. TÉCNICO DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: CONTRATO EN PRÁCTICAS: INEFICACIA

La STSJ de Cantabria de 25 de abril de 2005, I.L. J 1290, analiza la procedencia o no de un contrato en prácticas suscrito para el desempeño de un puesto de trabajo como técnico de prevención de riesgos laborales celebrado por una persona que se encuentra en posesión de un título universitario pero no con la formación mínima de contenidos atinentes a prevención de riesgos laborales a que se refiere el artículo 37.2º y Anexo VI del Reglamento de los Servicios de Prevención, RD 39/1997, de 17 de enero.

No duda el Tribunal en que la utilización de esta modalidad contractual se considera correcta junto a tareas propias de la titulación académica se puedan realizar otras distintas no relacionadas directamente con la misma, lo que no desvirtúa la validez y eficacia del contrato de trabajo en prácticas cuando estas tareas no desmerecen el núcleo sustancial de la actividad laboral directamente dirigida a la aplicación y desarrollo de los conocimientos académicos. Desde esta perspectiva, señala la Sentencia que:

“nada hay que objetar al contrato desde el estricto punto de vista de la modalidad contractual empleada”.

Pero, la normativa reguladora del contrato de trabajo en prácticas precisa una causalidad sustentada sobre la existencia de un nexo entre titulación ostentada (Licenciatura en Ciencias Químicas) y funciones a desempeñar (control de salubridad), pero no sobre una relación tripolar en la que a esta relación antedicha se sume la ostentación de la titulación que cualifica para el desempeño de las funciones.

“Una cuestión es la habilitación legal para el desempeño de una profesión a través de la obtención de una titulación que acredita la capacidad suficiente a tales efectos, y otra la vinculación entre la titulación real ostentada por el trabajador y las funciones a desarrollar.”

Pero es claro que las funciones a desempeñar necesitan contar con una titulación universitaria y además poseer una formación mínima con el contenido especificado en el programa a que se refiere el Anexo VI del RD 39/1997, de 17 de enero, y cuyo desarrollo tendrá duración no inferior a seiscientas horas y una distribución horaria adecuada a cada proyecto formativo.

“Dada la naturaleza de orden público de esa norma, conduce a declarar la ineficacia del contrato suscrito, ineficacia que deriva de la inadecuación de la titulación de la actora para suscribir un contrato de trabajo en prácticas con el contenido reseñado, vulnerando la norma imperativa de orden público relativa a la titulación legalmente exigida para poder desempeñar las funciones propias del puesto de trabajo de la actora.”

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN
MARGARITA APILLUELO MARTÍN
MANUEL GONZÁLEZ LABRADA
ÉLISA SIERRA HERNÁIZ

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

P. MADRID YAGÜE

La recaudación ejecutiva de la Seguridad Social

[Lex Nova, 2ª edición, Valladolid, enero 2006, 358 páginas]

LEX NOVA

La presente monografía, que ya alcanza su segunda edición, incorpora las modificaciones introducidas en el procedimiento recaudatorio de la Seguridad Social por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social. Esta Ley, conocida coloquialmente como *omnibus*, introduce una serie de innovaciones recaudatorias, entre las que cabe destacar: la reorganización completa de los aplazamientos en las deudas con la Seguridad Social; la regulación de los sujetos responsables de la obligación de pago; la reestructuración de los recargos aplicables a los débitos; la implantación de intereses de demora, o el cambio del documento que sirve de título ejecutivo para la ejecución forzosa.

Todas estas novedades han hecho necesaria la aprobación de un nuevo Reglamento General, el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, que constituye el desarrollo de la regulación legal vigente. Completa el cuadro, la Orden TAS/1562/2005, de 25 de mayo, de aplicación y desarrollo del reglamento recaudatorio.

La obra se estructura en cuatro capítulos y cinco anexos, manteniendo el esquema de la primera edición. En el capítulo I se realiza un examen de los antecedentes históricos y normativos de la materia. El objetivo perseguido es el de estudiar el marco general de la recaudación ejecutiva, la pluralidad de los recursos que integran su objeto y la dificultad que existe para la atribución de toda la materia recaudatoria a una sola jurisdicción.

En el capítulo II se analiza la ejecución forzosa de la Administración de la Seguridad Social, haciendo especial énfasis en el estudio de la creación del título ejecutivo, el recargo de apremio y el procedimiento de deducción a entidades públicas.

Continúa la obra con el tratamiento de la providencia de apremio, título ejecutivo que habilita a la Seguridad Social para la ejecución forzosa sobre el patrimonio del deudor. En el último capítulo, se elabora un análisis sobre los trámites que constituyen el procedimiento recaudatorio, tanto en período voluntario como en vía ejecutiva. Se conserva el estudio de las reclamaciones de deudas y las actas de liquidación, meros actos administrativos de reclamación de débitos en vía voluntaria.

Cinco anexos, de naturaleza eminentemente práctica, completan el contenido de la monografía. El anexo I contiene un cuadro de recaudación ejecutiva, que refleja el incremento de las cantidades recaudadas a través de las Unidades de Recaudación Ejecutiva y por el procedimiento de deducción. En el anexo II se incluye un listado de las normas vigentes sobre gestión recaudatoria de la Seguridad Social. El anexo III recoge las citadas resoluciones constitucionales, judiciales y

de los Tribunales Económico-Administrativos. En el anexo IV se incorporan los principales modelos de escritos a presentar en la vía ejecutiva ante la Administración recaudadora, y, finalmente, el anexo V añade la bibliografía consultada.

Nos hallamos ante un libro esencial para la consulta de una materia compleja como es ésta, y que hace mención a todas las normas habidas desde hace más de dos décadas sobre la recaudación en la Seguridad Social o que han incidido en la gestión recaudatoria.

J. DEL BARCO FERNÁNDEZ-MOLINA,
A. PANIZO GARCÍA, I. SILVA URIEN y
P. ARELLANO PARDO

Comentarios prácticos a la nueva Ley General de Subvenciones

[Lex Nova, 2ª Sección, Valladolid, julio 2005, 624 páginas]

LEX NOVA

Con el estímulo que ha supuesto la excelente acogida de esta obra, se presenta ahora la 2ª edición de la monografía sobre la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, que tiene escasas modificaciones en su texto, limitándose a corregir errores y actualizar las referencias al derecho vigente. Como novedad respecto de la anterior edición, en ésta se incluyen las normas dictadas por las Comunidades Autónomas para adecuar sus normas a la mentada Ley.

La actualización más profunda del libro queda a la espera de una 3ª edición, una vez se dicte el Reglamento de desarrollo de la Ley y se complete la adaptación a ésta de las legislaciones autonómicas. De este modo, también se da margen a la aparición de doctrina jurisprudencial sobre esta Ley General de Subvenciones, dada su escasa vigencia.

La gestión, control y seguimiento que proporciona la Ley y el análisis que realiza de ella la presente publicación, se convierten en esenciales para conseguir asignaciones eficaces y eficientes desde esta modalidad de gasto y hacer compatible la creciente importancia de las políticas de subvenciones con la orientación de la política presupuestaria.

Los autores –funcionarios de los Cuerpos de Abogados del Estado y Superior de Interventores y Auditores del Estado destinados en el Ministerio de Hacienda, participantes activos, todos ellos, en los trabajos previos a la elaboración del anteproyecto de la Ley– tratan de dar cobertura al gran déficit normativo adolecido por la materia y no correspondido con su destacada relevancia. La necesidad de dotar a este ámbito de actividad administrativa de un régimen jurídico propio y específico que supere las insuficiencias del anterior, motivaron la elaboración y aprobación de esta disposición.

Tras el Título Preliminar, de disposiciones generales, los cuatro capítulos de la norma dedican su contenido a los distintos procedimientos de concesión y gestión de las subvenciones –concesión ordinaria, concesión en concurrencia competitiva, concesión directa, gestión y justificación de la subvención pública y gestión presupuestaria–, al reintegro de las subvenciones y cauce a seguir para ello, a su control financiero y a las infracciones y sanciones administrativas en la materia.

El libro va desarrollando su análisis de manera ordenada, tal y como viene estructurada la propia Ley. Así, primero, realiza una introducción general del particular contenido de cada título, para luego, artículo por artículo, y, posteriormente, disposición por disposición (ya sea adicional, transitoria, derogatoria o final), estudiar cada aspecto relevante del apartado en cuestión: precedentes, normativa autonómica al respecto, ámbito de aplicación, Dictamen del Consejo de Estado –si contiene observaciones específicas de la disposición– y examen de su redacción.

Un útil apartado bibliográfico final sigue sirviendo de cierre a la obra, de la que hay que destacar, también,

el CD-ROM, que en la 1ª edición contenía el texto íntegro de la Ley, la normativa autonómica afectada y el Dictamen del Consejo de Estado. En la presente edición se incorporan, además, las normas autonómicas de adecuación a la Ley y los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra ella por las Comunidades Autónomas de Aragón y Cataluña.

En definitiva, podemos seguir afirmando que estamos ante un complemento fundamental para la comprensión e interpretación de la norma que, sin perjuicio de las exposiciones doctrinales, constituye una óptima herramienta dirigida tanto al operador jurídico u órganos destinados a su aplicación, como a sus potenciales usuarios, ya sean funcionarios, profesionales del derecho, gestores, beneficiarios o entidades colaboradoras.

F.J. LLANEZA ÁLVAREZ

La ergonomía forense. Pruebas periciales en prevención de riesgos laborales

[Lex Nova, Valladolid, octubre 2005, 278 páginas]

LEX-NOVA

El término “Ergonomía Forense” hace referencia a la aplicación de los conocimientos del campo de la Ergonomía y la Psicología aplicada a los asuntos legales, es decir, que los especialistas en esta disciplina, ergónomos o ergonomistas, son los profesionales competentes para aportar su testimonio en los juicios sobre los daños causados a la persona en el marco de la actividad laboral o en la relación con los objetos y artefactos en la condición de usuario.

Este libro aborda, desde la expresión pionera del autor (imprescindible para los laboristas y prevenciónistas), un nuevo campo de aplicación de la Ergonomía como son los servicios que esta disciplina puede prestar a la Justicia desde la actividad profesional reconocida por la normativa

en prevención de riesgos laborales y ejecutada en el marco de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El perito ergónomo es un técnico superior en prevención de riesgos laborales, especializado en Ergonomía y Psicología aplicada, que tiene un reconocimiento legal a través del Real Decreto 39/1997 de los Servicios de Prevención y que posee una cualificación en razón de sus conocimientos y experiencia en esta disciplina.

Apoyándose en argumentos formativos y en la normativa legal, esta obra pone de manifiesto, en siete epígrafes temáticos, que el ergónomo es el profesional competente para intervenir en los procesos judiciales motivados por accidentes de trabajo, intentando reconstruirlos y mostrando los incumplimientos multifactoriales concurrentes; enfermedades profesionales desencadenadas por factores de riesgos ergonómicos, mostrando la relación causa-efecto; psicopatologías laborales tales como el estrés, el burnout (síndrome del quemado) o el mobbing (acoso moral en el trabajo) y, por último, los perjuicios derivados de los daños causados por los productos no ergonómicos.

Para facilitar la aplicación práctica de los contenidos teóricos del presente libro, se contienen en él casos prácticos, informes ergonómicos y periciales, que lo convierten en un instrumento eminentemente práctico, adecuado para ayudar a aquellos técnicos superiores en prevención de riesgos laborales y especialistas en Ergonomía y Psicología aplicada que deseen dedicarse al peritaje judicial, así como a todos aquellos organismos oficiales (Administraciones públicas, órganos judiciales y Universidades) cuyas actividades se centren en el trabajo y la Seguridad Social, a las empresas que aspiren a mejorar los aspectos ergonómicos en sus centros de trabajo y, por supuesto, a los profesionales de cuya actividad depende que los trabajadores ejerzan su cometido en un entorno adecuado o que éstos vean reparados los eventuales daños y perjuicios que la falta de previsión en materia ergonómica les cause.

El libro se completa con un apartado bibliográfico y un completo glosario que contiene los términos más

habituales en el ámbito de la ergonomía, explicados de forma clara y concisa; los cuales serán de gran utilidad al lector que se inicia en la materia, puesto que ponen en su conocimiento un importante número de referencias para consulta, a la vez que se resuelven las dudas conceptuales surgidas durante el manejo de la obra.

U. PASTRANA AGÚNDEZ y A. VINUESA ANGULO

Ejecución de nivelaciones, replanteos y mediciones

[Lex Nova, Valladolid, octubre 2005, 626 páginas]

LEX NOVA

Este manual, segundo módulo formativo de los seis “Manuales prácticos para la formación del encargado en obra de edificación”, constituye el instrumento adecuado para favorecer el aprendizaje de los profesionales de esta materia.

En él se muestra entre otras cuestiones prácticas, cómo se deben interpretar correctamente los planos de una edificación y cómo se han de reproducir fielmente sobre el terreno a tamaño natural. Igualmente, se estudia la forma de ejecutar las nivelaciones sencillas y el cálculo de cotas y la realización de mediciones tanto sobre plano como sobre el terreno.

El contenido formativo se ha estructurado en veinte unidades de trabajo. En las primeras se analizan los planos y la simbología específica utilizada en construcción. Los planos son el documento más importante de todos cuantos integran un proyecto; su conocimiento e interpretación son vitales para no incurrir en errores a la hora de realizar la edificación.

A continuación se analizan los documentos que integran el proyecto y las normas tecnológicas de aplicación en cada caso concreto; y también

cómo se deben realizar las mediciones y valoraciones de unidades de obra. Se estudian en profundidad los materiales, su forma, composición, etc., cuyo conocimiento es fundamental para poder establecer su empleo, su comportamiento ante los agentes atmosféricos y su reacción en contacto con otros materiales, ya que esto condiciona de forma definitiva su uso en construcción.

Se realiza, asimismo, un recorrido por la trigonometría básica y la resolución de triángulos, la topografía y se identifican los instrumentos y los métodos que deben utilizarse para levantar el terreno en un plano. Asimismo, vemos cómo se ha de realizar la nivelación de elementos de obra y cómo se deben replantar plantas, rasantes, edificios, obras de fábrica, obras de tierra, etc.

Una de las unidades de la obra se dedica a lo que podríamos denominar “decoración”. La decoración es una variante de la construcción que requiere, primero, de unos acabados más esmerados y, segundo, de unos conocimientos más puntuales que diferencian, sin duda, la figura del encargado.

Los contenidos se presentan de forma práctica para que sean accesibles y suficientemente aclaratorios por sí mismos. Cabe destacar el marcado carácter pedagógico de la obra, pues al final de cada unidad didáctica se recogen unos ejercicios de autoevaluación que permiten valorar el nivel de conocimiento adquirido y cuyas soluciones se presentan al final del libro. Para facilitar el estudio de la obra se utilizan elementos visuales de refuerzo, como ladillos, recuerdos, esquemas e ilustraciones.

Todo ello, hace que este manual se convierta en una imprescindible herramienta de trabajo para centros de formación profesional, grandes empresas constructoras, Fundaciones Laborales de la Construcción de las distintas Comunidades Autónomas, cámaras de contratistas y, en general, organismos y entidades públicas y privadas encargadas de la formación en construcción.

A. PEDRAJAS MORENO y T. SALA FRANCO

El pacto de no concurrencia postcontractual

[Tirant lo blanch, Valencia, 2005, 124 páginas]

GEMMA MIGUEL MIGUEL

El pacto de no concurrencia postcontractual es el primero de los títulos que integran la colección “Laboral Práctico”, que desde el Departamento de Formación del Bufete Abdón Pedrajas, se ha puesto en marcha. El objetivo de tal acertada iniciativa, no es otro que el de proporcionar a los operadores jurídicos que actúan en el área laboral estudios monográficos sobre temas de acuciante actualidad y que combinen el componente científico con la práctica forense. La finalidad pretendida queda ampliamente asegurada al confluir tales caracteres, práctica e investigación, en la mayor parte de los perfiles profesionales de quienes intervienen en su elaboración.

La temática relativa a los pactos laborales de no concurrencia postcontractuales, se nos muestra en este momento como materia de rabiosa actualidad. Los repertorios de sentencias laborales recogen numerosos pronunciamientos jurisdiccionales sobre esta cuestión. La notable atención que las empresas dispensan a tal institución ha desembocado en un uso cada vez más generalizado de la misma. Factores tales como la creciente competitividad de los mercados tanto interiores como internacionales, en todos sus niveles de funcionamiento, junto al fenómeno de la globalización de la economía, son elementos que han colaborado, sin lugar a dudas, a su proyección.

La prestación de servicios en las modernas empresas, sobre todo en las que poseen un elevado nivel de tecnificación, conlleva normalmente la ejecución de tareas por parte del personal muy cualificado, que con frecuencia, le permite acceder a informaciones y prácticas de alta significación. Desde el punto de vista de la competitividad empresarial el pacto de no

concurrencia postcontractual trata de impedir, que el trabajador que extingue su relación laboral, aproveche la formación, los conocimientos, la experiencia y la relación con la clientela, adquiridos durante el tiempo que prestó servicios en la empresa con la que dejó de estar laboralmente vinculado, para desarrollar en beneficio propio o de terceros, actividades susceptibles de perjudicar la posición que ocupa su empresa de origen en el sector del mercado en que la misma actúa, y todo ello a costa de que la libertad de trabajo del trabajador resulte temporalmente limitada.

Si el deber de no concurrencia en general, es exigible sin más durante la vigencia del contrato como mera manifestación del deber de buena fe contractual, extinguida la relación laboral, su eventual exigibilidad es sólo y siempre, consecuencia de un pacto en términos fijados normativamente. Su diseño legal, contenido, significación y alcance, son aspectos analizados y estudiados en profundidad en la monografía que a continuación se presenta.

El libro que nos ocupa, se estructura en dos bloques claramente diferenciados. En el primero de ellos se nos muestra el paisaje general en que se desenvuelve tal medida empresarial en las relaciones laborales ordinarias (páginas 16-86). En el segundo bloque, con carácter complementario, se analizan las manifestaciones que tal institución encuentra en las relaciones laborales especiales, concretamente en aquellas en que tal pacto ha sido contemplado por sus normas reguladoras específicas (páginas 87-112)

En coherencia con la estructura así diseñada, el apartado primero aborda el estudio de la actual ordenación legal (artículo 21 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores) erigiéndose el contrato en principal protagonista regulador de tales pactos, limitándose en este sentido el apartado segundo de dicho artículo a fijar un marco normativo en sus más gruesos trazos, para dejar a la voluntad de las partes la libertad de establecer o no el pacto y de configurar su contenido, que habrá que considerar válido y exigible, a no ser que se haga en fraude de ley o abuso de derecho. De igual

manera se examinan los requisitos necesarios para la validez de este pacto, a saber: la existencia de interés industrial o comercial para la empresa, y la adecuada compensación económica para el trabajador.

Cuestiones en torno a su duración, formalización, necesidad del mutuo disenso para desactivar el pacto e incumplimientos por las partes de sus respectivos compromisos adquiridos en virtud del mismo, son estudiadas en desarrollos subsiguientes a la luz de la última jurisprudencia y doctrina judicial.

El segundo de los bloques, como ya se adelantó, destina sus páginas a analizar, de forma pormenorizada, esta institución en aquellas relaciones especiales, donde existen al respecto previsiones expresas sobre este tipo de pactos (alta dirección e intermediarios mercantiles). Tal tarea se inicia no sin antes repasar, de soslayo, el resto de relaciones laborales especiales ante la realidad de estos acuerdos. La conclusión no se hace esperar al destacar su imposibilidad práctica o carente de sentido en la mayoría de ellas.

La muestra de los mismos, en las relaciones de los altos directivos y de los intermediarios mercantiles, se realiza con afán comparativo respecto del modelo común ya desbrozado, destacando sustanciales coincidencias en la alta dirección aunque con modulaciones en relación al predominio de la autonomía de la voluntad que preside su regulación, frente a las numerosas singularidades halladas en el régimen de los intermediarios mercantiles que lo alejan del modelo instituido como general.

Lo relatado en líneas precedentes configura la prohibición de concurrencia postcontractual, manifestada en este tipo de pactos, como indicio claro del interés empresarial en establecer un juego equilibrado de limitaciones temporales y de prestaciones y contraprestaciones recíprocas, que dé solución a tan notable preocupación.

Una extensa bibliografía, junto a un anexo jurisprudencial y un formulario tipo ponen el punto final a la

obra comentada, cuya lectura y manejo se hace imprescindible para todos aquellos que, desde una óptica u otra, quieran conocer de forma exhaustiva este tipo de medidas empresariales utilizadas hoy en día de manera recurrente.

T. SALA FRANCO, A. PEDRAJAS MORENO y B. LLEÓ CASANOVA

La formación profesional continua de los trabajadores en la empresa

[Tirant lo blanch, Valencia, 2005, 99 páginas]

GEMMA MIGUEL MIGUEL

El estudio del actual sistema de formación profesional continua es tema que se somete a examen en la segunda de las monografías de la colección Laboral Práctico del Bufete Abdón Pedrajas.

La formación profesional continua en las empresas constituye una de las políticas más importantes en una sociedad en constante evolución. Las empresas la necesitan para conseguir el imprescindible reciclaje profesional y los trabajadores para mantener su estabilidad en el empleo.

La formación profesional continua queda incardinada en el Subsistema de Formación Profesional Continua, que a su vez forma parte del Sistema Español de Formación Profesional. Si bien la Constitución no reconoce expresamente el derecho del trabajador a la formación profesional continua frente al empresario, sí existen suficientes referencias en su articulado que permiten ver una clara cobertura constitucional (artículos 35.1 y 40.2, respectivamente).

De la lectura de tales disposiciones y como inicio del libro que pretendemos presentar, los autores proponen tres modelos de regulación

legal para su estudio, a saber: un modelo negativo, donde se garantiza sin más el respeto a la formación profesional del trabajador por parte del empresario, que se abstendrá de tomar decisiones que puedan perjudicar tal derecho; uno neutro, basado en facilitar tal formación al trabajador a través de la concesión de ciertos derechos instrumentales, y por último uno positivo, donde el derecho de formación profesional del trabajador quede claramente reconocido, obligando, en este caso al empresario, a asumir las cargas requeridas para el mantenimiento y actualización de los elementos necesarios para su desarrollo práctico.

El modelo adoptado por el ordenamiento jurídico laboral conjuga aspectos de todos los prototipos anteriormente mencionados, ya que son varios los artículos diseminados por el Estatuto de los Trabajadores que refieren su contenido a alguna de las manifestaciones indicadas. De esta forma, y siguiendo el esquema propuesto son los derechos instrumentales contemplados en el artículo 23 del Estatuto de los Trabajadores, los explorados primeramente, en profundidad, como derechos coadyuvantes a la formación profesional. La preferencia en la elección del turno de trabajo, el permiso para concurrir a exámenes, la adaptación de la jornada de trabajo o el permiso para la formación y perfeccionamiento profesional, son diseccionados a la luz de las más recientes sentencias de nuestros tribunales, como muestras inconfundibles de un modelo negativo.

El capítulo que sigue contiene en sus páginas una completa investigación del derecho a la formación profesional en torno a las concretas obligaciones empresariales que deben llevarse a cabo en la relación laboral, tanto en fase precontractual (selección de personal y contratación) como en fase contractual (período de prueba, ocupación efectiva, clasificación profesional, movilidad funcional y extinción del contrato), constituyendo auténticas declaraciones de respeto empresarial, al derecho mencionado (modelo neutro).

Pese a la ausencia de normas legales y/o reglamentarias que obliguen con carácter general a la empresa a

proporcionar formación profesional a sus trabajadores, existen algunas excepciones que deben mencionarse como claros exponentes de un modelo positivo en el que la proporción de tal derecho torna en obligatoria.

Así la formación de los trabajadores y de sus representantes en materia de prevención de riesgos, la formación del trabajador en las empresas de trabajo temporal, en las empresas de seguridad privada y en el contrato de formación, junto a las expresiones de la formación profesional obligatoria residenciadas en las normas convencionales o en las decisiones unilaterales adoptadas de forma voluntaria por las empresas, son tema de discusión en desarrollos posteriores.

La formación profesional, de determinados colectivos específicos –trabajadores de empresas contratistas y subcontratistas, agentes comerciales y becarios–, es también examinada y contrastada a la luz de la jurisprudencia más actual.

En cuanto a la financiación, la obra mencionada distingue para su estudio entre las actividades de formación profesional continua habidas en el Subsistema de Formación Profesional Continua, –RD 1046/2003, de 1 de agosto, desarrollado por Orden TAS/500/2004 de 13 de febrero– y las actividades formativas planificadas y financiadas al margen del mismo. En este último caso la financiación correrá a cargo de la empresa o, en su caso, será compartida con las ayudas públicas de los programas de las diferentes Administraciones autonómicas.

Un apunte sobre la fiscalidad de los gastos efectuados por la empresa en acciones formativas, desde la perspectiva de los dos sujetos básicos de la relación laboral, da por finalizado el estudio al que venimos refiriéndonos.

Anexos jurisprudenciales, selección de normativa aplicable y estructurada bibliografía, completan de forma integral lo expuesto en relación a la formación permanente de los trabajadores a lo largo de la vida laboral. La Declaración para el Diálogo Social de 8 de julio de 2004 entiende la formación continua como

el cauce adecuado no sólo para asegurar la cualificación profesional que demanda el mercado de trabajo, sino también como vía idónea para garantizar la empleabilidad de los trabajadores.

Todo lo expuesto hasta el momento, junto a la importancia intrínseca del tema y lo fácil y ameno de su lectura hace a esta nueva obra materia muy recomendable para aquellos que deseen conocer la Formación Profesional Continua en todos sus variados y numerosos aspectos.

R. ROQUETA BUJ

Uso y control de los medios tecnológicos de información y comunicación en la empresa

[Tirant lo blanch, Valencia, 2005, 132 páginas]

GEMMA MIGUEL MIGUEL

Este ejemplar, constituye el cuarto de los libros de la serie “Laboral Práctico”, impulsada por el Departamento de Formación del Bufete Abdón Pedrajas, Abogados Asociados. Como viene siendo habitual en las obras ya aparecidas que componen esta colección, la temática elegida en general y específicamente en el caso que nos ocupa, no puede ser de mayor interés y actualidad. Son muchos y complicados los problemas que las nuevas tecnologías de la información y comunicación están planteando en el ámbito de las relaciones laborales. La insuficiencia del ordenamiento jurídico legal sobre la materia, está obligando a los tribunales a establecer pautas que logren un cierto equilibrio entre los medios tecnológicos de información y comunicación y los derechos fundamentales de los trabajadores implicados.

El trabajo del que damos cuenta en las líneas que siguen, intenta dar respuesta a muchos de los interrogantes que planean en torno al uso de las nuevas tecnologías en la empresa. Tres son los capítulos generales, en los que la autora divide la exposición presentada.

En el primero de ellos se examinan, a la luz de las sentencias más recientes del Tribunal Constitucional, los derechos y obligaciones de los trabajadores y sus representantes, en atención a la decisión reguladora que el empresario adopte sobre el empleo de tales medios en la empresa. De esta forma, los supuestos en que el empleador prohíba su uso con fines personales, permita su uso extraprofesional junto al profesional, o incluso no prevea nada al respecto, conformarían posibles variables ordenadoras a tener en cuenta.

En cuanto a la representación colectiva a nivel legal en relación al tema abordado, considera la autora que el avance constante de la tecnología y sus diversas manifestaciones requiere una reformulación de las herramientas que se encuentran al alcance de los representantes de los trabajadores para el cumplimiento de sus funciones. En este punto se destaca la función de la negociación colectiva como vía adecuada en la adaptación de los derechos colectivos de los trabajadores a la realidad tecnológica que nos envuelve.

El segundo de los apartados somete a análisis el marco normativo en torno a las facultades empresariales de control y vigilancia en el uso de tales medios por los trabajadores en la empresa. Los variados y múltiples supuestos que la introducción de estas nuevas tecnologías está ocasionando en la empresa, se traducen en una manifiesta insuficiente regulación, que no permite dar respuesta a tan ingente problemática que exige conjugar el control y la vigilancia empresarial con el respeto a los derechos fundamentales del trabajador –la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones–.

Mientras tanto y hasta que no se aborde una nueva solución normativa, serán los códigos de conducta empresariales los encargados de reglamentar las condiciones de uso en relación a los instrumentos mencionados.

La temática tratada en este capítulo, se organiza en atención a una serie de criterios, que clasifican las

facultades empresariales de vigilancia y control, según se dirijan a evaluar el cumplimiento de la prestación que integra el objeto del contrato, o a controlar el uso inadecuado de los medios tecnológicos de la empresa por parte del trabajador. A su vez se procede a una nueva ordenación, según se controlen medios informáticos o llamadas telefónicas y mensajes electrónicos, y finalmente todas estas divisiones se prestan a una última disección, conforme a las condiciones establecidas en la empresa sobre la utilización de tales medios por los trabajadores y sus representantes.

Una vez determinadas y catalogadas las facultades de vigilancia empresarial, el capítulo final destina sus esfuerzos a esclarecer las posibles consecuencias que pudieran derivarse de tales controles –despido disciplinario para el trabajador y responsabilidades laborales y penales para el empresario–, según se hayan respetado o no en su ejecución los presupuestos de legitimidad que constitucional y legalmente se exigen en nuestro ordenamiento jurídico.

Lo hasta ahora manifestado convierte al volumen presentado en referente de inexcusable lectura para todo aquel que quiera conocer desde la óptica de las relaciones de trabajo una materia tan poliédrica cuya realidad trasciende lo laboral e impregna nuestra sociedad en general.

J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, B. AGRA VIFORCOS y H. ÁLVAREZ CUESTA

Derechos colectivos de los funcionarios públicos

[Laborum, Murcia, 2005]

RODRIGO TASCÓN LÓPEZ

Los dres. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, AGRA VIFORCOS y ÁLVAREZ CUESTA presentan un trabajo impecable que aborda, con carácter exhaustivo y sistemática perfecta, todos los entresijos de

la siempre difícil materia constituida por los derechos colectivos de los funcionarios públicos.

En el primer capítulo, los tres autores de forma conjunta reflexionan sobre la esencia misma de los derechos colectivos de los funcionarios públicos, parando mientes tanto en su justificación dogmática como en su sustento legal conforme a la actual regulación positiva. A continuación separan su razonamiento para abordar cada uno de ellos por separado uno de los tres grandes bloques en los que la obra aparece estructurada.

La profesora ÁLVAREZ CUESTA se dedica al estudio de la representación de los funcionarios públicos, explicando con profusión las diferencias fundamentales que existen respecto al ámbito laboral, y destacando las carencias y lagunas presentes en su régimen jurídico. Permítase destacar el brillante apartado relativo a las libertades de expresión e información de los miembros de las Juntas de Personal, materia en la cual la autora es verdadera experta, adaptando el discurso a la particular situación de la función pública.

El siguiente capítulo, a cargo de la profesora AGRA VIFORCOS, desciende al análisis de la negociación colectiva en el ámbito de la función pública. Tras estudiar con precisión todo el acervo normativo, la autora afronta con decisión el problema derivado de la tensión dialéctica entre determinación unilateral de condiciones de trabajo por la Administración y la posibilidad de su fijación concertada, para concluir de forma valiente negando la existencia de una verdadera negociación colectiva en el ámbito de la función pública.

En el último capítulo de la obra, el profesor FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ se ocupa de efectuar un concienzudo análisis de las muchas particularidades que presenta el ejercicio del derecho de huelga por parte de los funcionarios públicos. El elenco es exhaustivo y, entre todos los apartados, destaca el relativo al establecimiento de los servicios mínimos, por las singularidades que presenta cuando se van a interrumpir las actividades desarrolladas por una Administración Pública.

Magnífica y completa, pues, la monografía que edita Laborum y que sigue la estela marcada por trabajos anteriores de estos autores: el gusto por el razonamiento jurídico acabado, unido a un discurso diáfano

que huye de oscurantismos y hace comprensible al lector una materia de suyo difícil. Un referente interdisciplinar para los estudiosos del Derecho Colectivo y de la Función Pública.

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.

