

revista

Justicia  
Laboral

revista de DERECHO del TRABAJO  
y de la SEGURIDAD SOCIAL

DIRECTOR  
**Ignacio García-Perrote Escartín**

editorial

LEX NOVA

# REVISTA

## Justicia Laboral

### CONSEJO ASESOR

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

**Javier Gárate Castro** CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD DE SANTIAGO

DE COMPOSTELA. **Joaquín García Murcia** CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO.

UNIVERSIDAD DE OVIEDO. **José María Goerlich Peset** CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL

TRABAJO. UNIVERSIDAD DE VALENCIA. **José Luis Goñi Sein** CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL

TRABAJO. UNIVERSIDAD PÚBLICA DE NAVARRA. **Julia López López** CATEDRÁTICA DE DERECHO

DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD POMPEU FABRA. **Lourdes Martín Flórez Uría & MENÉNDEZ.**

ABOGADOS. **José Luis Monereo Pérez** CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD

DE GRANADA. **Jesús R. Mercader Uguina** CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD

CARLOS III DE MADRID. **María del Carmen Ortiz Lallana** CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL

TRABAJO. UNIVERSIDAD DE LA RIOJA. **Luis Enrique de la Villa Gil** CATEDRÁTICO DE DERECHO

DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID. ABOGADO.

### DIRECTOR

#### **Ignacio García-Perrote Escartín**

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

### SECRETARÍA TÉCNICA

#### **Jesús R. Mercader Uguina**

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

© LEX NOVA 2005

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

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

## Sumario:

### EDITORIAL:

- [5] **El fuero jurisdiccional del personal estatutario. Paseando por el inhóspito territorio de la perplejidad**

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN  
JESÚS R. MERCADER UGUINA

### DOCTRINA:

- [13] **Trabajadores extranjeros y mercado de trabajo: Nuevas vías y modalidades de contratación**

MARGARITA ISABEL RAMOS QUINTANA

- [41] **Las competencias de las MATEPS como “entes colaboradores en la gestión de la prestación de IT por contingencias comunes”. Algunos puntos críticos**

GEMMA FABREGAT MONFORT

### CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### [255] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS



# Editorial

## EL FUERO JURISDICCIONAL DEL PERSONAL ESTATUTARIO.

### PASEANDO POR EL INHÓSPITO TERRITORIO DE LA PERPLEJIDAD

Una de las cuestiones insatisfactoriamente resueltas por nuestro ordenamiento y que más tórrida polémica ha generado, ha sido y es el reparto competencial entre los órdenes de lo contencioso y de lo social; esta apreciación general se particulariza para el caso del personal estatutario. La elevada litigiosidad que caracteriza a este colectivo y la notable inseguridad que ha venido definiendo su régimen jurídico han servido, en última instancia, para dotar a cualquier acercamiento a esta cuestión de una notable complejidad. Así, y pese a la naturaleza jurídica estatutaria –o funcional especial– de este tipo de relaciones, históricamente la Ley ha venido atribuyendo con carácter general la competencia al orden jurisdiccional social. Pero la competencia del orden social no se ha extendido realmente a todas las posibles situaciones subsumibles dentro de estos supuestos, por lo que se han producido importantes “fugas” a este principio general (Mercader).

La disposición que ha otorgado competencia a la jurisdicción social en este campo ha sido el artículo 45.2 LGSS/1974, según el cual “sin perjuicio del carácter estatutario de dicha relación, la Jurisdicción de trabajo será la competente para conocer de las cuestiones contenciosas que se susciten entre las Entidades Gestoras y su personal (...)”. Esta disposición soportó diversos cambios y quedó vigente, de manera residual, tras la Disposición Derogatoria 1.<sup>a</sup>B), párrafo final, en relación con la Adicional 16.<sup>a</sup>1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, y resistió también al RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio. La virtualidad de esta atribución competencial al orden social ha sido objeto de severas críticas, que no han dudado en calificar a dicha situación como de “auténtica esquizofrenia competencial” (Rentero, Sánchez Pego). La falta de coherencia que supone la diversidad de jurisdicciones que pueden entrar a conocer en el desarrollo de la relación de prestación de servicios de este personal ha tenido como efecto fundamental el consiguiente incremento del riesgo de resoluciones contradictorias y la conflictividad de ello derivada, y supone, de este modo, tanto una quiebra del principio de igualdad al establecerse un régimen privilegiado para este colectivo, como un atentado a la adecuada caracterización de cuál sea el juez natural de este tipo de personal. Como acertadamente se ha señalado, la ruptura del principio de especialización jurisdiccional, encomendando a los jueces sociales cuestiones típicas del Derecho Administrativo, perturba la división del trabajo entre los órdenes de la jurisdic-

ción y crea desorientación en los criterios interpretativos al aplicar categorías o principios propios del Derecho del Trabajo a relaciones administrativas (Desdentado).

Como es sabido, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, estableció en su artículo 84 la aprobación para el personal estatutario de un Estatuto-Marco, en desarrollo de la misma, que contenga la normativa básica aplicable en materia de clasificación, selección, provisión de puestos de trabajo y situaciones, derechos, deberes, régimen disciplinario, incompatibilidades y sistema retributivo. En tanto se producía dicho desarrollo, la Ley 30/1999, de 5 de octubre, vino a establecer el régimen de selección y provisión de plazas del personal estatutario de los Servicios de Salud, señalando en su exposición de motivos que la misma venía “a anticipar –y así se recoge en su artículo primero– una parte esencial del marco estatutario, que corresponde establecer al Estado, de acuerdo con lo previsto en los apartados 16 y 18 del punto 1 del artículo 149 CE”. Dicha norma comprendía en su regulación la selección del personal estatutario fijo, temporal, la promoción interna y la provisión de plazas. Pero, a los efectos que aquí interesan, la disposición más importante de la misma es, precisamente, su Disposición Adicional 7.<sup>a</sup>, que estableció que las convocatorias de los procedimientos de selección, provisión de plazas y movilidad a que se refiere la Ley, sus bases, actuación de los tribunales y cuantos actos administrativos se deriven de ellas, podrían ser impugnados en la forma prevista con carácter general por las normas reguladoras del procedimiento administrativo y la jurisdicción contencioso-administrativa.

La referida previsión tuvo reflejo inmediato en la resolución de conflictos de competencia planteados tras su entrada en vigor (Autos de 17 de junio de 2002 y 14 de junio de 2001), acabando, de este modo, con las “sutilezas y criterios inclusive contradictorios” que existían al respecto, como señala el citado Auto de 14 de junio de 2001, a la vez que ayudó a clarificar la situación en todos estos aspectos, poniendo de manifiesto la tendencia del legislador por la aproximación de la regulación al régimen funcionarial, con las especialidades correspondientes, y la correlativa sujeción a la jurisdicción contencioso-administrativa de la resolución de los conflictos surgidos en el ámbito de la relación en cuestión. En la misma línea, la Ley 16/2001, de 21 de noviembre, que establece un proceso extraordinario de consolidación y provisión de plazas de personal estatutario en las Instituciones Sanitarias de los Servicios del Sistema Nacional de Salud, recoge en su Disposición Adicional 12.<sup>a</sup> la atribución a la jurisdicción contencioso-administrativa de la competencia para conocer de los conflictos relativos a tales actuaciones.

Así las cosas, el Anteproyecto de Estatuto-Marco, elaborado por el Ministerio de Sanidad y Consumo, decía literalmente en el apartado V de su exposición de motivos lo siguiente: “De todo ello merece ser destacada la derogación del artículo 45 de la Ley General de la Seguridad Social que atribuía a la jurisdicción social la competencia para resolver los conflictos planteados por el personal estatutario y los Servicios de Salud. De esta forma, la competencia para la resolución de tales conflictos queda atribuida a la jurisdicción contencioso-administrativa, de forma coherente con la definición, contenida en el artículo 1 de la Ley, del régimen jurídico del personal estatutario como una relación funcionarial

especial” y su Disposición Derogatoria Única, procedía a derogar, expresamente: “a) el artículo 45 de la Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo”. El referido Anteproyecto superó con éxito tanto el Informe del Consejo General del Poder Judicial como el del Consejo de Estado, si bien la fuerte contestación que tal solución creó hizo que el Proyecto de Ley presentado finalmente obviase cualquier referencia a dicha cuestión.

En esta situación vio la luz la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, estableciendo el referido Estatuto-Marco del personal sanitario de los servicios de salud, que resulta aplicable a la totalidad de dicho personal, ya preste sus servicios en los centros e instituciones sanitarias de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas o en los centros y servicios sanitarios de la Administración General del Estado (art. 2). Como señala expresamente la exposición de motivos, la Ley parte de la necesidad de mantener una regulación especial para el personal de los servicios sanitarios, con el fin de adaptarse a las específicas características del ejercicio de las profesiones sanitarias y del servicio sanitario asistencial, así como a las peculiaridades organizativas del Sistema Nacional de Salud. Pero siguiendo la línea antes indicada, “establece con nitidez el carácter funcional de la relación estatutaria”, sin perjuicio de sus peculiaridades especiales, según expresión literal de la exposición de motivos, que se plasma en el artículo 1 cuando señala que “esta Ley tiene por objeto establecer las bases reguladoras de la relación funcional especial del personal estatutario de los servicios de salud que conforman el Sistema Nacional de Salud, a través del Estatuto-Marco de dicho personal”. En congruencia con ello, el artículo 2.2 establece la aplicación supletoria al personal estatutario de las disposiciones y principios generales sobre función pública de la Administración correspondiente (lo que responde a las competencias de las distintas Comunidades Autónomas y sus específicas regulaciones sobre la función pública), además de constantes remisiones a la normativa general sobre funcionarios públicos, caso de los artículos 30.3 (“Convocatorias”), 61.2 (“Permisos”), 62.3 (“Excedencia”), 76 (“Incompatibilidades”), 78 y 80.2 (“Representación y negociación colectiva”), regulando la Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup> las equiparaciones a los grupos de clasificación de los funcionarios públicos.

La aprobación de la norma generó de inmediato una sonora polémica judicial. Pronto el Auto del Juzgado de lo Social n.º 4 de Almería de 29 de enero de 2004, señaló que la Ley del Estatuto Marco ha introducido un cambio sustancial, al establecer de forma terminante la naturaleza funcional de este personal y la aplicación supletoria de las disposiciones y principios generales sobre la función pública correspondiente (artículo 1 y 2 de la Ley 55/2003). Asimismo, continúa, la referida ley ha derogado expresamente toda la normativa estatal especial que tenía este tipo de personal, incluidos los estatutos de personal sanitario y no sanitario de la Seguridad Social, así como cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan o contradigan a lo dispuesto en esta Ley (Disposición Derogatoria Única). De lo anterior concluía el referido Auto que si el personal estatutario tiene la condición de personal funcionario y los estatutos de personal sanitario y no sanitario –que es donde se atribuía inicialmente la competencia al orden social– han sido derogados, se ha de entender que el artículo 45.2 de la LGSS/1974 ha sido derogado implícitamente, pues carece de lógica que el mismo siga siendo de aplicación cuando ya ha desaparecido toda la normativa relacionada con él y, en consecuencia, el conocimiento de

las cuestiones que se susciten entre el personal estatutario y las instituciones sanitarias corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Posteriormente, con fecha 22 de abril de 2004, se dictó Auto por el Juzgado de lo Social número 3 de Almería, en virtud de demanda interpuesta por un Médico contra el Servicio Andaluz de Salud, sobre recorte de las cartillas o cupo asignado y cese en las funciones como Jefe de Equipo SDH que venía desarrollando, en que se volvió a declarar la incompetencia por razón de la materia de dicho Juzgado. Por el interesado se interpuso recurso contencioso-administrativo ante el correspondiente Juzgado número 1 de Almería, que dictó Auto con fecha 9 de julio de 2004, declarando su incompetencia para conocer del recurso. En suma, Juzgados Sociales que se declaran incompetentes y Juzgados Contenciosos también se declaran incompetentes, con lo que se abría la vía del recurso por defecto de jurisdicción ante la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo, vía que, como seguidamente expondremos, ha tenido su primera decisión en el Auto de 20 de junio de 2005, Conflicto de Competencia núm. 48/2004.

La referida polémica se ha reproducido en el ámbito de los Tribunales Superiores de Justicia. Así, las SSTJ Castilla y León de 17 de febrero de 2004 y Andalucía/Málaga de 24 de junio de 2004, junto con un reciente pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, se han mostrado partidarios de mantener la competencia en el orden social, mientras que las SSTSJ Castilla-La Mancha de 9 de noviembre de 2004 y La Rioja de 14 de octubre de 2004, se sitúan detrás de la línea que considera competente al orden contencioso. Este último pronunciamiento ha sido recurrido en unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo por lo que la polémica va a tener, de seguro, su continuación.

Pero, en todo caso, la primera resolución judicial que ha visto la luz es el citado Auto de 20 de junio de 2005, que considera que la competencia en este tema pertenece al orden contencioso-administrativo. Considera la Sala, en primer lugar, que la referida Ley 55/2003 configura la relación del personal estatutario con la Administración sanitaria a través de los distintos Servicios de Salud, como una relación funcionarial, es decir, una relación de naturaleza claramente administrativa, cuya generación, desarrollo, efectos y extinción se sujeta al derecho administrativo y, en consecuencia, los conflictos que surjan entre las partes, por su naturaleza administrativa, quedan sujetos a la revisión por la jurisdicción contencioso-administrativa, de acuerdo con las previsiones generales de la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 9.4) y de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción (artículo 1 y concordantes) y, por exclusión, de las competencias del Orden Jurisdiccional Social (artículos 1, 2 y 3 LPL).

Continúa señalando que, “a diferencia de las modificaciones anteriores, que contenían disposiciones derogando expresamente, en lo que les afectaba, el art. 45.2 del Texto Refundido de la Ley de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, o atribuyendo específicamente la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa, en este caso, la Ley 55/2003 no contiene tales previsiones, sin embargo, en la Disposición Derogatoria Única, declara derogadas y, en su caso, inaplicables al personal estatutario de los servicios de salud cuantas disposiciones de igual o inferior grado se

opongan o contradigan a lo dispuesto en esta Ley, señalando específicamente determinadas normas, entre ellas la ya citada Ley 30/1999 y los Estatutos de 23 de diciembre de 1966, 26 de abril de 1973 y 5 de julio de 1971, así como las disposiciones que los modifican, complementan o desarrollan. Se subraya, en este punto, que “para determinar la incidencia de dicha disposición derogatoria en la atribución de competencia a la Jurisdicción Social efectuada por el artículo 45.2 de del Texto Refundido de la Ley de la Seguridad Social aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, ha de tenerse en cuenta que este precepto se refería a las relaciones entre las Entidades Gestoras y, en su caso, Servicios de la Seguridad Social y el personal a su servicio, reguladas por los correspondientes Estatutos, hoy derogados”.

Tal planteamiento, se dice, “respondía a la articulación de la atención sanitaria en el concreto ámbito de las prestaciones de la Seguridad Social, cuya inicial regulación general se plasma en el Texto Articulado de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 907/1966, de 21 de abril, y que determina la dotación por parte de las Entidades Gestoras del personal necesario para llevar a cabo tal prestación, cuyo régimen jurídico se remite por dicho Texto Articulado a los correspondientes estatutos, elaborados, en lo que aquí interesa, en las fechas antes indicadas de 1966, 1971 y 1973, de manera que la previsión del artículo 45.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1974, se produce en ese contexto de prestación sanitaria de la Seguridad Social y por el personal a su servicio, y en razón de tales circunstancias se atribuye a la Jurisdicción Social la competencia para conocer de las cuestiones contenciosas que se susciten entre tales Entidades Gestoras y su personal. Sin embargo, la situación resulta notoriamente distinta al momento de la publicación del Estatuto-Marco de 16 de diciembre de 2003, que responde, en lo que afecta al personal estatutario, a la propia evolución del sistema”.

Entiende la Sala que “el artículo 43 CE reconoce, de manera expresa, el derecho a la protección de la Salud, atribuyendo a los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública a través de las medidas preventivas, prestaciones y servicios necesarios; concepto integral y más amplio que la asistencia sanitaria como prestación de la Seguridad Social a que se refería el sistema anterior. Ha de hacerse notar que, el régimen público de Seguridad Social se contempla de manera separada en el artículo 41 CE. Esa protección de la Salud se plasma en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que en su exposición de motivos declara como finalidad la creación de un Sistema Nacional de Salud, que se concibe como el conjunto de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas convenientemente coordinados, bajo el principio de integración de los servicios sanitarios en cada Comunidad Autónoma, previéndose que la creación de los respectivos Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas sea paulatina, evitando saltos en el vacío. Se contempla así la reordenación de la Administración sanitaria mediante el establecimiento del Sistema Nacional de Salud (al que se refiere la exposición de motivos de la Ley 55/2003), que comprende el conjunto de los Servicios de Salud de la Administración del Estado y de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas (artículo 44 LGS), y que integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud (artículo 45 LGS), Administración que ya no puede identificarse con las Entidades Gestoras

y servicios específicos de la Seguridad Social a que se refería el artículo 45.2 LGSS/1974. Los Servicios de Salud autonómicos no están comprendidos entre las Entidades Gestoras que enumera el artículo 57 LGSS, ni responden a los criterios que respecto de estas entidades fijan los artículos 58 a 61 de esta última norma. Lógica consecuencia de lo anterior es que el personal que presta tales servicios pase a considerarse como personal al servicio del Sistema Nacional de Salud, lo que exige la adecuada redefinición de su régimen jurídico, para adaptarlo a esa dependencia administrativa y contenido funcional que ya no se circunscribe a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social y las prestaciones de la misma, superando el régimen establecido por aquellos iniciales Estatutos que contemplaban una relación jurídica subjetiva y objetivamente distinta”.

Esta modificación, prevista en el artículo 84 de la Ley 14/1986, se articula parcialmente y de manera anticipada, como se ha indicado antes, por la Ley 30/1999 y se completa, como normativa básica, con el Estatuto-Marco, que configura la relación del personal estatutario con la Administración sanitaria (Sistema Nacional de Salud), como una relación funcional y, por tanto, de naturaleza administrativa, cuya generación, desarrollo, efectos y extinción se sujeta al derecho administrativo, clarificando así el alcance y naturaleza de dicha relación, novedad legislativa en cuanto de manera explícita califica como funcional tal relación, y que es consecuencia de la referida evolución del sistema sanitario.

En definitiva, “desde el punto de vista subjetivo, de la condición de personal de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social se ha pasado a la de personal al servicio de la Administración sanitaria (Servicio Nacional de Salud), que aglutina tanto al antiguo personal estatutario como al personal funcionario sanitario que presta servicios en distintas instituciones sanitarias, afectando a los elementos personales de la relación; y en el aspecto objetivo, de la prestación sanitaria de la Seguridad Social se da el paso al reconocimiento del derecho a la protección integral de la salud, a través de las medidas preventivas, prestaciones y servicios necesarios al efecto (artículo 43 CE y 45 LGS). Estas modificaciones, resultan suficientemente significativas, para entender superada la situación o relación jurídica contemplada en el artículo 45.2 de la LGSS 1974, que se tuvo en cuenta al efectuar la atribución a la Jurisdicción Social de la competencia para resolver los litigios surgidos en el ámbito de aquella relación, atribución de competencia que pierde así su objeto, justificación, vigencia y aplicabilidad en el ámbito del nuevo Sistema Nacional de Salud y la relación jurídica funcional que une al personal sanitario con dicha Administración, de acuerdo con el Estatuto-Marco”.

Concluye el Auto que “tras la entrada en vigor del Estatuto Marco de 16 de diciembre de 2003, tanto dicha materia como el contenido funcional del puesto de trabajo (al que afecta la determinación del cupo asignado), forman parte de los derechos y deberes que integran la relación funcional regulada en él, sujeta al derecho administrativo y, por lo tanto, a la revisión por la jurisdicción contencioso-administrativa, de acuerdo con las previsiones generales de la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 9.4) y la Ley 29/98, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción (artículo 1 y concordantes), y por exclusión de las competencias del Orden Jurisdiccional Social (artículos 1, 2 y 3 LPL)”.

La “melancólica función de la Sala de Conflictos” (Mercader) no nos permite saber si, como en tantas otras ocasiones, su doctrina quedará en el olvido como en tantas otras ocasiones convertida en una estación de paso, una estación fantasma, dentro del triste y acostumbrado peregrinar jurisdiccional como es propio de este curioso juez que, como ha señalado Ríos Salmerón, “no crea jurisprudencia ni respecto de sí mismo”. Podría darse el caso, no deseable pero, como demuestra imperturbable la práctica, tampoco imposible, de que la Sala de Conflictos y la Sala Cuarta adoptasen posiciones distintas sobre esta cuestión. Si esto ocurriera, se abriría la puerta grande” de los conflictos jurisdiccionales por la que han salido en los últimos años temas como la asistencia sanitaria, las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y tantas otras cuestiones de indudable interés que han viajado o siguen viajando por nuestros tribunales sin rumbo fijo.

Pero los problemas no acaban aquí. Como recientemente se ha dicho con gran acierto, si finalmente se declara la competencia del orden contencioso se abrirían paralelamente una importante serie de problemas vinculados a las limitaciones que posee en este terreno la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Pelayo Pardos, Pérez Gómez, Sola Ruiz y Sendín Caballero). Así, el hecho de que en el artículo 81 LJCA las sentencias de los Juzgados unipersonales de lo Contencioso Administrativo sólo sean apelables ante los Tribunales Superiores de Justicia, cuando la cuantía reclamada exceda de 18.030 euros (3 millones de pesetas), haría que muchos de estos pleitos quedasen convertidos en supuestos de única instancia, con el riesgo para la seguridad jurídica y la aplicación uniforme del Derecho. Igualmente, la circunstancia de que resulte imposible el acceso a la casación que en materia contenciosa se encuentra vedada para cuestiones de personal, salvo que afecten al nacimiento o la extinción de la relación (artículo 86.2 LJCA), ni que tampoco puede articularse recurso de unificación de doctrina (artículo 96.4 LJCA), son circunstancias que exigirán o que exigirían, de consolidarse la línea doctrinal que abre el Auto de 20 de junio de 2005, la adecuada respuesta del legislador.

A la espera de noticias caminamos, de momento, por el inhóspito territorio de la perplejidad.



# Trabajadores extranjeros y mercado de trabajo: Nuevas vías y modalidades de contratación

**MARGARITA ISABEL RAMOS QUINTANA**

Catedrática de Derecho  
del Trabajo y Seguridad Social  
Universidad de La Laguna

## Sumario:

**I. El “consenso” como método de integración de intereses diversos en la nueva ordenación reglamentaria. II. La cobertura del proceso de “normalización”. III. Sistema general de contratación de trabajadores.** A) Trabajos por cuenta ajena de carácter temporal.  
a) Requisitos comunes. b) Requisitos específicos. c) Procedimiento de contratación.  
B) Trabajos por cuenta ajena con carácter temporal “de duración determinada”.  
a) Circunstancias y actividades objeto de contratación. b) Diversidad de requisitos, según modalidades de contratación. c) Procedimiento de obtención de autorizaciones.

**IV. El reconocimiento de las situaciones de arraigo como vía de acceso al mercado de trabajo.** A) El denominado “arraigo laboral”. B) El arraigo social. **V. El contingente anual de trabajadores.** A) Objeto y gestión del contingente. B) Visados para búsqueda de empleo. **VI. Extranjeros con residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios. VII. Trabajadores transfronterizos. VIII. Trabajo de estudiantes e investigadores. IX. Régimen específico de los trabajadores autónomos.**

## I. EL “CONSENSO” COMO MÉTODO DE INTEGRACIÓN DE INTERESES DIVERSOS EN LA NUEVA ORDENACIÓN REGLAMENTARIA

El RD 2393/2004, de 30 de diciembre (BOE de 7 de enero de 2005) ha aprobado al Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, dando así cumplimiento (tardío) al mandato contenido en la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre (BOE del 21), por la que se reforma la anterior, [a su vez, previamente modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (BOE del 23) y por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE del 30)] dirigido al Gobierno para que adaptara el Reglamento en vigor (RD 864/2001, de 20 de julio) a las previsiones de esta última.

Como es sabido, esta nueva disposición reglamentaria deroga, en su integridad, el anterior RD 864/2001, de acuerdo con lo estipulado en la Disposición Derogatoria Única del RD 2393/2004. No será necesario aquí, ni tampoco es objeto de este comentario, insistir en la penosa construcción de la ordenación jurídica en nuestro país en materia de inmigración y extranjería, sometida constantemente a múltiples vaivenes legislativos que no siempre han respondido a cambios en la orientación de la política de inmigración (hasta ahora España no ha sido capaz de diseñar una política de inmigración específica y asentada sobre bases sólidas), sino, principalmente, a reclamos electorales y discursos coyunturales que se alejan de una comprensión integral de las causas y efectos de la inmigración.

Una lectura de conjunto del amplio contenido que encierra el nuevo Reglamento de extranjería permite, en principio, avanzar unas impresiones iniciales de valoración crítica de la labor de reforma llevada a cabo sobre un ámbito específico de regulación tan expuesto a connotaciones de índole política, económica y social, como es el de la ordenación jurídica de la extranjería e inmigración.

En primer lugar, cabe resaltar el amplio “consenso” que representa el producto de la operación de reforma. Podría hablarse, en este caso concreto, del consenso como “método de integración en la producción normativa” de las distintas perspectivas y corrientes de opinión sobre el control y la ordenación de la inmigración en su proyección sobre la estructura social y el mercado de trabajo. La combinación de consideraciones de diferente signo, la diversidad de pretensiones según la utilidad o disponibilidad de la población inmigrante para nuestro desarrollo económico, el esfuerzo por aunar posiciones tan diversas como las provenientes de sectores empresariales, sindicales, de la propia Administración, así como de las organizaciones y asociaciones de apoyo a los inmigrantes constituye, sin duda, uno de los elementos más destacables del proceso de elaboración de un nuevo Reglamento de extranjería (éste representa el cuarto, tras la promulgación de la Constitución, en relación con los inmigrantes extracomunitarios).

## Trabajadores extranjeros y mercado de trabajo

En segundo término, un elemento que pone de manifiesto la radical ruptura con el “modelo” acuñado en el anterior Reglamento consiste en haber retirado la consideración según la cual las situaciones de irregularidad eran imputables a la voluntad del propio inmigrante que incurría en ellas. La nueva orientación política traslada la causalidad de la elevada presencia de inmigrantes irregulares en nuestro país a la realidad de nuestro propio mercado de trabajo, situando a la economía sumergida en principal factor desencadenante del elevado grado de irregularidad de presencia de inmigrantes entre nosotros. El gran número de personas extracomunitarias que viven y trabajan en España sin la documentación y autorización adecuada se imputa al “efecto llamada” que provoca la economía sumergida, el “trabajo negro” desasistido de elementos de control y de seguridad y que provoca el enriquecimiento de empresarios a base de utilizar fuerza de trabajo débil desde el punto de vista de la protección de su propia condición y dispuesta a resistir condiciones de explotación laboral que los trabajadores nacionales ya no admiten.

Este ejercicio de autocritica implícito en la norma revela de por sí una apreciación objetiva en detrimento de imputaciones subjetivas que en los últimos años han venido contribuyendo decisivamente a alimentar un discurso de velada acusación y, por consiguiente, de rechazo y desconfianza hacia la población inmigrante “sin papeles”, hasta el punto de erigirlo en colectivo específico especialmente débil (el de los inmigrantes “sin papeles”) dentro de otro que por naturaleza ya es débil (el de los trabajadores inmigrantes). Ello se pone de manifiesto en la exposición justificativa que precede al Reglamento donde se señala que “la arquitectura del sistema migratorio actual (...) está fundamentalmente basada en la necesidad de cobertura de puestos de trabajo”.

Resulta destacable –y muy favorablemente en este sentido– la “recuperación” de competencias por parte del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales en el ámbito de la ordenación de la inmigración y extranjería en lo concerniente a la conexión entre flujos migratorios y mercado de trabajo. Resultó un verdadero despropósito la opción elegida por la Ley Orgánica 8/2000, de 23 de diciembre (primera Ley de reforma de la originaria Ley Orgánica 4/2000) mediante la cual se privó al Ministerio de Trabajo de competencias de naturaleza específicamente laboral, a favor del Ministerio del Interior, particularmente, en el proceso de concesión de autorizaciones para trabajar. Ello dio lugar a críticas en torno al carácter represivo

**EL NUEVO REGLAMENTO  
RETIRA LA CONSIDERACIÓN  
SEGÚN LA CUAL  
LAS SITUACIONES  
DE IRREGULARIDAD SON  
IMPUTABLES A LA VOLUNTAD  
DEL PROPIO INMIGRANTE**

que orientaba la ordenación de la inmigración y que venía a privilegiar los aspectos de control policial sobre los de integración social<sup>1</sup>.

Una de las novedades de mayor impacto mediático que ha traído consigo el nuevo Reglamento (en adelante, RELOE) ha sido la introducción de un nuevo proceso de regularización de inmigrantes indocumentados, esto es, en situación administrativa irregular en España<sup>2</sup>. Ésta constituye una de las principales vías de contratación de trabajadores que, al tiempo que pretende la “legalización” de su permanencia en España, facilita su inserción en el mercado de trabajo, aspecto este último sobre el que se yergue la “normalización”.

En el diseño del mencionado proceso el inmigrante es considerado fundamentalmente (exclusivamente, para ser más exactos) un trabajador que carece de la nacionalidad de cualquier Estado miembro de la Unión Europea. De él importa su condición de trabajador (en cuanto “mano de obra”), de modo que es preciso “conectarlo” con el mercado de trabajo ya que únicamente por medio de este “vínculo” podrá recuperar la condición de “legal”, o “documentado”, o “regular”, o “normalizado”. Éste es el espíritu que anima la reforma introducida por medio del nuevo Reglamento y, sin duda, representa uno de los aspectos más “críticos” de toda la ordenación jurídica de la inmigración<sup>3</sup>, sobre la que cristaliza una concepción restrictiva que conduce a considerar a la población inmigrante exclusivamente como “fuerza de trabajo”.

## II. LA COBERTURA DEL “PROCESO DE NORMALIZACIÓN”

La “normalización” tiene por objeto facilitar a los empresarios que pretendan contratar trabajadores extranjeros radicados en España la posibilidad de solicitar una autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena. Tal autorización deberán solicitarla dentro de los tres meses siguientes al momento de entrada en vigor del Reglamento (en el período comprendido entre 7 de febrero y 7 de mayo de 2005)<sup>4</sup>.

(1) Vid. M.I. RAMOS QUINTANA, “Trabajadores inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica” en *Derechos y Libertades de los Extranjeros en España*. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AEDTSS y Gobierno de Cantabria, 2003, tomo I, págs. 549 yss.

(2) En nuestro país los procesos de “regularización” han sido ensayados en varias ocasiones a partir de la promulgación de la primera Ley posconstitucional ordenadora de los derechos y libertades de los extranjeros, como fue la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio; así, en 1985-1986, 1991, 1996 y 2000, con diferentes resultados y bajo la severa crítica del debate que ha visto tradicionalmente en estos procedimientos el fracaso de cualquier política de inmigración. Vid. M. M. RUIZ CASTILLO, “Marco legal de la inmigración en España. Aspectos laborales”, *RDS*, 2003, núm. 22, págs. 41-45.

(3) “El Reglamento, de forma estable o general, no pretende —o no consigue— alterar el modelo tradicional de regulación”, vid. G.E. DE LA ROSA y C. MOLINA NAVARRETE, “La reordenación del régimen de situaciones y de trabajo de los extranjeros en España. (Comentario del RD 2393/2004, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la LO 4/2000)”, *Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 265, 2005, pág. 11.

(4) Tras el cierre del proceso, los datos suministrados por sondeos efectuados y publicados por los medios de comunicación arrojan cifras que sitúan por encima de 800.000 los trabajadores extranjeros cuyas empresas han solicitado beneficiarse del proceso de normalización. Los resultados definitivos no podrán obtenerse hasta la finalización del plazo previsto de resolución de solicitudes (7 de agosto).

## Trabajadores extranjeros y mercado de trabajo

Para que el empresario pueda utilizar los servicios de dichos trabajadores, éstos, en el momento de la solicitud de la mencionada autorización deben reunir los siguientes requisitos:

- A) Figurar empadronado en municipio español, al menos, con 6 meses de anterioridad a la entrada en vigor REJ y se encuentre en España en momento de formular solicitud.
- B) Contrato de trabajo firmado, cuyos efectos quedan condicionados a la entrada en vigor de la autorización.
- C) Compromiso empresarial de continuidad de la prestación laboral durante período mínimo de 6 meses; la duración del período cuenta con algunas excepciones: en el sector agrario, mínimo 3 meses; construcción y hostelería, mínimo 6 meses dentro de un período de 12; trabajos a tiempo parcial, el período de prestación laboral se incrementa proporcionalmente a reducción de la jornada pactada.
- D) Cumplir los requisitos del art. 50 RELOE, excepto: la consideración de la Situación Nacional de Empleo, la garantía de actividad continuada durante la vigencia de la autorización, y encontrarse irregularmente en territorio español.

En consecuencia, respecto de los requisitos (genéricos) señalados en el art. 50 RELOE únicamente debe acreditarse que se trata de:

Primero: Empresas inscritas debidamente en el régimen correspondiente de la Seguridad Social y al corriente de pagos de cuotas y obligaciones tributarias.

Segundo: Garantizar condiciones de trabajo adecuadas conforme a lo dispuesto en la normativa vigente.

Tercero: Poseer titulación profesional correspondiente u homologación, en su caso.

Cuarto: Carecer de antecedentes penales en España y países anteriores de residencia por delitos sancionados en el ordenamiento español.

El procedimiento específico a seguir consta de una serie de fases:

**Solicitudes:** Se presentarán por los empresarios dispuestos a contratar inmigrantes en las condiciones ya descritas. Ha de tratarse de empresarios o empleadores que quieran contratar por cuenta ajena a trabajadores extranjeros. Ellos son los sujetos legitimados para solicitar la “normalización” (Disposición Transitoria Tercera.1 del citado Reglamento), acompañada de la documentación que enumera la OM de 2 de febrero de 2005.

A los trabajadores y trabajadoras que presten servicio doméstico cuando el régimen de trabajo lo sea en exclusiva para un único titular del hogar familiar, se les aplican las mismas reglas y requisitos previstos para el conjunto de trabajadores en general, antes descrito. Si, por el contrario, se trata de prestar servicios a tiempo parcial o de forma dis-

continua para más de un titular del hogar familiar, la solicitud la debe presentar el propio interesado aportando la documentación a que se refiere la OM de 2 de febrero de 2005.

**Lugar de presentación:** Sobre la base de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Tercera del Reglamento, corresponde a las Oficinas públicas de la Tesorería General de la Seguridad Social.

**Tramitación:** Se llevará a cabo en las Oficinas y Unidad de Extranjería de las Delegaciones o Subdelegaciones de Gobierno. La tramitación de solicitudes del proceso de regularización tendrá “carácter preferente” (Disposición Transitoria Tercera.4).

**Resolución:** La solicitud deberá ser resuelta por el Subdelegado o Delegado de Gobierno “de forma motivada” (Disposición Transitoria Tercera.5) en el plazo de tres meses contados a partir del día siguiente al de la fecha en que haya tenido entrada en el registro la solicitud correspondiente (plazo genérico establecido en la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica 4/2000).

**Notificación:** Las Oficinas o Unidades de Extranjería habrán de notificar al empresario o al propio trabajador si es el solicitante (trabajo a tiempo parcial para el servicio doméstico) la autorización de residencia y de trabajo. La misma queda “condicionada” (Disposición Transitoria Tercera. 5) a la posterior afiliación/alta del trabajador en la Seguridad Social, que debe producirse en el plazo de un mes, tras haberse llevado a efecto la notificación. Por consiguiente, ésta surte efectos para que se proceda al abono de tasas correspondientes y se inicie el cómputo del plazo establecido para afiliar y dar de alta al trabajador ante la Seguridad Social. El incumplimiento de este último requisito deja sin efecto la autorización de trabajo.

**Período de vigencia:** Sólo cuando se ha producido la afiliación y alta en la Seguridad Social se inicia el cómputo del período de vigencia de la autorización que será siempre y en todos los casos “de un año” (Disposición Adicional Tercera.6), excluyendo todo margen de discrecionalidad administrativa en este punto, ya que reglamentariamente ha quedado delimitado como período de duración cierto y determinado (a diferencia, como se verá más adelante, de otro tipo de autorizaciones de trabajo).

**Tarjeta de Identidad de Extranjero:** En el mes inmediatamente posterior debe el trabajador extranjero solicitarla. Como se recordará, la Ley Orgánica 14/2003 eleva dicha Tarjeta a documento de identidad del cual debe proveerse todo extranjero en situación regular en España y cuyo período de validez coincide con el de la autorización para residir y trabajar (art. 4.2 LOE mediante redacción dada por la Ley 14/2003)<sup>5</sup>.

(5) En realidad, la Tarjeta de Identidad de Extranjero no era tan novedosa; figuraba con anterioridad en varios pasajes del Reglamento y OM de desarrollo anterior, ESTEBAN DE LA ROSA, G. y MOLINA NAVARRETE, C., “Una nueva reordenación del régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España: comentarios a la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre”, *Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros), núm. 251, 2004, págs. 89 y ss.

### III. SISTEMA GENERAL DE CONTRATACIÓN DE TRABAJADORES

Con una doble tipificación de modalidades de contratación temporal, el Reglamento establece, asimismo, dos vías diferenciadas de contratación de inmigrantes. La primera, como soporte de contratación, desde luego, temporal (vinculada a autorización de residencia también limitada en el tiempo) pero de carácter estructural; la segunda, acoge mayoritariamente el grueso de contratación precaria de trabajadores, precariedad que deriva en ocasiones de las fórmulas contractuales elegidas (contrato para la formación; eventuales para campañas o temporadas en ciertas actividades productivas) o bien, en las condiciones en que puede llegar a desarrollarse el trabajo.

Se trata, en suma, de un tipo de autorización para residir y trabajar en España que perfectamente puede ser encuadrado, desde el punto de vista de la contratación de trabajadores extranjeros, bajo la categoría de *régimen genérico de contratación de carácter inicial*, susceptible de, o bien renovación, eventualmente, de prórroga y, asimismo, de modificación, circunstancialmente.

#### A) Trabajos por cuenta ajena de carácter temporal

La situación administrativa correspondiente es la de residencia temporal, la cual autoriza a permanecer en España por períodos superiores a 90 días e inferiores a 5 años (art. 48 REJ) e implicará la posible autorización para ejercer una actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta ajena.

##### a) Requisitos comunes

Ha de tratarse de trabajadores mayores de 16 años, autorizados debidamente para ejercer actividades lucrativas por cuenta ajena en España por un período superior a 90 días e inferior a cinco años (art. 48 RELLOE). Los supuestos reglamentariamente establecidos dan cobertura a contratos de trabajo y correspondientes autorizaciones administrativas con una duración temporal máxima limitada, que, de forma “encadenada” podrían permitir acceder al estatuto de “residente permanente”.

Estas modalidades de contratación temporal están destinadas a extranjeros que se encuentren en alguna de las situaciones siguientes:

**EL REGLAMENTO ESTABLECE DOS VÍAS DIFERENCIADAS DE CONTRATACIÓN POR CUENTA AJENA: CON CARÁCTER TEMPORAL Y CON CARÁCTER TEMPORAL “DE DURACIÓN DETERMINADA”**

a) Quienes residan fuera de España y obtengan el correspondiente visado, siempre que soliciten autorización inicial para realizar trabajos por cuenta ajena (art. 49.1 RELOE). Dicha autorización tendrá una duración de un año (sin opciones a la discrecionalidad administrativa, esto es, período de duración determinado). Podrá limitarse a un ámbito geográfico y sector de actividad también determinado, de modo que el Reglamento continúa con la línea ya trazada en la ordenación jurídica anterior de concebir las autorizaciones iniciales de trabajo restringidas a un ámbito territorial y sectorial específico. Ello, como se sabe, dificulta enormemente la movilidad de los trabajadores extranjeros en la medida en que cualquier vicisitud de la relación de trabajo que provoque su extinción *ante tempus* respecto de la autorización inicial expedida les cierra posibilidades de acceder a una contratación laboral en sector productivo diferente o en zona geográfica distinta (salvo que, excepcionalmente, se conceda la “modificación” de la autorización inicial (art. 99.1 RELOE).

Sin embargo, las modalidades de contratación han de ser las que en virtud de la duración máxima permitida admite la Ley del Estatuto de los Trabajadores, esto es, o contratos para obra o servicio determinado, o bien contratos de carácter eventual.

b) Quienes sean residentes en España o se encuentren en la situación de “estancia por estudios” (arts. 85 a 91 RELOE) podrán acceder a una autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena sin exigírseles visado (art. 49.3 RELOE). En este caso, la duración de la autorización dependerá del tiempo que hayan residido previamente en España en período de estudios.

c) Quienes sean titulares de un “visado de búsqueda de empleo”, si bien accederán a la autorización de residencia y trabajo según las disposiciones específicas establecidas en el Reglamento para tal caso, o bien, por las disposiciones propias del contingente (art. 49.3, párrafo 2º, RELOE).

## b) Requisitos específicos

A la generalidad de requisitos anteriormente expuestos, le siguen algunas consideraciones de índole específica que deberán ser tomadas en cuenta por la autoridad administrativa a efectos de conceder o no la correspondiente autorización:

Primero: permitirlo la Situación Nacional de Empleo (concepto ya clásico en el régimen de trabajo de extranjeros en España, que actúa como condición previa para la contratación, salvo los supuestos expresamente excluidos). Dicha Situación opera en los términos que novedosamente configura el art. 50 RELOE. Es decir, se constata por medio de la actuación del Servicio Nacional de Empleo Estatal que elaborará cada trimestre, previa consulta a la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración un “catálogo de ocupaciones de difícil cobertura” para cada provincia, así como para Ceuta y Melilla, de acuerdo con la información sobre este extremo suministrada por los servicios de empleo público autonómicos. La calificación de una ocupación como “de difícil cobertura” abre la po-

## Trabajadores extranjeros y mercado de trabajo

sibilidad de tramitar la autorización para residir y trabajar; por el contrario, si se trata de ocupaciones no catalogadas, el empleador deberá acreditar la dificultad de contratación del puesto a cubrir mediante gestión de la oferta ante el Servicio Público de Empleo con resultado negativo. En este caso, ha de certificar el Servicio antedicho en el plazo de 15 días la insuficiencia o indisponibilidad de demandantes de empleo para dicha oferta [art. 50.a) RELOE].

Segundo: garantizar al trabajador la “actividad continuada durante el período de vigencia de la autorización para residir y trabajar” [art. 50.b) RELOE]. Se pretende combatir el fraude en las solicitudes y alejar al trabajador extranjero de la economía sumergida. Los efectos de tales vínculos entre trabajador y empresario, especialmente, en lo que afecta al estatuto jurídico del trabajador migrante merecen un tratamiento que desbordaría el alcance de lo aquí tratado.

Tercero: deberá la empresa figurar inscrita en el régimen correspondiente de la Seguridad Social y estar al corriente de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social.

Cuarto: las condiciones de trabajo deberán ajustarse a lo dispuesto en la normativa vigente para la misma actividad, categoría profesional, y localidad. Con esta regla introducida en la contratación inicial trata de garantizarse y hacerse efectiva la aplicación del principio de igualdad en la relación de trabajo de los extranjeros con respecto a los nacionales (STC 107/1984) y evitar la explotación de mano de obra inmigrante, mediante una actuación administrativa de comprobación de las condiciones de trabajo pactadas (aspecto que corresponderá atender a las Dependencias de Trabajo y Seguridad Social dentro de las Subdelegaciones de Gobierno).

Quinto: poseer la titulación, cuando resulte necesaria y, en su caso, debidamente homologada, o que se acredite la capacitación exigida para el ejercicio de la profesión.

Sexto: carecer de antecedentes penales en España y en los países anteriores de residencia del trabajador por delitos existentes en el ordenamiento español.

Séptimo: no encontrarse irregularmente en España. Se cierra, por tanto, toda opción imaginable para obtener por medio de esta vía cualquier tipo de regularización encubierta, ya que sólo pueden acceder no residentes o residentes en situación regular.

### c) Procedimiento de contratación

Los trámites a seguir conducentes a la autorización del trabajo a realizar por el extranjero y su residencia en España son los siguientes:

**Solicitud:** Debe presentarla el empresario (personalmente o a través de quien válidamente tenga atribuida la representación legal empresarial) ante la Delegación o Subdelegación Gobierno (art. 51.1 RELOE), acompañada de la pertinente documentación, entre otros (art. 51.2), contrato de trabajo u oferta de empleo en modelo oficial; copia pasaporte o

título de viaje en vigor; documentos que justifiquen alguna situación del art. 40 LOE (que excluyen la consideración de la Situación Nacional de Empleo).

**Instrucción y tramitación:** Se llevará a cabo por la autoridad competente, para lo cual ha de recabar informes (Agencia Estatal Administración Tributaria, Tesorería General de la Seguridad Social, Dirección General de la Policía; Registro Central de Penados y Rebeldes; todos ellos deben emitirse en plazo de 10 días). Pueden practicarse requerimientos al empleador por defecto de documentación. Transcurridos 10 días sin aportación de los mismos se estima que desiste de la petición con archivo del expediente.

**Resolución:** Ha de ser motivada (art. 51.5 RELOE) y será objeto de notificación al empresario, a efectos de abono de tasas en el plazo correspondiente. La resolución favorable provoca la suspensión de su eficacia hasta la expedición de visado y entrada efectiva en España.

**Solicitud de visado:** Ésta se efectúa por el interesado (cabén fórmulas de representación) ante la misión diplomática u oficina consular en cuya demarcación resida, pudiendo realizarse también mediante representante legalmente acreditado; eventualmente, podrá requerirse la “presencia” del propio solicitante. Si se comprobara que el solicitante se encuentra en situación irregular en España será inadmitida a trámite o, en otro caso, se denegará la solicitud de visado. Ha de aportarse la documentación adecuada (art. 51.7 RELOE), incluida copia de la autorización de residencia y trabajo temporal condicionada.

**Resolución:** Puede ser denegada la solicitud, siempre de forma motivada, por dudar de la identidad de las personas; de la validez de documentos aportados; de la veracidad de motivos alegados (art. 51.9). Si fuera favorable, el inmigrante debe retirar el visado en el plazo de 1 mes; de lo contrario, se estima que renuncia al visado, archivándose el expediente.

**Efectos del Visado de Residencia y Trabajo por Cuenta Ajena:** Incorporará la autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena. La vigencia de la autorización comienza desde la fecha de entrada en España, haciéndose constar en pasaporte o título de viaje (art. 52 RELOE).

**Entrada en España:** Obligatoriamente ha de efectuarse en un plazo no superior a 3 meses desde el momento de recogida del visado, pudiendo a continuación comenzar su actividad laboral, así como la afiliación/alta en el sistema de Seguridad Social. En el mes siguiente ha de solicitar la Tarjeta de Identidad de Extranjero (apdos. 11, 12 y 13, art. 51 RELOE).

El incumplimiento de los deberes citados en relación con la Seguridad Social cuando son objeto de comprobación por la autoridad competente en el momento de solicitar la Tarjeta determina la extinción de la autorización inicial condicionada. Los efectos que de tal decisión administrativa se derivan sitúan al trabajador en situación de evidente

precariedad: al no poder trabajar en la empresa solicitante de la autorización se ve privado de ingresos retributivos y debe buscar otro trabajo. Téngase en cuenta que el visado le autoriza para residir y trabajar en una determinada zona geográfica o sector de actividad; por consiguiente, la búsqueda de empleo ha de acotarse a ese ámbito determinado antes de que expire la duración del visado.

Esta actuación (falta de afiliación/alta) provoca efectos de diferente alcance para la empresa: La autoridad competente podrá requerir al empresario para que justifique las causas por las razones por las que no se ha iniciado la relación laboral; si no alega ninguna justificación o las razones aducidas se consideraran insuficientes se le pueden denegar ulteriores solicitudes.

**Denegación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena:** Múltiples son las causas recogidas en el art. 53 RELOE: por contar con antecedentes penales; exigirlo la Situación Nacional de Empleo; por establecer condiciones no aceptables en el contrato de trabajo; por amortización de puesto de trabajo en 12 meses anteriores por despido improcedente o nulo o por las causas establecidas en los arts. 50, 51 y 52.c) LET; por infracciones graves y muy graves del empresario; por falta de garantía de actividad continuada; presentación de documentos falsos; falta de titulación u homologación por parte del trabajador; informe gubernativo desfavorable; por causa legal de inadmisión a trámite; por condena al empresario por delitos contra los derechos de los trabajadores o de los extranjeros. En todo caso, ha de ser motivada y expresará recursos, órganos y plazos que contra ella cabe interponer.

**Renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena:** El momento indicado es el de 60 días antes de expirar la autorización vigente (art. 54.1 RELOE). Su efecto no es otro que la prórroga de la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento e, incluso, si se presenta en los 3 meses posteriores al vencimiento, pero con apertura de procedimiento sancionador por infracción. La causa siempre y en todos los casos ha de ser la continuidad en la relación laboral cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias (art. 54.3 y 4):

A) Acreditar realización habitual de la actividad para la que se autorizó durante un mínimo de 6 meses por año y encontrarse en las siguientes situaciones:

**LA ENTRADA DEL  
INMIGRANTE EN ESPAÑA  
HA DE EFECTUARSE EN  
UN PLAZO NO SUPERIOR  
A TRES MESES DESDE  
LA RECOGIDA DEL  
VISADO PUDIENDO, A  
CONTINUACIÓN, COMENZAR  
SU ACTIVIDAD LABORAL**



– Haber suscrito nuevo contrato con nuevo empleador acorde con características de su autorización inicial y figurar en alta o situación asimilada en momento de solicitud.

– Disponer de nueva oferta de trabajo y reunir requisitos (art. 50 RELOE), excepto la Cita Nacional de Empleo, que no es de aplicación en ningún supuesto de Renovación [art. 54.3.a)].

B) Acreditar al menos 3 meses de actividad por año si:

– La relación laboral se interrumpió por causas ajenas a voluntad del trabajador.

– Si ha buscado activamente empleo.

– Si dispone de contrato de trabajo en vigor.

C) Acreditar causas [art. 38.3.b) y c) LOE]:

– Por haber percibido prestaciones por desempleo, en cuyo caso la renovación lo será por tiempo igual a duración de la misma.

– Por prestación asistencial de carácter público, con igual efecto de duración que en el caso anterior.

**Duración:** Por 2 años, salvo que corresponda autorización de residencia permanente. Permite el ejercicio habitual de cualquier actividad sin límite de territorio.

**Efectos:** Se retrotraen al día siguiente a la caducidad de la anterior.

**Tarjeta de Identidad de Extranjero:** Debe solicitarse en el plazo de un mes, tras obtener la renovación.

**Plazo:** No figura uno específico, por tanto, el genérico de tres meses, conforme a lo señalado en la Disposición Adicional Primera LOE. Transcurrido el mismo, se entiende estimada (puede este extremo ser objeto de acreditación, a petición del interesado).

### **B) Trabajos por cuenta ajena con carácter temporal “de duración determinada”**

Con esta fórmula expresiva de carácter redundante, el Reglamento refleja con gran exactitud que, aun tratándose de contratación “temporal” (que en el ordenamiento jurídico español equivale, como es sabido, a contratación “sometida a término”) está referida a un tipo de trabajos y autorizaciones administrativas de extensión temporal limitada en relación con la permanencia permitida en territorio español, a lo que se añade, consecuentemente, que tales autorizaciones “no admiten renovación” alguna.

### a) Circunstancias y actividades objeto de contratación

Distingue el Reglamento cuatro cauces posibles de contratación, contemplando únicamente la posible *prórroga* del contrato y la correlativa autorización de residencia y trabajo (que no, renovación) de conformidad con lo dispuesto en su art. 55.

Las circunstancias y actividades que permiten efectuar este tipo de contratación temporal son:

#### a') Trabajos propios de actividades de temporada o de campaña

La autorización cuenta con un límite máximo de 9 meses dentro de un período de doce (al tratarse de máximos, el período autorizado puede ser, incluso, inferior, si la actividad laboral de temporada o campaña así lo exigiera). Se trata, por tanto, de población inmigrante que accede al mercado de trabajo español, básicamente, por el cauce del contrato eventual, es decir, bajo una modalidad de condiciones laborales muy precarias y que obliga, inexcusablemente, a abandonar el país tras su finalización (art. 55 REJ).

#### b') Trabajos para la realización de obra o servicio determinado

Bajo la cobertura de esta modalidad de contratación (los convenios colectivos han de señalar las actividades susceptibles de contratación por esta vía, especificando las obras o tareas con sustantividad propia, dentro de la actividad normal de la Empresa, según dispone el art. 15.1.a) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores) se trata de integrar mano de obra extranjera llamada a desarrollar trabajos propios de infraestructuras e instalaciones: “para el montaje de plantas industriales o eléctricas, construcción de infraestructuras, edificaciones y redes de suministro eléctrico, gas, ferrocarriles y telefónicos, instalaciones y mantenimientos de equipos productivos, así como su puesta en marcha y reparaciones, entre otros”, según establece el art. 55.2.b) RELOE.

c') Actividades de carácter temporal realizadas por trabajadores extranjeros con elevada cualificación profesional y otros colectivos específicos: personal de alta dirección, deportistas profesionales, artistas en espectáculos públicos, así como otros colectivos que en el futuro se determinen<sup>6</sup> [art. 55.2.c) REJ]

#### d') Trabajos para la formación y realización de prácticas profesionales

Vía a través de la cual ingresan en el mercado de trabajo inmigrantes de escasa cualificación (en el contrato para la formación constituyen, desde la entrada en vigor del RDL 5/2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo, un colectivo de especial incentivación durante los dos primeros años de autorización

(6) Por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, mediante OM, a efectos de acceder a este tipo de autorización temporal de residencia y trabajo por cuenta ajena.

para trabajar en España)<sup>7</sup> y, asimismo, trabajadores dotados de titulación con carácter reciente.

En estos tres últimos supuestos, la duración de la autorización de residencia y trabajo coincide con la del contrato, pero con el “límite máximo de un año” (igualándose en este punto con el resto de autorizaciones iniciales de trabajo y residencia, si bien con una importante “excepción”, la que viene determinada por el hecho de que los “contratos de trabajo” en los tres últimos supuestos reseñados admiten “prórroga” —en las modalidades contractuales que la tienen prevista—, en cuyo caso, la “autorización” será objeto de “prórroga” en los mismos términos. Téngase en cuenta que los contratos para la formación y en prácticas admiten prórrogas de seis meses hasta alcanzar un máximo de dos años, según dispone el art. 11 LET).

### **b) Diversidad de requisitos, según modalidades de contratación**

Son requisitos comunes a los trabajadores de temporada, así como a los trabajadores contratados para obra o servicio determinado, conforme a lo dispuesto en el art. 55.2.a) y b) RELOE:

a) disponer de alojamiento adecuado para el trabajador (extremo que con toda discrecionalidad aprecia la autoridad competente),

b) contar con el viaje organizado de ida y regreso al país de origen,

c) compromiso de regreso por parte del trabajador (conforme a las exigencias señaladas en el art. 56.1 RELOE)<sup>8</sup>,

d) exclusión de la Situación Nacional de Empleo en las situaciones descritas en los apartados d) y l) del art. 40 LOE, esto es, en autorizaciones concedidas para montaje de instalaciones y equipos, así como cuando se trate de inmigrantes titulares de autorizaciones de trabajo para actividades de temporada durante cuatro años naturales y hayan regresado a su país de origen (una especie de “premio” por la contribución del trabajador al mantenimiento de la regularidad de sus entradas y salidas de España, lo que, sin duda, tiene como efecto inmediato la posibilidad de ir a ofertas nominativas en tales casos a través del contingente).

(7) Vid. M. TARABINI-CASTELLANI AZNAR, “Algunas notas y reflexiones sobre el nuevo contrato para la formación para extranjeros”, en *Derechos y Libertades de los Extranjeros en España*, XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AEDTSS y Gobierno de Cantabria, 2003, tomo II, págs. 1053-1072.

(8) La obligación de retorno al país de origen se corresponde, como ya se ha indicado, con la imposibilidad de renovación de este tipo de autorizaciones para residir y trabajar en España.

## Trabajadores extranjeros y mercado de trabajo

Los únicos requisitos exigibles a altos cargos, deportistas profesionales, artistas y otros colectivos específicos que se determinen son:

- a) Contar con las licencias administrativas que puedan exigirse para desarrollar la actividad profesional.
- b) Compromiso del trabajador de regreso a su país de origen, una vez finalizado el contrato; el incumplimiento de este deber puede suponer la denegación de posteriores solicitudes en el plazo de tres años.

Este último deber y con idénticos efectos se exige también a los contratados en prácticas y para la formación, así como cumplir todos los requisitos previstos en el art. 50 del Reglamento para las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, en tanto modalidad genérica de autorizaciones y contrataciones iniciales de inmigrantes, a excepción (curiosamente) del deber de garantizar por parte de la empresa una “actividad continuada durante el período de vigencia de la autorización para residir y trabajar” [requisito establecido, como se recordará, en el art. 50.b) RELOE]; lo que se está tratando de decir no es otra cosa que en los contratos en prácticas y para la formación pueden o no prosperar la o las prórrogas legalmente permitidas, cuestión sobre la que el legislador da entrada a la libre decisión empresarial.

Por último, figuran como **requisitos comunes a todas las modalidades** de contratación aquí comentadas la obligatoriedad de acoger todos los aspectos previstos en el art. 2.2 del RD 1659/1998, de 24 de julio (por el que se desarrolla el art. 8, apartado 5, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo y que, como es sabido, obliga a suministrar información al trabajador sobre: identidad de las partes del contrato; fecha de comienzo y duración de la relación de trabajo; domicilio de la empresa; categoría o grupo profesional; cuantía del salario base y complementos salariales; duración y distribución de la jornada; duración y disfrute de vacaciones; plazos de preaviso ante extinción del contrato; convenio colectivo aplicable), así como “una previsión del salario neto que percibirá el trabajador” (art. 56.4 RELOE).

**ALGUNOS REQUISITOS  
COMUNES  
A LOS TRABAJADORES  
DE TEMPORADA  
SON DISPONER DE  
ALOJAMIENTO ADECUADO,  
CONTAR CON EL VIAJE  
ORGANIZADO Y ADQUIRIR  
UN COMPROMISO  
DE REGRESO**

### c) Procedimiento de obtención de autorizaciones

El *procedimiento administrativo* encaminado a la obtención de la autorización de residencia y trabajo temporal de duración determinada cuenta con las siguientes fases:

**Solicitud:** Las ofertas de empleo deberán ser puestas a disposición del Servicio Público de Empleo Estatal o del Servicio de las Comunidades Autónomas (art. 57.2 RELOE). Se publicarán durante 15 días (a fin de materializar la preferencia de trabajadores españoles, comunitarios y extranjeros residentes). Con antelación de 3 meses al inicio de la actividad los empresarios deben solicitar la autorización (art. 57.3).

**Resoluciones:** Se comunican a las organizaciones sindicales y empresariales de ámbito provincial. Las emitidas en sentido favorable se comunican al empresario con el fin de proceder al abono de tasas correspondiente. Sus efectos se suspenden hasta la obtención del visado y efectiva entrada en España (art. 57.5 y 6). La autoridad laboral estampa la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena de duración determinada en los contratos firmados por las Empresas, indicando ámbito y duración. A continuación, los empresarios remiten los contratos a los trabajadores al país de origen (en oficina consular competente para expedir visado).

**Solicitud de visado:** Se tramita la solicitud de visado de residencia en los términos previstos para las autorizaciones iniciales de residencia y trabajo temporal; en el visado se incorpora la autorización, haciendo constar la naturaleza temporal de ésta, y su vigencia –la de la propia autorización– comienza con la entrada efectiva en España. Existe plazo de un mes para afiliación/alta del trabajador en el régimen correspondiente de la Seguridad Social; el incumplimiento de este deber permite a la autoridad competente resolver la extinción de la autorización y requerirá al empresario para que justifique causas; de lo contrario, podrá denegarsele ulteriores solicitudes (art. 57.9 RELOE).

**Tarjeta de Identidad de Extranjero:** Sólo es preciso solicitarla para trabajos por períodos superiores a seis meses (art. 57.7).

**Prórroga:** Se solicita por el empleador únicamente en casos de continuidad de la actividad, obra o servicio, desplegando efectos hasta su finalización, con el máximo de un año (art. 57.8 RELOE). Se admiten otras prórrogas ulteriores con el tope máximo indicado (hasta finalización definitiva de la obra o servicio). Las autorizaciones relativas a trabajos de temporada o campaña se pueden prorrogar hasta 6 o 9 meses en función del tipo de visado y período de contratación inicial.

**Excepciones a la autorización de trabajo:** El nuevo Reglamento de extranjería procede a tipificar los supuestos ya enumerados en este sentido por el art. 41 LOE, así como las condiciones y procedimiento para que opere y sea efectiva dicha excepción (arts. 68 y 69 RELOE).

### IV. EL RECONOCIMIENTO DE LAS SITUACIONES DE ARRAIGO COMO VÍA DE ACCESO AL MERCADO DE TRABAJO

Los trabajadores inmigrantes pueden permanecer en España, sin necesidad de retornar a su país de origen para solicitar visado, al encontrarse inmersos en alguna de las situaciones que la ordenación jurídico-positiva denomina como “arraigo”, concepto jurídico indeterminado que no permite discrecionalidad absoluta y ha de alejarse, por tanto, de sospechas de arbitrariedad (STS de 13 de febrero de 2001, Ar. 4701). De esta figura se ha destacado su carácter como “vía de regularización permanente y ordinaria”<sup>9</sup>, en la medida en que facilita la recuperación para la legalidad de inmigrantes que residen o trabajan en situación irregular (por haber entrado ilegalmente, o haber caducado sus autorizaciones, o no resultar válidas para el trabajo contratado).

Sobre la base de lo dispuesto en el art. 31.3 LOE, el nuevo Reglamento articula, a través de los cauces diseñados en los arts. 45 a 47, numerosas causas o supuestos que permiten autorizar la residencia a inmigrantes en situación de irregularidad entre los que destacan, por su conexión con el mercado de trabajo, dos (se excluyen de consideración aquí los supuestos de arraigo por razones de protección internacional, humanitarias, relaciones de colaboración, razones de interés público o seguridad nacional):

#### A) El denominado “arraigo laboral”

Permite autorizar la residencia y trabajo de los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de dos años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen; es preciso, además, que demuestren la existencia de relaciones laborales, cuya duración no sea inferior a un año [art. 45.2.a) RELOE].

La forma de acreditar la situación de arraigo (objeto de concreción en el nuevo Reglamento, antes inexistente) no resulta, particularmente, fácil y accesible: el interesado debe presentar una resolución judicial que la reconozca o resolución administrativa confirmatoria del acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que la acredite. Obliga, pues, a que el trabajador haya combatido en sede judicial la situación de irregularidad en que pudiera haberse encontrado trabajando (que, como se sabe, ha podido exponerle a la apertura de expediente sancionador, sin descartar la expulsión), o bien a impugnar una eventual decisión extintiva empresarial; en otro orden, le obligaría a acreditar que la Inspección de Trabajo ha intervenido detectando la realización de trabajos anteriores –en situación de regularidad o irregularidad– [art. 46.2.b)]. Se excluyen otros medios de prueba de la situación de arraigo, lo cual resulta, a todas luces, merecedor de severa críticas.

La concesión de autorización de residencia por arraigo “lleva aparejada una autorización de trabajo en España durante la vigencia de la misma” (art. 45.7 RELOE); por consiguien-

(9) M.L. TRINIDAD GARCÍA y J. MARTÍN MARTÍN, *Una forma nueva de ordenar la inmigración en España (Estudio de la Ley orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pág. 125.

te, se consuma la afinidad de este procedimiento con el de “normalización” en la medida en que no sólo “rescata” al trabajador extranjero de la irregularidad de su permanencia en España, sino que le introduce directamente en el mercado de trabajo.

## B) El arraigo social

Esta situación se alcanza cuando el extranjero se encuentra en alguno de los tres supuestos que contempla el art. 45.2.b) RELOE:

Primero, por tener *vínculos familiares* con extranjeros residentes (cónyuges, ascendientes o descendientes), acreditando tres años de estancia en España, y disponer de contrato firmado por trabajador y empresario con una duración mínima de un año.

Segundo, por *inserción social* acreditada en el transcurso de tres años de estancia, disponiendo de contrato de trabajo de iguales características que en el caso anterior y de un informe elaborado por el Ayuntamiento correspondiente a su domicilio habitual sobre dicha inserción. La eficacia de la autorización queda condicionada a posterior afiliación/alta del trabajador en el plazo de un mes, tras la notificación (art. 46.7 RELOE).

Tercero, por *razón de parentesco*, al limitarse a hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles [art. 45.2.c) RELOE], a quienes se exige tres años de estancia y contrato de duración mínima de un año para ser debidamente autorizado.

Los tres supuestos enumerados exigen carecer de antecedentes penales en España y en el país de origen [art. 46.2.a) RELOE].

## V. EL CONTINGENTE ANUAL DE TRABAJADORES

La ordenación jurídica actualmente en vigor de la canalización de flujos migratorios a través de la figura del contingente o cupos anuales de trabajadores extranjeros se contiene en el art. 39 LOE, que recibió una sustancial modificación por medio de la Ley Orgánica 14/2003, así como en los arts. 77 a 79 del Reglamento de ejecución.

### A) Objeto y gestión del contingente

El contingente anual tiene por *objeto* la contratación programada de trabajadores que no se hallen o residan en España<sup>10</sup>. Los trabajadores serán seleccionados en sus países de origen a partir de ofertas genéricas de los empresarios, si bien cabe la posibilidad de ofertas nominativas en los supuestos establecidos en cada Acuerdo anual.

(10) Muy utilizado en determinados sectores productivos, especialmente en agricultura, hostelería y servicio doméstico; sobre los inconvenientes que generaba la aplicación rígida del contingente hasta ahora, en particular, en el sector agrario, vid. M<sup>a</sup>. A. BALLESTER PASTOR, “Normas e infranormas laborales de extranjería aplicadas al sector agrario (Ley Orgánica de Extranjería, RD 864/2001 y LO 14/2003)”, RL, 2004, núm. 2, págs. 13 y ss.

**Aprobación:** Mediante Acuerdo, aprobado por el Gobierno (art. 39.1 LO), el cual contendrá una cifra provisional en relación con las características de la oferta de empleo estable para cada año natural; asimismo, podrá establecer un número de visados para búsqueda de empleo (art. 39.3 y 4 LOE) y, por último, podrá establecer particularidades en el “procedimiento” de contratación de trabajadores de temporada. A lo largo del año se podrá revisar el número y distribución de ofertas de empleo (art. 77.4 RELOE).

**Orientación:** De acuerdo con la modificación introducida por la Ley 14/2003, se orientará preferentemente hacia países con los que España haya firmado Acuerdos sobre regulación y ordenación de flujos migratorios (art. 39.6 LOE). Es decir, Colombia, Ecuador, Marruecos, República Dominicana, Polonia, Mauritania, Rumanía, Bulgaria<sup>11</sup>.

**Elaboración:** El proceso de elaboración exige agotar las siguientes fases o etapas:

A) Propuesta por parte de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.

B) Consulta previa a la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, creada de acuerdo con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta RELOE e integrada por la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, organizaciones sindicales y empresariales más representativas, la cual se constituye como órgano colegiado adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La Comisión tendrá en cuenta:

**EL CONTINGENTE ANUAL  
TIENE POR OBJETO  
LA CONTRATACIÓN  
PROGRAMADA DE  
TRABAJADORES QUE NO SE  
HALLEN O RESIDAN  
EN ESPAÑA**

(11) En tal sentido se han suscrito los siguientes Convenios Bilaterales para la ordenación de flujos migratorios: Acuerdo entre España y Colombia, relativo a la regulación y ordenación de flujos migratorios laborales, hecho en Madrid el 21 de mayo de 2001 (BOE de 4 de julio); Acuerdo entre el Reino de España y la República del Ecuador relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios, hecho en Madrid el 29 de mayo de 2001 (BOE de 10 de julio); Acuerdo sobre mano de obra entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Madrid el 25 de julio de 2001 (BOE de 20 de septiembre); Acuerdo entre el Reino de España y la República Dominicana relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios laborales, hecho en Madrid el 17 de diciembre de 2001 (BOE de 5 de febrero de 2002); Acuerdo entre el Reino de España y la República de Polonia sobre la regulación y ordenación de los flujos migratorios entre ambos Estados, hecho en Varsovia el 21 de mayo de 2002 (BOE de 20 de septiembre); Aplicación provisional del Acuerdo entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania en materia de Inmigración, hecho en Madrid el 1 de julio de 2003 (BOE de 4 de agosto); Acuerdo entre el Reino de España y Rumanía relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios laborales entre ambos Estados, hecho en Madrid el 23 de enero de 2002 (BOE de 3 de diciembre de 2002); Acuerdo entre el Reino de España y la República de Bulgaria, de 28 de octubre de 2003, relativo a la regulación de los flujos migratorios laborales entre ambos Estados (BOE de 15 de diciembre). En estos momentos, se encuentra en fase de elaboración el último de estos Acuerdos con Bolivia.

- a) La Situación Nacional de Empleo<sup>12</sup>.
- b) El análisis de las propuestas que formulen las Comunidades Autónomas.
- c) El Informe que, anualmente y con Recomendaciones, elabora el Consejo Superior de Política de Inmigración (art. 68 LOE), en el cual tienen representación la Administración estatal, la autonómica y los municipios.
- C) Presentación ante la Comisión Interministerial de Extranjería para que informe sobre la conveniencia de elevarla al Gobierno.
- D) Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se establece el procedimiento de contratación de extranjeros.

**Gestión:** los empresarios deben presentar las solicitudes personalmente o a través de persona en quien deleguen. Se permiten procesos de selección en origen y solicitudes conjuntas de visados. El visado autoriza a trabajar por cuenta ajena como máximo durante un año y limita a ámbito geográfico y sector de actividad determinado, facilitando la incorporación inmediata del trabajador a empresa y su posterior afiliación/alta. Después de la entrada, el trabajador dispone de un mes para solicitar la Tarjeta de Identidad de Extranjero.

## **B) Visados para búsqueda de empleo**

Figura novedosa en nuestro país a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 14/2003 (incorporada en la actualidad al art. 39. 3 y 4 LOE), cristaliza por vez primera en el Acuerdo del Consejo de Ministros de determinación del contingente para el año 2004; actualmente, las circunstancias y fórmulas de acceso al mercado de trabajo a través de esta vía se contemplan, básicamente, en los arts. 81 a 83 del Reglamento.

El reconocimiento de este cauce de incorporación de mano de obra extranjera al mercado de trabajo español en la actualidad presenta carácter residual con importantes limitaciones desde el punto de vista subjetivo, objetivo y temporal.

En primer lugar, porque basa el acceso en *vínculos de parentesco*, ya que tiene por destinatarios a hijos y nietos de español de origen [no se les aplica la consideración de la Situación Nacional de Empleo, de acuerdo con la excepción reconocida en el art. 40.i) LOE]. El

(12) Que, a partir de la entrada en vigor del nuevo Reglamento, ha de aplicarse en los términos definidos por el art. 50 del mismo, a diferencia de cómo se utilizaba este concepto y el de "insuficiencia" de trabajadores en el territorio nacional con anterioridad, cfr. I. CAMÓS VICTORIA, "El contingente de trabajadores extranjeros y la suficiencia de trabajadores o la situación nacional de empleo como límites para la concesión de permiso de trabajo", REDMEX, núm. 5, 2004, especialmente, págs. 89-96.

## Trabajadores extranjeros y mercado de trabajo

procedimiento, los mecanismos de selección y fórmulas de presentación de solicitudes se regularán en el Acuerdo de contingente (art. 82 RELOE).

En segundo lugar, porque puede orientarse hacia determinados sectores de actividad u ocupaciones. En tal caso, ha de hacerse en el Acuerdo de contingente anual. Los visados pueden limitar la entrada y estancia a un ámbito territorial y sector productivo en los que se detecten “puestos de difícil cobertura”. En cada país con el que exista Acuerdo de regulación de flujos migratorios, el órgano de selección realizará la misma entre quienes acrediten cumplir los requisitos y cualificaciones para el sector de actividad.

Por último, porque habilita este tipo de visado únicamente para estancias de tres meses como máximo con la finalidad de buscar empleo. Si transcurrido dicho período el trabajador no encuentra trabajo ha de efectuar la salida del territorio español de forma obligatoria.

El procedimiento administrativo de solicitud del visado contempla las siguientes etapas:

**Solicitudes:** El empresario presentará un contrato de trabajo firmado por ambas partes junto con la solicitud de autorización en Oficina de Extranjeros, Delegación o Subdelegación de Gobierno (Área o Dependencia de Trabajo y Asuntos Sociales), así como los documentos a que se refiere el art. 51.2 RELOE.

**Resolución:** La autoridad competente resuelve en 10 días, comunicando al empleador la concesión, condicionada a posterior afiliación/alta del trabajador en el plazo de un mes desde la notificación. La Tarjeta de Identidad de Extranjero la debe solicitar el trabajador en el plazo de un mes desde entrada en vigor de dicha autorización (art. 83.6 y 7 RELOE).

## VI. EXTRANJEROS CON RESIDENCIA TEMPORAL Y TRABAJO EN EL MARCO DE PRESTACIONES TRANSNACIONALES DE SERVICIOS

Con origen en la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y sobre la base de lo que establece la Ley 45/1999, de 29 de noviembre (BOE del 30), la Sección Cuarta del Capítulo II del Título IV del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000 establece otro marco de ordenación jurídica, diferenciado y específico, para prestaciones transnacionales de servicios cuando se trate de Empresas no radicadas en el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo.

A tal fin, recogiendo las previsiones comunitarias<sup>13</sup> e internas, y con una orientación jurídica diferenciada, se definen en el Reglamento las paredes maestras de la ordenación de

(13) No sólo de producción normativa, sino también y especialmente, la originada por la jurisprudencia comunitaria sentada sobre estos extremos, cfr., entre todas, las SSTJCE de 27 de marzo de 1990, *Rush Portuguesa*, Asunto 113/1989 –que influyó notablemente en la redacción de la Directiva 96/71/CE–, así como la de 9 de agosto de 1994, *R. Vander Elst*, Asunto C-43/93. Vid., al respecto, M.E. CASAS BAAMONDE, *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo*, Civitas, Madrid, 2001, especialmente, págs. 30 y ss. J.P. LANDA y O. FOTINOPOULOS.

los desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de prestaciones transnacionales de servicios con “empresas establecidas en un Estado no perteneciente a la Unión Europea ni al Espacio Económico Europeo” (art. 63 RELOE).

El régimen de autorizaciones de residencia y trabajo resulta aplicable en los siguientes supuestos:

- a) Desplazamientos temporales por cuenta y bajo la dirección de la empresa extranjera, en ejecución de contrato celebrado entre ésta y el destinatario de la prestación de servicios que esté establecido o que ejerza su actividad en España, en el supuesto establecido en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 54/1999 (empresas no establecidas en un Estado miembro de la Unión o en el Espacio Económico Europeo).
- b) Desplazamientos temporales de trabajadores desde centros de trabajo de empresas establecidas fuera de España a centros de trabajo en España de esta misma empresa o de otra empresa del grupo de que forme parte.
- c) Desplazamientos temporales de trabajadores altamente cualificados para la supervisión o asesoramiento de obras o servicios que empresas radicadas en España vayan a realizar en el exterior.

Para la concesión de la autorización se valorarán los siguientes elementos:

**Primero:** la residencia estable y regular del trabajador extranjero en el país donde radica la empresa.

**Segundo:** el carácter habitual de la actividad profesional del extranjero en el país en que radica la empresa, así como una dedicación a dicha actividad como mínimo de un año y haber estado al servicio de la empresa, al menos, durante nueve meses.

**Tercero:** la garantía a los trabajadores desplazados por parte de la empresa de los requisitos y condiciones de trabajo aplicables, de acuerdo con lo establecido en la Ley 45/1999 (tiempo de trabajo, cuantía del salario, igualdad de trato, trabajo de menores, prevención de riesgos laborales, no discriminación de trabajadores temporales y a tiempo parcial, respeto a la intimidad y dignidad, libre sindicación, todo ello en los términos señalados en el art. 3 de la citada Ley).

Quedan excluidos de la necesidad de proveerse de este tipo de autorización los desplazamientos realizados con motivo de “actividades formativas” en los supuestos previstos en los apartados segundo y tercero anteriormente reseñados, así como el “personal navegante respecto de las empresas de la marina mercante” (art. 64.2 RELOE).

La autorización se expide con **limitaciones**, permitiendo realizar una sola actividad y en un ámbito territorial concreto; su **duración** se hace coincidir con el tiempo del despla-

## Trabajadores extranjeros y mercado de trabajo

zamiento del trabajador sin sobrepasar el límite de un año; no obstante, admite **prórroga** por el mismo período acreditando idénticas condiciones (art. 64.3).

El **procedimiento** de tramitación de la autorización de residencia y trabajo es el genérico, pero con algunas especialidades relativas a:

**Solicitud:** la presenta el empleador que pretende el desplazamiento del trabajador en Delegación/Subdelegación de Gobierno, o bien en misión diplomática u oficina consular correspondiente a su lugar de residencia (rige en tales supuestos el procedimiento para autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta propia), acompañada de la documentación a que se refiere el art. 65.b) RELOE.

**Resolución:** en principio, ha de ser favorable, excepto que se incumplan algunos de los requisitos exigidos o se incurra en alguna causa general de denegación de autorizaciones de residencia y trabajo tipificados en el art. 53 RELOE, a excepción de la Situación Nacional de Empleo, que no será objeto de consideración (art. 66 RELOE).

**Visado en el marco de prestaciones transnacionales de servicios:** este tipo de visado (que se tramita según las reglas establecidas para las autorizaciones de residencia y trabajo de duración determinada) tendrá la consideración de *autorización inicial de residencia y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios*, y su vigencia comienza desde la fecha en que se efectúe la entrada en España y así se haga constar en el visado, pasaporte o título de viaje (art. 67 RELOE):

**LOS EXTRANJEROS  
QUE DISPONGAN  
DE VISADO  
DE ESTUDIOS PODRÁN SER  
AUTORIZADOS A REALIZAR  
ACTIVIDADES LUCRATIVAS  
LABORALES EN  
INSTITUCIONES PÚBLICAS  
O ENTIDADES PRIVADAS**

## VII. TRABAJADORES TRANSFRONTERIZOS

La realización de trabajos fronterizos unifica en la ordenación jurídica de la inmigración el procedimiento de obtención de las autorizaciones para trabajar por cuenta propia y ajena (art. 84 RELOE).

Se define como trabajadores transfronterizos a aquellos que residan en la zona fronteriza de un Estado limítrofe al que regresan diariamente y desarrollan actividades lucrativas, laborales o profesionales en las zonas fronterizas del territorio español, quedando limitada la validez de las autorizaciones para trabajar a este ámbito territorial.

La duración de la autorización específica para trabajadores transfronterizos será en todos los casos de cinco años y será renovable a su expiración en tanto su titular continúe en activo. Debe solicitarla el extranjero interesado y le permitirá la entrada y salida del territorio nacional para la realización de la actividad referida tanto de forma autónoma como por cuenta ajena.

Estas autorizaciones se extinguen, como regla general, siguiendo las causas generales de extinción de autorizaciones para trabajar en España (art. 75 RELOE).

### VIII. TRABAJO DE ESTUDIANTES E INVESTIGADORES

Contempla el Reglamento la posibilidad de que los extranjeros que dispongan de **visado de estudios** podrán ser autorizados a realizar actividades lucrativas laborales, en instituciones públicas o entidades privadas. El empleador es el sujeto legitimado para solicitar la correspondiente autorización de trabajo (han de cumplirse los requisitos generales del art. 50, excepto aquellos a que se refieren los apartados a) y j), o sea, situación nacional de empleo y antecedentes penales (art. 90.1 RELOE).

En todo caso, las actividades serán *compatibles* con la realización de los estudios y los ingresos obtenidos no podrán constituir el recurso necesario para el “sustento o estancia” del autorizado (art. 90.1, segundo párrafo, RELOE).

Los contratos deben ser formalizados por escrito y se ajustarán a la modalidad de contrato de trabajo *a tiempo parcial*. Si la jornada pactada lo es *a tiempo completo*, la duración del contrato no podrá ser superior a tres meses ni coincidirá con períodos lectivos. Este tipo de autorizaciones carece de limitaciones geográficas, salvo que la actividad coincida con períodos lectivos (trabajo a tiempo parcial), en cuyo caso se limita al ámbito territorial de residencia de su titular (art. 90.2 y 3 RELOE).

Por lo que se refiere a su **duración**, ha de coincidir con la del contrato de trabajo, no superando la de duración del visado de estudios, ya que la extinción de su vigencia determina automáticamente la de la propia autorización para trabajar.

La autorización es susceptible de **renovación**, siempre que subsistan las circunstancias que motivaron su concesión y, añadidamente, se haya obtenido la renovación de la estancia por investigación o estudios (art. 90.4 RELOE).

Quedan exceptuados de la obligación de solicitar autorización para trabajar los titulados (con la correspondiente homologación) para efectuar en España estudios de especialización vinculados al ámbito sanitario cuando pretendan realizar actividades lucrativas laborales derivadas o exigidas por dichos estudios (art. 91 RELOE).

## IX. RÉGIMEN ESPECÍFICO DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS

La Sección Tercera del Capítulo II del Título VII del Reglamento contiene la nueva ordenación de la residencia temporal y el trabajo por cuenta propia de los extranjeros en España.

Las condiciones y circunstancias bajo las que pueden ser autorizados a prestar servicios y desarrollar sus actividades de carácter autónomo son las que derivan de acreditar los siguientes extremos:

a) Cumplir los requisitos que la legislación vigente exige a los trabajadores nacionales para la apertura y funcionamiento de la actividad empresarial proyectada.

b) Poseer la cualificación profesional exigible o experiencia acreditada suficiente en el ejercicio de la actividad profesional (aspecto este sometido a la discrecionalidad administrativa al quedar indeterminado cuál sería el grado de suficiencia exigible respecto a la experiencia profesional), así como la titulación necesaria para profesiones cuyo ejercicio exija la homologación y, en su caso, colegiación. Este último extremo generará, con seguridad, problemas aplicativos ya que los Colegios Profesionales difícilmente aceptarán la Colegiación si previamente no se ha obtenido autorización para trabajar en España (tema antiguo y siempre mal resuelto).

c) Colegiación para actividades independientes que la requieran [incurre el Reglamento en repetición respecto de este extremo, art. 58.d)].

d) Previsión de que el ejercicio de la actividad producirá desde el primer año recursos económicos suficientes para la manutención y alojamiento del interesado, una vez deducidos los necesarios para el mantenimiento de la actividad (se percibe aquí el ánimo del legislador por pretender asegurar a ultranza la autosuficiencia económica de los trabajadores autónomos que, como se ve, viene acompañado de un elevado grado de discrecionalidad para su debida apreciación).

e) Carecer de antecedentes penales en España y en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español.

f) No hallarse irregularmente en España (no se admite, por tanto, una eventual regularización encubierta a través de una solicitud de trabajo como autónomo). El procedimiento a seguir para la solicitud de residencia temporal y trabajo por cuenta propia está configurado como vía destinada a autorizar a extranjeros que en el momento de formalizar la solicitud **no residen en España:**

**Solicitud:** Habrá de presentarla el trabajador, personalmente, ante la oficina consular española correspondiente a su lugar de residencia (a salvo de lo dispuesto en la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 4/2000 para los supuestos en que el interesado no resida en la población en que tenga su sede la Misión Diplomática u Oficina Consular, o que el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación establezca otra misión u oficina

diferente, según señala el art. 59.1 RELOE). La solicitud debe ir acompañada de la documentación reflejada en el art. 59.2:

- a) Pasaporte o documento de viaje en vigor.
- b) Certificación relativa a antecedentes penales.
- c) Certificación sanitaria [no padecer enfermedades “susceptibles de cuarentena previstas en el Reglamento sanitario internacional”, art. 59.2.c) RD 2393/2004].
- d) Titulación o capacitación exigida para el ejercicio de la profesión, cuando proceda, debidamente homologada.
- e) Acreditación de inversión económica necesaria o compromiso suficiente de apoyo por parte de entidades financieras.
- f) Proyecto de establecimiento o actividad a realizar (inversión prevista, rentabilidad esperada y, en su caso, creación de puestos de trabajo).
- g) Autorizaciones o licencias que se exijan para la instalación, apertura o funcionamiento de la actividad o para el ejercicio profesional, incluyendo certificaciones de solicitud ante organismos competentes (de nuevo, la disfunción y cuestión no resuelta de la solicitud de licencias y permisos ante entidades locales y agencias tributarias por parte de solicitantes que no están aún autorizados a residir en España).

La falta de alguno de estos documentos es susceptible de *subsanción formal* posterior (en el plazo de diez días a requerimiento de la misión u oficina correspondiente, art. 59.3, párrafo segundo, RD 2393/2004).

**Tramitación:** La misión u oficina dará traslado de la solicitud a la autoridad competente (Subdelegado o Delegado de Gobierno) en cuya demarcación se pretenda residir para que ésta resuelva sobre la solicitud de residencia y trabajo.

**Resolución:** La autoridad debe resolver recabando de oficio el informe previo policial, el informe del Registro Central de Penados y Rebeldes, “así como de informes de otros organismos sobre los respectivos ámbitos de su competencia”, según establece el art. 59.5 RD 2393/2004, debiéndose referir a informes relativos al control y seguridad de la residencia en España del solicitante y descartándose que se trate de entidades locales o tributarias. La evacuación de informes ha de producirse en el plazo de diez días.

En caso de concesión (obsérvese que no hay plazo expreso para la resolución, por lo que ha de regir el plazo genérico de tres meses, Disposición Adicional Primera LOE) se dará traslado de la misma al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y a la misión u oficina, quedando **condicionada su vigencia** a la solicitud y expedición

de **visado**, así como de la efectiva **entrada** en territorio nacional. Igualmente, se comunicará al interesado a efectos de abono de tasas con carácter previo a la solicitud de visado. Los motivos de denegación son los señalados en el art. 61 RELOE.

Como puede apreciarse, se sigue la pauta general respecto de las autorizaciones de residencia y trabajo temporal por cuenta ajena: no hay procedimiento único, sino que se configuran dos procedimientos administrativos diferenciados y secuenciados en el tiempo para obtener la autorización de residencia y trabajo y, añadidamente, para conseguir la expedición de visado, lo que por una parte, dilata excesivamente el período de obtención de documentos para entrar en España y, por otra, obliga a una mayor actividad administrativa.

**Solicitud de visado:** Ha de presentarla el interesado en el plazo de un mes desde la fecha de notificación de la concesión de la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia acompañando copia de ésta.

**Resolución:** La misión u oficina resolverá y, en su caso, expedirá un **visado de residencia y trabajo**, en el plazo máximo de un mes. El visado ha de incorporar la autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta propia (son los nuevos efectos que despliega el visado tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 14/2003) iniciándose la vigencia de tal autorización desde la fecha en que se efectúe la entrada en España y tendrá una **duración de un año**, siguiendo en este punto la duración típica de las autorizaciones iniciales (art. 60.2 RELOE). El solicitante ha de recoger el visado en el plazo de un mes desde su notificación; en caso contrario, se estima que tal conducta equivale a **renuncia** al visado concedido (art. 59.10 RELOE).

**Entrada en España:** El extranjero debe entrar en territorio español durante el período de vigencia del visado y, en ningún caso, una vez transcurridos tres meses desde su concesión (al menos, eso es lo que parece deducirse de la confusa redacción del art. 59.11 RELOE); a partir del momento de la entrada podrá comenzar su actividad procediendo a la afiliación, alta y posterior cotización a la Seguridad Social. El incumplimiento de tales deberes puede dar lugar a la extinción de la autorización de residencia y trabajo en España (art. 59.12 del Reglamento). El trabajador dispone de un mes para solicitar la Tarjeta de Identidad de Extranjero.

**AL EXTRANJERO  
AUTÓNOMO SE LE EXIGE  
LA ACREDITACIÓN  
DE NUMEROSOS ASPECTOS  
DE MODO QUE SE  
GARANTICE SU SOLVENCIA  
ECONÓMICA EN  
EL PERÍODO AUTORIZADO  
PARA TRABAJAR  
EN ESPAÑA**

Éste es, en definitiva, el marco de contratación de trabajadores por cuenta ajena que de acuerdo con lo dispuesto en el nuevo Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000 resulta de aplicación en nuestro país. Como puede comprobarse, la opción política escogida para la “integración” de los inmigrantes significa o supone la “incorporación al mercado de trabajo”. Ello presenta como ventaja que los esfuerzos realizados se encaminan a la consecución de mayores niveles de empleo de inmigrantes, alejándolos, por consiguiente, de las condiciones de explotación propias de la economía sumergida, pero en otro orden de reflexión, la opción señalada inspira serios interrogantes sobre la relación tan estrecha que se establece entre el estatuto jurídico propio del inmigrante (en situación de “legalidad” o “regularidad”) y su vinculación con la empresa contratante.

En cuanto a los autónomos, se continúa en la línea tradicional de exigírseles la acreditación de numerosos aspectos relativos a su actividad profesional, de modo que se garantice su solvencia económica en el período autorizado para trabajar en España.

# Las competencias de las MATEPS como “entes colaboradores en la gestión de la prestación de IT por contingencias comunes”. Algunos puntos críticos

GEMMA FABREGAT MONFORT

Profesor de Derecho del Trabajo y  
de la Seguridad Social  
Universidad de Valencia

## Sumario:

**Introducción. 1. Situación jurídica de las MATEPS: origen y estado actual de la cuestión. Algunas notas sobre la evolución de sus competencias. 2. Las competencias de las MATEPS como entes colaboradores en la gestión de la prestación económica de IT por contingencias comunes: ¿puede afirmarse que únicamente colaboran en la gestión de la prestación económica de la IT por estas contingencias? A) La declaración, denegación, suspensión, anulación y extinción del derecho a la IT por parte de la MATEP. B) La posibilidad de realizar controles (reconocimientos complementarios, pruebas médicas, informes, etc.) y de proponer el alta médica. ¿Son verdaderamente las MATEPS meros entes colaboradores en la gestión económica de la IT por causas comunes? C) La posibilidad de realizar actuaciones sanitarias de urgencia por parte de la MATEP. 3. La finalidad o ratio de la regulación legal. Reflexiones personales.**

## INTRODUCCIÓN

Desde que la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 1990, reformulara el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfer-

medades Profesionales<sup>1</sup>, todos hemos sido testigos de cómo estas específicas asociaciones empresariales han ido adquiriendo cada vez más protagonismo como “entes colaboradores” en la Gestión de la Seguridad Social<sup>2</sup>. Tras la citada norma fueron la Ley 22/1993, de 29 de diciembre<sup>3</sup> y la Ley 42/1994, de 30 de diciembre<sup>4</sup>, las que continuaron incrementando las competencias de las MATEPS y, apenas un año más tarde, estas competencias se vieron reforzadas y concretadas con la entrada en vigor del RD 1993/1995, de 7 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento de Colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

(1) En ese sentido se ha afirmado que “la referida norma opera un primer proceso de ajuste gerencial del sistema mutualista, al introducir importantes modificaciones en el texto refundido de la LGSS de 1974, que van desde el cambio de denominación (Mutuas de Accidente de Trabajo y Enfermedades profesionales) –en adelante, MATEPS– o la liberalización del ámbito geográfico de actuación, hasta la supresión de la reserva de aseguramiento (entes públicos o concesionarios públicos que habían de formalizar el aseguramiento obligatoriamente en la Entidad Gestora), pasando por el régimen de incompatibilidades o prohibiciones en relación con los órganos directivos o la previsión de la adopción de medidas cautelares en determinados supuestos”. (ESCUADERO RODRÍGUEZ, R. y MERCADER UGUINA, J.R., “El Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo. Medidas Laborales y de Seguridad Social en el Real Decreto- Ley 12/1995, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera”, RL, 1-1996, pág. 1038.)

(2) Como ejemplo de la relevancia de tales asociaciones baste señalar que el 90% de los trabajadores por cuenta ajena están protegidos por una MATEP (RODRIGO CENCILLO, F., *El nuevo papel de las Mutuas, CCOO, Gemanía, Valencia, 1998*, pág. 7); Por lo demás, entre otros, pueden verse los siguientes estudios que desde la doctrina se han destinado a este tema: SEMPERE NAVARRO, V. A., *Régimen jurídico de las Mutuas Patronales*, Civitas, Madrid, 1986 y “Problemas actuales de las Mutuas de Accidentes de trabajo y Enfermedades Profesionales”, RL núm. 6/1992, págs. 12 y ss.; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y MERCADER UGUINA, J.R., “El Reglamento sobre colaboración de las Mutuas...”, cit., págs. 1038 y ss.; CRUZ VILLALÓN, J., “El nuevo régimen de gestión por las Mutuas de la Seguridad Social de la prestación económica por incapacidad temporal”, RL, 1996/1, págs. 349 y ss.; PIÑERO DE LA FUENTE, A.J., “Una nueva reordenación de la gestión de la Seguridad Social. Las Mutuas de Accidentes de trabajo y Enfermedades Profesionales y la Incapacidad Temporal”, RL, núm. 14/1997, págs. 1045 y ss.; GARCÍA NINET, J.I., “Sobre el reforzado papel de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social y sobre los nuevos esfuerzos para el control de la Incapacidad Temporal. Algunas consideraciones de Urgencia”, TS núm. 77/1997, págs. 5 y ss.; VIROLES PIÑOL, R. M., “Colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo en la Gestión de la Incapacidad Temporal”, AL, núm. 44/1997; PANIZO ROBLES, J.A., “El control de la incapacidad temporal. A propósito del Real Decreto 575/1997, de 18 de abril”, RMTASS, núm. 77/1997, págs. 81 y ss.; RUIZ-LARREA ARANDA, P., “Las funciones atribuidas a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en materia de gestión y control de la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes”, RMTASS, núm. 77/1997, págs. 111 y ss.; BLASCO LAHOZ, J.F., *Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (doctrina, jurisprudencia, formularios y legislación)*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998; SEMPERE NAVARRO, A.V., “La incesante metamorfosis de las mutuas patronales: ideas para el estudio”, TS, núm. 100/1999, págs. 5 y ss.; TORTUERO PLAZA, J.L., “Las Mutuas y la Incapacidad Temporal”, TS, núm. 100/1999, págs. 22 y ss.; MARTÍNEZ-MACHUCA GIJÓN, M. A., “La gestión de la Incapacidad Temporal por las Mutuas”, RL, 2001/1, págs. 347 y ss.; VALENZUELA DE QUINTA, E., “Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales: nacimiento, evolución y perspectivas de futuro”, en AAVV, (dir. y coord.: GONZALO GONZÁLES, B. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M.), *Cien años de Seguridad Social –a propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900–*, UNED- FRATERNIDAD MUPRESA, Madrid, 2000, págs. 539 y ss.; SEMPERE NAVARRO, V.A., “Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales: organización, composición y funciones. La colaboración gestora de las empresas individuales”, en AAVV (dir. y coord.: GONZALO GONZÁLES, B. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M.), *Cien años de Seguridad Social...*, cit., págs. 563 y ss.; MARTÍNEZ BARROSO, M.R., *Relaciones entre Empleo y Seguridad Social*, Netbiblo, Madrid, 2002, págs. 81 y ss.

(3) Y ello sin perjuicio de que el contenido de esta última norma reglamentaria haya sido modificado con posterioridad. En concreto, fue la Disposición Adicional Undécima de esta Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Reforma del Régimen Jurídico de la Función Pública y de la Protección por Desempleo, la que atribuyó la posibilidad de formalizar la cobertura de la prestación económica de IT por una MATEP en lo que afecta a los trabajadores por cuenta propia.

(4) El art. 35 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social modificó el contenido de la Disposición Adicional Undécima de la Ley General de Seguridad Social, ampliando el ámbito subjetivo del derecho a la elección de la Entidad prestataria de la gestión de la cobertura, para incorporar a los empresarios respecto de los trabajadores a su servicio.

La regulación que se contiene en la norma reglamentaria<sup>5</sup> constituye un claro exponente de la política reformista seguida en estos últimos años, en el sentido de reforzar el papel de las MATEPS dentro de la colaboración en la gestión del sistema de Seguridad Social<sup>6</sup>, tanto en lo que afecta a la gestión de las contingencias profesionales como en lo que en ese momento resulta la gran novedad, la consideración de las MATEPS como entes colaboradores en la gestión de la IT por contingencias comunes.

La confusión y disfuncionalidad que el incremento de facultades a las MATEPS generó en el Sistema de Seguridad Social Español, persiste a día de hoy, y buen ejemplo de ello resultan ser las cuantiosas disposiciones que reiterada y sucesivamente se adoptan al respecto de esta materia. Piénsese que cualquier incremento de las competencias de las MATEPS, debe hacerse sin obviar las notas de suficiencia y naturaleza pública que deben caracterizar a nuestro sistema de Seguridad Social por mandato constitucional<sup>7</sup>, y que no pueden quedar en entredicho porque legalmente se imponga la coexistencia de los Entes Gestores Públicos con “otros entes” que en su origen más mediato surgen como una asociación privada de empresarios<sup>8</sup>. La complejidad de esa conciliación se hace más patente cuando las competencias añadidas a la MATEP y sustraídas del sistema público son muy distintas –y responden también a un fundamento y régimen jurídico diferente– de las gestiones consensuadas en 1978, esto es, de la gestión especializada del riesgo profesional<sup>9</sup>. Dicho en otras palabras: si, partiendo de un prisma más protector que fiscalizador, resulta difícil comprender el que sea una asociación no pública la que gestione

**CUALQUIER INCREMENTO EN LAS COMPETENCIAS DE LAS MATEPS DEBE HACERSE, POR MANDATO CONSTITUCIONAL, SIN OBIVAR LAS NOTAS CARACTERÍSTICAS DE NUESTRO SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL**

(5) De hecho, y en los términos que más adelante se expondrán, han sido el RD 250/1997, de 21 de febrero, el RD 575/1997 y RD 576/1997, de 18 de abril, así como el RD 1117/1998, de 5 de junio, los que sucesivamente han ido introduciendo modificaciones al régimen jurídico de las MATEPS contemplado en el citado RD 1993/1995.

(6) Por todos, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y MERCADER UGUINA, J. R., “El Reglamento sobre colaboración de las Mutuas...”, cit., pág. 1038.

(7) Art. 41 CE.

(8) Y que lo siguen siendo en realidad pese a las modificaciones a las que se ha sometido su régimen interno (control por parte del MTAS, ausencia de ánimo de lucro, etc.) Es decir, las MATEPS no son entes de naturaleza jurídico-pública a pesar de gozar de ciertas prerrogativas, especialmente en lo que afecta a exención tributaria, como si de un ente público se tratara. Un estudio al respecto puede verse en BLASCO LAHOZ, J.F., *Las Mutuas de Accidentes de Trabajo...*, cit., págs. 144 y 145; Véase, al respecto de la exención en el impuesto de sociedades, SSTs (Contencioso-Administrativo) de 18 de abril de 2003, RJ 2003/5478, y de 3 de diciembre de 2003, RJ 2004/35.

(9) En ese sentido, se ha afirmado que las reformas no han pretendido completar y actualizar la ordenación de la IT, que adolece (como es costumbre en esta materia) del vicio de lo inacabado. Su única finalidad ha sido actuar sobre los mecanismos de control para reducir el gasto y el nivel de fraude (TORTUERO PLAZA, J.L., “Las Mutuas y la...”, cit., pág. 22).

las prestaciones que puedan derivar de un accidente de trabajo o enfermedad profesional; mucho más complejo resulta, desde luego, intentar compatibilizar el carácter público del sistema de Seguridad Social con la atribución de ciertas facultades a esas mismas asociaciones de empleadores en lo que a gestión de contingencias comunes se refiere<sup>10</sup>. Sobre todo desde que, de un lado, la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en su art. 78 estableciese nuevas normas dirigidas a completar las contenidas en la Disposición Adicional Undécima de la Ley General de Seguridad Social, volviendo a incidir sobre los mecanismos para que el personal facultativo adscrito al Sistema Nacional de Salud y de las Mutuas pudieran acceder a los diagnósticos que motivaron la declaración de IT y a la posibilidad de formular “propuestas de alta médica”; y, de otro, y dando un paso más allá, el RD Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios condicionara a un posterior desarrollo reglamentario –todavía pendiente a día de hoy– su total equiparación a los Entes Gestores de la Seguridad Social en lo que afecta a la posibilidad de dar altas condicionales por contingencias comunes<sup>11</sup>.

Por todo ello, el estudio que aquí se realiza se acota a las competencias que en materia de Seguridad Social tienen atribuidas a día de hoy las MATEPS en contingencias comunes y no profesionales. Mejor dicho, se centra en el análisis de las cuestiones más problemáticas que surgen tras atribuir a las MATEPS potestades como entes colaboradores en la gestión de la prestación económica de la Incapacidad Temporal<sup>12</sup> por contingencias comunes en los trabajadores por cuenta ajena.

Con ese objetivo, y teniendo en cuenta, en primer lugar, la importancia que al respecto tiene no obviar el motivo que determinó el nacimiento de las MATEPS y cuál es su régimen jurídico en la actualidad, sobre todo en el sentido de concretar si en su conformación interna son o no asociaciones privadas, y hasta qué punto actúan como tales pese al control público al que se encuentran sometidas<sup>13</sup>; y, en segundo lugar, que en lo que a esta materia respecta, el elenco normativo no se caracteriza precisamente por su buena sistemática,

(10) En cualquier caso, parte de la doctrina ha entendido que la asignación de estas nuevas competencias tiene que ver con “los nuevos aires que recorren al entero el sistema de Seguridad Social (que) ponen en cuestión la existencia y pervivencia del mutualismo laboral relegado a las funciones clásicas e imponen una cierta reconversión de esta institución que puede iniciarse a través de una dilatación temática de las funciones que históricamente habían venido desempeñando” (ESCUDEIRO RODRÍGUEZ, R. y MERCADER UGUINA, J.R., “El Reglamento sobre colaboración de las Mutuas...”, cit., pág. 1039).

(11) Evidentemente no se trata aquí de cuestionar la viabilidad constitucional del sistema, sino de analizar las controversias que surgen al intentar encajar estas asociaciones de empresarios dentro de los entes colaboradores de la Seguridad Social. Entre otras cosas, porque el debate sobre la posible inconstitucionalidad de este sistema ha sido ya abordado por el TC, que ha concluido entendiendo que las competencias que se les atribuyen a las MATEPS son una “función pública delegada” y, por ende, no devienen inconstitucionales por cuanto que el art. 41 CE permite que el legislador pueda llevar a cabo tal delegación legal teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes. (Por todas, SSTC 2082/1990, de 31 de mayo de 1993; 1839/1990, de 12 de julio de 1993; 634/1992, de 22 de mayo de 1995.)

(12) En adelante, IT.

(13) En ese sentido, se ha afirmado que las “Mutuas son las grandes desconocidas en el sistema de protección social de este país” (RODRIGO CENCILLO, F., *El nuevo papel...*, cit., pág. 8).

## Competencias de las Mutuas colaboradoras en la gestión de IT

sino más bien por un elevado número de Leyes, Reales Decretos y órdenes Ministeriales que de forma progresiva se suceden en el tiempo<sup>14</sup>, creo que una adecuada comprensión de la cuestión impone esquematizar este estudio diferenciando tres apartados<sup>15</sup>:

- 1º) La evolución de las competencias de las MATEPS y su régimen jurídico actual.
- 2º) Las competencias actuales de las MATEPS en la gestión de las contingencias comunes, con el fin de determinar si puede afirmarse que únicamente colaboran en la gestión de la prestación económica de la IT por estas contingencias.
- 3º) La finalidad o *ratio* de la regulación legal.

### 1. SITUACIÓN JURÍDICA DE LAS MATEPS: ORIGEN Y ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA EVOLUCIÓN DE SUS COMPETENCIAS

Contrariamente a lo que en un principio pueda creerse, lo cierto es que hallar el antecedente de las actuales MATEPS obliga a remontarse a más de un siglo atrás. De hecho, fue la Ley de 1900, de Accidentes de Trabajo, la que por vez primera hizo referencia a unas asociaciones de empresarios que, bajo la denominación de Mutuas Patronales, vienen a constituir el claro precedente de lo que hoy conocemos como MATEPS<sup>16</sup>.

Evidentemente, los motivos que determinaron su nacimiento poco tienen que ver con las competencias que hoy tienen asignadas las MATEPS. No existiendo un sistema público de Seguridad Social por aquel entonces, la citada Ley de 1900, dio la posibilidad a los empresarios de asociarse en Mutuas Patronales y hacer así frente, de forma conjunta, a las responsabilidades que pudieran derivarse de cualquier accidente de trabajo o enfermedad profesional de los trabajadores<sup>17</sup>.

(14) Tanto es así que desde la doctrina se le propone al legislador la elaboración de un nuevo Reglamento regulador de la prestación de IT, donde quedarán recogidas las funciones de cada una de las entidades participantes en esta gestión, entre ellas las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales; o bien, también se propone como esfuerzo racionalizador de interés el de reunir en un único reglamento de gestión todas las entidades gestoras del Sistema de Seguridad Social así como las colaboradoras, señalándose en el caso de las Mutuas su papel en la prestación de IT sin entrar en los pormenores de dicha gestión, tarea que correspondería al reglamento propio de la prestación (MARTÍNEZ-MACHUCA GIJÓN, M. A., "La gestión de la Incapacidad Temporal...", cit., pág. 351); También SEMPERE NAVARRO ha realizado diversas críticas al modo en que se ha legislado todo lo que afecta a las MATEPS ("Problemas actuales de las Mutuas de Accidentes de trabajo y...", cit., pág. 11/1992). Véase, asimismo, las propuestas que en este sentido realiza VALENZUELA DE QUINTA, E., "Las Mutuas de Accidentes de Trabajo...", cit., pág. 557.

(15) De hecho, ya SEMPERE NAVARRO puso de relieve que "es un hecho que la singularidad de las MATEPS se comprende a través de la evolución histórica de la seguridad Social, tanto en general cuanto por referencia a la protección de las contingencias profesionales, que no muestra sino una creciente publicación, que las MATEPS son de empresarios y no de los verdaderos beneficiarios de la acción protectora, que la pluralidad de entes menoscaba la unidad de gestión, que la planificación económica se dificulta y, en suma, que a los entes públicos les escapa la gestión de una parcela del sistema público de Seguridad Social" ("Problemas actuales de las Mutuas de Accidentes de trabajo y...", cit., pág. 12).

(16) Así expresamente lo ha afirmado la STS de 30 de junio de 1996, Ar. 6363.

(17) Téngase en cuenta que esta Ley instauro el sistema de responsabilidad empresarial directa por los accidentes de trabajo, es decir, por las lesiones corporales que el operario sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena, excluyéndose la responsabilidad cuando la lesión sea debida a fuerza extraña al trabajo. Un amplio estudio al respecto de esta Ley y los reglamentos que le siguieron en el tiempo en BLASCO LAHOZ, J.F., *Las Mutuas de Accidentes de Trabajo...*, cit., págs. 19 y ss.

No resulta difícil apreciar un espíritu mercantilista en la gestación de tales asociaciones. Es claro que desde una perspectiva económica a cualquier empresario le resultaba mucho más rentable unirse con otros empleadores y hacer frente de forma común a las contingencias profesionales de todos sus trabajadores, que hacerlo de forma individual. De ahí que, desde el punto de vista de gestión de la protección, esta Ley permitiera que el Estado estableciera una responsabilidad patronal, pero sin intervenir en la gestión, puesto que se estaba en una fase de signo claramente privatista<sup>18</sup>.

En el contexto expuesto, pues, nacen las primeras Mutuas, en aquel momento denominadas, “Patronales”. Mutuas que, a lo largo de los años sucesivos, van asentándose e incrementándose cuantitativamente de forma más que considerable, aunque siempre fieles a su configuración como entidades de carácter privado cuyo objetivo primordial es asegurar la responsabilidad empresarial frente a un accidente de trabajo o una enfermedad profesional<sup>19</sup>.

En los años 1963 a 1967, al instaurarse el sistema de Seguridad Social, se cuestiona, por vez primera, la pervivencia de estas Mutuas Patronales. No obstante, y a pesar de que los principios que habían de inspirar el actual sistema de Seguridad Social chocaban inevitablemente con la participación en la gestión de las entidades privadas<sup>20</sup>, finalmente se aboga a favor de su mantenimiento. Ahora bien, se les somete a diferentes modificaciones en su régimen jurídico. Así, la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963, elimina del cuadro de organismos gestores a las entidades que persiguieran fines lucrativos; y la Ley de Seguridad Social de 1966, por su parte, yendo más allá, abandona la configuración de las Mutuas como gestoras de la Seguridad Social para pasar a encuadrarlas como entidades colaboradoras. Y aunque no se llega a alterar la naturaleza de las Mutuas, sí se aprecia la pérdida de perfiles jurídico-privados a la vez que desaparece el doble control administrativo realizado por los Ministerios de Hacienda y Trabajo, para pasar a ser este último en exclusiva el que tiene atribuido el control (dirección, vigilancia y tutela) sobre la actividad de las MATEPS<sup>21</sup>.

Con la aprobación de la Constitución Española de 1978 y la declaración expresa de que los poderes públicos deben garantizar un sistema de Seguridad Social de forma suficiente (art. 41 CE), se reproduce un cuestionamiento similar al expuesto, en el sentido de si las MATEPS deben o no desaparecer del sistema de la Seguridad Social, que no obstante se resuelve con su mantenimiento. En consecuencia, el RD-Ley 36/1978, de 16 de noviem-

(18) BLASCO LAHOZ, J.F., *Las Mutuas de Accidentes de Trabajo...*, cit., pág. 19.

(19) Aún así, se ha afirmado que ya desde el principio cabe apreciar tres características de las MATEPS que se van a mantener en el tiempo: incorporación voluntaria de los empresarios; naturaleza privada de la entidad; y necesidad de autorización expresa para intervenir en la cobertura de las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional (SEMPERE NAVARRO, V.A., *Régimen jurídico*, cit., pág. 55).

(20) BLASCO LAHOZ, J.F., *Las Mutuas de Accidentes de Trabajo...*, cit., pág. 26.

(21) Para un amplio estudio al respecto véase, por todos, BLASCO LAHOZ, J.F., *Las Mutuas de Accidentes de Trabajo...*, cit., págs. 26 y ss.

bre, sobre Gestión Institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo únicamente se limita a continuar reconociendo la posibilidad de que las MATEPS sigan colaborando en la gestión de las contingencias profesionales<sup>22</sup>.

En tal contexto, Sistema Público de la Seguridad Social y Mutuas Patronales, convivieron durante años de forma relativamente pacífica, hasta que con la adopción de la Ley 29/1990 se marcara un punto de inflexión en esta materia<sup>23</sup>, al introducir las pautas o premisas de la política legislativa actual, en el sentido de acrecentar la vertiente pública de estas peculiares asociaciones<sup>24</sup>.

El art. 68 de la LGSS<sup>25</sup> es el precepto legal que contiene en la actualidad la definición de las MATEPS (aptdo. 1) y la enumeración genérica de sus competencias (aptdo. 2). A tales efectos el precepto reza como sigue: “se consideran Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, las asociaciones debidamente autorizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales que con tal denominación se constituyan, sin ánimo de lucro y con sujeción a las normas reglamentarias que se establezcan, por empresarios que asumen al efecto una responsabilidad mancomunada y con el principal objeto de colaborar en la gestión de la Seguridad Social, sin perjuicio de la realización de otras prestaciones, servicios y actividades que le sean legalmente atribuidas”. Acto seguido, y ya en su apartado dos, la concreción de las actividades que supondrán esta colaboración en la gestión de la Seguridad Social se realiza en los siguientes términos: “la colaboración en la gestión de la Seguridad Social comprenderá las siguientes actividades: 1. La colaboración en la gestión de contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; 2. La realización de actividades de prevención, re-

**LAS MATEPS SON EN SU CONFORMACIÓN INTERNA ASOCIACIONES DE EMPRESARIOS SIN ÁNIMO DE LUCRO, SIN MÁS PATRIMONIO QUE EL RESULTANTE DE SUS BIENES HISTÓRICOS Y ABIERTAS A CUALQUIER EMPRESARIO**

(22) Un mayor estudio en ese sentido puede verse en BLASCO LAHOZ, J.F., *Las Mutuas de Accidentes de Trabajo...*, cit., págs. 44 y ss.

(23) En cualquier caso, véase BLASCO LAHOZ (*Las Mutuas de Accidentes de Trabajo...*, cit., págs. 45-47) para un estudio de la normativa de esa época, especialmente de la Orden de 3 de abril de 1984, sobre colaboración de las Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo en la gestión de la Seguridad Social; de la Orden de 2 de octubre de 1985, por la que se fija la cuantía de los gastos de administración y de la fianza exigible a las Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo, así como de la Orden de 15 de marzo de 1990, sobre medidas referentes a gastos de administración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales en los supuestos de fusiones y absorciones.

(24) ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y MERCADER UGUINA, J.R., “El Reglamento sobre colaboración de las Mutuas...”, cit., pág. 1038.

(25) Según redacción dada por la Disposición Adicional Quincuagésima Cuarta de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y su correspondiente corrección de errores de fecha de 2 de julio de 1998.

cuperación y demás previstas en la presente Ley. Las actividades que las Mutuas puedan desarrollar como Servicio de Prevención ajeno, se regirán por lo dispuesto en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en sus normas reglamentarias de desarrollo; 3. La colaboración en la gestión de la prestación económica de la IT derivada de contingencias comunes; 4. Las demás actividades, prestaciones y servicios de Seguridad Social que les sean atribuidas legalmente”.

Podrían ser muchas las cuestiones a destacar de tal precepto legal, entre ellas, la insistencia de su denominación como MATEPS<sup>26</sup>, pero lo que realmente me interesa subrayar dada la consideración de las MATEPS como entes colaboradores en contingencias comunes, es su compleja personalidad jurídica. Dejando al margen los órganos de gestión y colaboración de estas asociaciones, que por lo que se refiere a los primeros son los propios de cualquier sociedad mercantil<sup>27</sup> y por lo que a los segundos respecta tienen por finalidad garantizar en las mismas una cierta presencia sindical<sup>28</sup>, hay una cuestión que no puede ignorarse en un estudio como éste: el análisis de quienes componen las MATEPS. En ese sentido, y a pesar que el TC ha señalado de forma reiterada que las potestades que hoy tienen atribuidas las MATEPS no resultan inconstitucionales, por cuanto que deben entenderse como

(26) Por lo que se refiere a la primera cuestión apuntada, esto es, a la desafortunada denominación de las Mutuas como “de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, debe señalarse que tal denuncia viene haciéndose por parte de la doctrina desde hace ya un tiempo. (Autores como CRUZ VILLALÓN o SEMPERE NAVARRO hace ya algunos años que abogan por un cambio de denominación. Así, el primero de ellos propone la denominación de “Mutuas de la Seguridad Social” –“El nuevo régimen de gestión por las Mutuas...”, cit., pág. 349–; mientras que el segundo cree que una buena denominación podría ser la de “Mutuas de Prevención y Protección de la Seguridad Social” –“La incesante metamorfosis...”, cit., pág. 10–.)

Los motivos son claros. Parece poco exacto que unas asociaciones a las que no deja de asignárseles cada vez mayores competencias en la gestión de las contingencias comunes de la Seguridad Social sigan denominándose con el calificativo de “Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales”. Es más, para que la inscripción en el registro de estas asociaciones sea conforme a derecho, imperativamente se exige que junto al nombre que le hayan querido dar los empresarios constituyentes figure expresamente esta referencia de “Mutuas de Accidentes del Trabajo y la Seguridad Social” (art. 11.1 del RD 1993/1995, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales).

Con y tras la atribución de importantes competencias en materia preventiva y como “colaboradores” en la gestión de las contingencias comunes, la referencia a los “Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales” en la denominación de estas asociaciones no resulta afortunada. Y si bien, desde el punto de vista de la gestión de las contingencias comunes, esta denominación podría encontrar cierta justificación por cuanto que para que un empresario pueda tener cubiertas tales contingencias por la MATEP, ha de tener cubiertas en esa misma MATEP las contingencias profesionales; desde el punto de vista de la prevención tal interconexión no se da. De ahí que, desde esta última perspectiva, tal nomenclatura tenga todavía menos sentido. Coincido, en ese sentido, con la reflexión que realiza SEMPERE NAVARRO de forma previa a la propuesta de un cambio de denominación y que viene a decir que “Las Mutuas, verdaderas entidades ‘todo terreno’, que han transitado por el sistema de aseguramiento voluntario, de los Seguros Sociales, en general dispensando una protección eficaz, se encuentran sumidas en un auténtico proceso de cambio, hasta el extremo de que obliga a replantear algunos axiomas habitualmente asumidos de manera acrítica” (“La incesante metamorfosis...”, cit., pág. 9).

(27) Un estudio al respecto de estos órganos de gestión y colaboración puede verse entre otros en BLASCO LAHOZ, J.F., *Las Mutuas de Accidentes de Trabajo...*, cit., págs. 197-217; RODRIGO CENCILLÓ, F., *El nuevo papel...*, cit., págs. 15-19; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y MERCADER UGUINA, J.R., “El Reglamento sobre colaboración de las Mutuas...”, cit., págs. 1042 y ss.; SEMPERE NAVARRO, A.V., *Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales: organización, composición...*, cit., págs. 563 y ss.

(28) En concreto los sindicatos estarán presentes en la Comisión de Control y Seguimiento (art. 39.5.1 de la Ley 42/1994, art. 37.1 RD 1993/1995 y Orden de 2 de agosto de 1995) y en la Comisión de Prestaciones Especiales (art. 67 RD 1993/1995).

## Competencias de las Mutuas colaboradoras en la gestión de IT

actividades de “función pública delegada”<sup>29</sup>, cualquier estudio de las competencias de las MATEPS no puede perder de vista que éstas son en su conformación interna asociaciones de empresarios<sup>30</sup>. Sin ánimo de lucro, según ley<sup>31</sup>, sin más patrimonio propio que el resultante de sus bienes históricos<sup>32</sup> y abiertas a cualquier empresario<sup>33</sup>. Pero asociaciones de empleadores, al fin y al cabo<sup>34</sup>.

Insisto en ello porque me parece fundamental, especialmente, desde que el legislador con el objetivo final de acabar con el fraude que presumidamente se da en la IT<sup>35</sup> haya ido

(29) Como he mencionado, el TC ha entendido, a estos efectos, que el art. 41 CE contiene un sistema público de configuración legal, a cuyo efecto el legislador está autorizado para tener en consideración el contexto general y las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales (ver, por todas, SSTC 2082/1990, de 31 de mayo de 1993; 1839/1990, de 12 de julio de 1993; 634/1992, de 22 de mayo de 1995); Un mayor estudio al respecto en RUIZ-LARREA ARANDA, P., “Las funciones atribuidas a las Mutuas...”, cit., pág. 118.

(30) Es llamativo, en ese sentido, por peligroso, que algunos autores reclamen mayor grado de autonomía para los órganos de decisión de las MATEPS, a pesar de que entienden que ello se realizaría “sin renunciar a interiorizar una fuerte sensibilidad hacia las posturas e intereses de los grupos y agentes sociales, y con plena cooperación con la Administración dentro del Sistema Público de Seguridad Social” (VALENZUELA DE QUINTA, E., “Las Mutuas de Accidentes de Trabajo...”, cit., pág. 561).

(31) La ausencia de ánimo de lucro por parte de las MATEPS se exige en el propio art. 68.1 LGSS y se concreta en el art. 5 del citado RD 1993/1995. En definitiva, lo que ello viene a significar es que de su actuación no pueden derivarse beneficios económicos para las empresas o empresarios asociados, ni servir de fundamento a operaciones de lucro mercantil. Véase, en ese sentido, y entre otras SSTs de 24 de junio de 1988, Ar. 4725; de 30 de julio de 1996, Ar. 6363; de 9 de diciembre de 1996, Ar. 8932, SAP Madrid (Civil) de 7 de julio de 2004, AC 2004/1142.

Para un mayor estudio, véase, BLASCO LAHOZ, J.F., *Las Mutuas de Accidentes de Trabajo...*, cit., págs. 139-144.

(32) El patrimonio histórico de las Mutuas está constituido por los bienes incorporados al patrimonio de dichas entidades con anterioridad al 1 de enero de 1967 o durante esa fecha y el 31 de diciembre de 1975, siempre que en este último caso se tratase de bienes que provengan del 20% del exceso de excedentes así como los que procedieran de recursos distintos de los que tengan su origen en las cuotas de la Seguridad Social. Por lo que se refiere a estas últimas, los excedentes económicos tienen que ser ingresados en el Banco de España y son patrimonio del estado, excepto un porcentaje del 10% que va destinado a prestaciones sociales a favor de los trabajadores asociados. Ver, para un amplio estudio, BLASCO LAHOZ, J.F., *Las Mutuas de Accidentes de Trabajo...*, cit., págs. 119-139.

(33) Las MATEPS deben aceptar forzosamente toda solicitud de asociación adecuada que se formule respecto a su personal por empresarios comprendidos en su ámbito de actuación (arts. 70 LGSS y 10 y 69.1 RD 1993/1995, de 7 de diciembre). Al respecto, BLASCO LAHOZ, J.F., *Las Mutuas de Accidentes de Trabajo...*, cit., págs. 89-96; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y MERCADER UGUINA, J.R., “El Reglamento sobre colaboración de las Mutuas...”, cit., págs. 1046 y ss.

(34) En ese sentido se ha afirmado que “en el caso de las Mutuas, la calificación de sus funciones como de naturaleza pública y administrativa, ejercidas por delegación del Departamento titular, deriva de la propia naturaleza de la Seguridad Social en cuya gestión colaboran. Pero esta calificación no desvirtúa la condición privada de las Entidades, sino que explica y fundamenta el contenido y alcance de las facultades que ostentan en la gestión de la Seguridad Social, y de las que concretamente les atribuyen el RD 575/1997 y RD 576/1997, ambos de 18 de abril” (RUIZ-LARREA ARANDA, P., “Las funciones atribuidas a las Mutuas...”, cit., pág. 118); En el mismo sentido SEMPERE NAVARRO, A.V., “Problemas actuales de las Mutuas de Accidentes de trabajo y...”, cit., pág. 11.

(35) Véase al respecto las consideraciones críticas realizadas por TORTUERO PLAZA, J.L. en “Las Mutuas y la...”, cit., págs. 22 y ss.

En el mismo sentido CRUZ VILLALÓN ha afirmado que “no es desdeñable señalar que el móvil último de la transferencia de esta competencia a las MATEPS no sea otro que el de convertir a las propias Mutuas en instituciones de vigilancia de los posibles abusos en las situaciones de IT, a la vista del fracaso de la gestión mostrada por el INSS” (“El nuevo régimen de gestión por las Mutuas...”, cit., pág. 364).

paulatinamente ampliando sus prerrogativas<sup>36</sup> hasta dotarlas, tal y como ocurre a día de hoy, de la condición de “entes colaboradores en la gestión de la prestación económica por IT”<sup>37</sup>. A ello va destinado el epígrafe siguiente.

## **2. LAS COMPETENCIAS DE LAS MATEPS COMO ENTES COLABORADORES EN LA GESTIÓN DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA DE IT POR CONTINGENCIAS COMUNES: ¿PUEDE AFIRMARSE QUE ÚNICAMENTE COLABORAN EN LA GESTIÓN DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA DE LA IT POR ESTAS CONTINGENCIAS?**

Las MATEPS gozan ex art. 68 de la LGSS y arts. 80 y siguientes del RD 1993/1995<sup>38</sup> de ciertas potestades de gestión en lo referido a la prestación económica de la IT por contingencias comunes, esto es, la generada por una enfermedad o un accidente no laboral.

(36) Aunque ya se ha hecho referencia a las distintas normativas que regulan el régimen jurídico de las MATEPS no está de más hacer una referencia a todo su cuadro normativo. Así, téngase en cuenta que la posibilidad de que las Mutuas colaborasen en la gestión de la prestación económica de IT por contingencias comunes en los trabajadores por cuenta ajena, se contempló por primera vez en la Disposición Adicional Undécima de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Reforma del Régimen Jurídico de la Función Pública y de la Protección por Desempleo, que atribuyó a los trabajadores por cuenta propia la posibilidad de formalizar la cobertura de esta prestación económica por una Mutua.

Con posterioridad, el art. 35 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, modificó el contenido de la Disposición Adicional Undécima de la Ley General de la Seguridad Social, ampliando el ámbito subjetivo del derecho a la elección de la Entidad prestataria de la gestión de la cobertura, para incorporar a los empresarios respecto de los trabajadores a su servicio.

Mediante el RD 1993/1995, de 7 de diciembre, por su parte, se aprobó el Reglamento de Colaboración de las Mutuas. Tras diferentes modificaciones introducidas en su contenido mediante el RD 250/1997, de 21 de febrero; por los RD 575/1997 y 576/1997, de 18 de abril, y por el RD 1117/1998, de 5 de junio, en lo aquí interesa es de destacar que este reglamento regula hoy en su art. 69 la Gestión de la prestación económica de IT por contingencias comunes y en su art. 80 (en el Capítulo IV, introducido por el citado RD 576/1997, de 18 de abril) regula el contenido de la gestión y control de las prestaciones de IT.

Por otro lado, la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, en su art. 78 estableció nuevas normas dirigidas a completar las contenidas en la Disposición Adicional Undécima de la Ley General de la Seguridad Social volviendo a incidir sobre los mecanismos para que el personal facultativo adscrito al Sistema Nacional de Salud y de las Mutuas pudiera acceder a los diagnósticos que motivaron la declaración de la IT y a la posibilidad de formular propuestas de alta médica.

Previsión esta que, junto a la ya mencionada Disposición Adicional Undécima de la Ley General de Seguridad Social, sirvieron de base legal a la reforma operada por el también mencionado RD 576/1997.

Por lo demás, es de destacar que con el objeto de ajustar estos nuevos cometidos a la definición de las MATEPS contenida en el art. 68 LGSS, la Disposición Adicional Quincuagésima de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, como ya se ha dicho, volvió a incidir en la regulación de las Mutuas. No obstante, habría que esperar hasta que el 2 de julio de 1998 se aprobara la corrección de errores de la citada norma para conocer con exactitud en qué términos quedaba redactado el art. 68 LGSS, habida cuenta la existencia de ciertas referencias erróneas en la redacción inicial.

Ya para finalizar con este extenso a la par que caótico cuadro normativo, son de destacar asimismo las Órdenes Ministeriales de 19 de junio de 1997 y de 18 de septiembre de 1998, encargadas respectivamente, del desarrollo de los RD 575/1997 y 1117/1998.

(37) La ley sigue afirmando que la principal finalidad de la Mutua es la de “colaborar en la gestión” (...) rehuendo de manera sistemática la afirmación de que las Mutuas gestionan una parcela de la Seguridad Social. Ello pese (...) a la evidencia (como se expondrá) de que éstas dispensan asistencia sanitaria, emiten partes de alta y baja, abonan prestaciones económicas, etc. (SEMPERE NAVARRO, A.V., “La incesante metamorfosis de...”, cit., pág. 14).

(38) Teniendo en cuenta las modificaciones que ha sufrido en los últimos años y a las que me he referido en la nota anterior.

## Competencias de las Mutuas colaboradoras en la gestión de IT

Para que la MATEP pueda ejercer tales funciones deviene imperativo que el empresario haya optado expresamente por tal cobertura. Y que, además, la MATEP por la que haya decidido tener cubiertas tales contingencias sea la misma que gestiona las contingencias profesionales de su empresa. Es decir, que a estos efectos, la posibilidad de colaborar en la gestión de las contingencias comunes por parte de la MATEP va inexorablemente unida a su gestión de las contingencias profesionales.

En este sentido, la ley establece una doble condición: la primera, que el empresario que desee ejercer la opción de cubrir las contingencias comunes de sus trabajadores mediante una MATEP –en los términos que se expondrán– tenga asimismo cubiertas las contingencias profesionales de esos trabajadores por una MATEP y no por el Ente Gestor de la Seguridad Social; la segunda, que la MATEP por la que haya optado a efectos de contingencias comunes sea la misma que la responsable de gestionar las contingencias profesionales en su empresa<sup>39</sup>. En definitiva, que a día de hoy si bien es posible que un empresario pueda tener las contingencias profesionales de sus trabajadores cubiertas por una MATEP y las comunes por el correspondiente Ente Gestor de la Seguridad Social, tal situación no puede producirse a la inversa, esto es, recurriendo a una MATEP para lo que afecte a las comunes y al Ente Gestor de la Seguridad Social para lo que se refiera a las profesionales. Como tampoco es posible que tenga cubiertas las contingencias comunes y profesionales por distintas MATEPS.

Pues bien, presumiendo que ambos condicionantes se cumplen, la MATEP no podrá negarse a formalizar la cobertura de IT con el empleador de cumplir éste con todos los trámites formales pertinentes. Trámites formales entre los que es de destacar el informe preceptivo aunque no vinculante de los representantes de los trabajadores de la empresa en cuestión, que presentará el empleador de forma previa a la tramitación de este acuerdo<sup>40</sup>.

La formalización de la opción se realizará por parte del empresario en el mismo momento en que estipule con la Mutua la cobertura de las contingencias profesionales y va unida a la

**LA MATEP NO PODRÁ  
NEGARSE A FORMALIZAR  
LA COBERTURA DE IT  
CON EL EMPLEADOR DE  
CUMPLIR ÉSTE CON TODOS  
LOS TRÁMITES FORMALES  
PERTINENTES**

(39) Art. 68.3 LGSS.

(40) Art. 61.3 del citado RD 1993/1995.

vigencia de la misma. Por ende, su atribución se realiza por el período de un año prorrogable automáticamente<sup>41</sup>.

Los efectos de la firma del acuerdo<sup>42</sup>, por lo que a contingencias comunes respecta, se traduce en la asunción de su gestión por parte de la MATEP en los siguientes términos:

a) La MATEP recibirá de la Tesorería General de la Seguridad Social la parte de cuota correspondiente a esta contingencia para, con tal cantidad, asumir el coste del subsidio<sup>43</sup>, el de su gestión administrativa, y el correspondiente a las actuaciones de control y seguimiento, así como otras de tipo sanitario.

b) La MATEP ostentará competencias en aras a la declaración, denegación, suspensión, anulación o extinción del derecho a la IT.

c) Asimismo, se reconoce a la MATEP la posibilidad de realizar controles (reconocimientos complementarios, pruebas médicas, informes, etc.) así como de instar la actuación de la Inspección de los Servicios Sanitarios de la Seguridad Social y proponer el alta médica.

d) También será competente la MATEP para realizar actuaciones sanitarias de urgencia (pruebas diagnósticas, tratamientos médicos e incluso quirúrgicos), si transcurridos 15 días a partir de la baja en el trabajo ésta se prolongase a causa de la demora en los Servicios de Salud Públicos.

(41) De hecho, la formalización deberá efectuarse en un anexo al “documento de asociación” del empresario a la Mutua (art. 62.3 RD 1993/1995), en el que se recogerán los derechos y obligaciones de éste y de la entidad (art. 70.1 RD 1993/1995).

En aquellos casos en que el convenio no pueda suscribirse de forma inmediata, el mismo irá precedido de una proposición de asociación que, aceptada por una Mutua, quedará recogida en el “documento de proposición de asociación” (arts. 62.4 y 70.1.1 RD 1993/1995).

Asimismo la citada norma regulaba un régimen transitorio a efectos de permitir que aquellos empleadores que tuvieran ya cubiertas las contingencias profesionales con una MATEP en el momento de la entrada en vigor del RD 1993/1995 pudiesen formalizar las comunes. Así, la Disposición Transitoria Sexta del citado RD 1993/1995 establecía en este sentido que dichos empresarios debían “ejercitar la correspondiente opción desde el día 1 del quinto mes siguiente a la entrada en vigor del RCM (1 de mayo de 1996) y hasta el último día del mes de vencimiento recogido en el correspondiente documento de asociación. (En ese sentido, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y MERCADER UGUINA, J.R., “El Reglamento sobre colaboración de las Mutuas...”, cit., págs. 1046-1047). Un mayor estudio al respecto, puede verse en BLASCO LAHOZ, J.F., *Las Mutuas de Accidentes de Trabajo...*, cit., págs. 375 y ss.; RODRIGO CENCILLO, F., *El nuevo papel...*, cit., pág. 29.

(42) Que afectará a la totalidad de la plantilla de la empresa, incluidos aquellos trabajadores que estuviesen en situación de IT en el momento en que se suscribió el convenio con la MATEP, para los que a partir de ese momento el responsable del pago de su prestación pasa a ser la MATEP. (Véase, en ese sentido, SSTs de 4 de febrero de 2002, JUR 265713/2002; de 31 de mayo de 2001, Ar. 5459; de 27 de febrero de 2001, Ar. 3831; de 16 de mayo de 2000, Ar. 5459)

(43) Evidentemente tal asunción de pago viene referida a partir del día decimosexto en adelante. De hecho, y a salvo que en el convenio colectivo o en el contrato individual se pacte lo contrario, durante los tres primeros días no existe cobertura económica. Y del día cuarto al decimoquinto esta cobertura económica corre a cargo del empresario.

Dejando al margen la primera de las consecuencias de tal gestión, puesto que por lo que aquí interesa no tiene mayor trascendencia, veamos con mayor detalle en qué términos queda configurado el resto de las potestades de las MATEPS en esa colaboración en la gestión de la IT por contingencias comunes respecto de los trabajadores por cuenta ajena.

### **A) La declaración, denegación, suspensión, anulación y extinción del derecho a la IT por parte de la MATEP**

La artificiosidad anteriormente denunciada al referirme a lo complejo que resulta incardinar que en un sistema público de Seguridad Social, sea un ente privado el que pueda asumir ciertas funciones de gestión queda patente en este supuesto. En efecto, cuando el legislador ha configurado a las MATEPS como órganos colaboradores de la gestión de IT, en teoría, lo ha hecho a efectos económicos que no clínico-sanitarios, y aunque ello tampoco se traduce en la ausencia total de competencias de la MATEP en la prestación sanitaria<sup>44</sup>, como con posterioridad se verá, quede clara la disociación de la prestación que realiza el legislador:

– a efectos jurídico-prestacionales serán competentes, a opción del empresario, el Ente Gestor de la Seguridad Social o la MATEP;

– a efectos clínicos, el facultativo del Servicio Nacional de Salud, o de la CA correspondiente de tener transferidas las competencias.

Repárese que, desde esa diferenciación en la prestación, independientemente del órgano que asuma la prestación económica, la sanitaria depende siempre de los facultativos médicos de la Seguridad Social, que serán los únicos competentes para determinar si la alteración en la salud que sufre un determinado trabajador como consecuencia de una enfermedad o un accidente no laboral es causa justificativa de una IT<sup>45</sup>.

Si la consideración médica es afirmativa, en el sentido de que la alteración en la salud que sufre el trabajador resulta a efectos sanitarios causa justificativa de una IT, será entonces la MATEP la que, de tener asignada la gestión en esa correspondiente empresa, determinará si desde el punto de vista prestacional concurren los requisitos necesarios (alta, cotización, etc.) para tener derecho a la percepción del subsidio. Es decir, que de acuerdo con el principio de oficialidad en las prestaciones<sup>46</sup>, en realidad es el acto médico de la baja el

(44) Por la posibilidad de someter al trabajador a ciertos controles médicos, realizar propuestas de alta médica, etc. [ver, apartado 2.B)].

(45) De hecho, y partiendo de la inexistencia de una definición de la IT en la LGSS, la doctrina ha defendido que “para que pueda producirse una IT que permita la baja en el trabajo con la consiguiente suspensión del contrato de trabajo y la apertura de la subsiguiente prestación económica de la Seguridad Social es necesario que concurren tres requisitos: 1) Que exista un proceso patológico que implique una alteración del estado de salud y le incapacite para asistir al trabajo; 2) que la incapacidad sea temporal; 3) que la prestación de asistencia sanitaria sea realizada por los servicios médicos de la Seguridad Social” (PANIZO ROBLES, J. A., “El control de la incapacidad temporal. A propósito del RD 575/1997, de 18 de abril”, RMTASS, núm. 77/1997, pág. 82).

(46) Según el cual, la prestación se hace efectiva de modo directo y automático conforme al diagnóstico y determinación provisional de la causa de la dolencia efectuada en el parte de baja médica. (Entre otras, véase la STS de 29 de enero de 1999, RJ 1999/1104.)

que condiciona el inicio de las labores gestoras por parte de las MATEPS<sup>47</sup>, que deberán resolverse en un tiempo máximo de dos meses. Ahora bien, a efectos de evitar que durante este periodo temporal el trabajador quede desprotegido, desde el momento en que se produce la baja médica éste percibirá un subsidio económico, lo que ocurre es que su derecho al subsidio de IT será provisional<sup>48</sup>. La firmeza se adquirirá cuando la MATEP dicte acuerdo formal de reconocimiento de derecho o, en su defecto, cuando transcurran dos meses desde la liquidación y pago del subsidio, a cuyo término el derecho económico se consolida<sup>49</sup>.

Partiendo del presupuesto apuntado en el sentido de que el no reconocimiento del derecho al subsidio o de los derechos jurídico-prestacionales no afecta a la valoración clínico-sanitaria que determina el facultativo médico que ha atendido al trabajador, cabe plantear qué puede ocurrir en el supuesto en que exista discrepancia entre los entes gestores en lo que respecta a la naturaleza del riesgo que origina la contingencia.

En efecto, esta cuestión, que ha sido calificada por la doctrina<sup>50</sup> como de “asignatura históricamente pendiente” debido a la “desidia del legislador” ha sido resuelta por los tribunales de forma ciertamente criticable. Al no existir norma alguna que establezca cuál es la decisión relevante en el supuesto en que los entes competentes se muestren discordantes a la hora de calificar el riesgo como común o profesional, los Tribunales han entendido que lo que debe primar es lo que opine el INSS al respecto<sup>51</sup>. Solución criticable porque,

(47) Siendo esto así, entiendo que la disociación de la prestación que realiza el legislador complica gravemente las cosas en la vida real. En ese sentido me parece relevante lo expuesto por TORTUERO PLAZA cuando afirma que a pesar de que las competencias están divididas de forma que a unos corresponde la valoración jurídico-clínica y a otros la determinación jurídico-prestacional “ambas competencias forman parte de un todo donde la dependencia de una sobre otra es absoluta. En efecto, sin baja no hay prestación y sin ésta no hay protección aunque exista alteración de la salud con efecto incapacitante” (TORTUERO PLAZA, J.L., “Las Mutuas y la...”, cit., págs. 25 y 26).

(48) Conviene tener en cuenta que la protección nace *ope legis*, es decir, sin necesidad de solicitud expresa por lo que respecta al derecho económico a una prestación. El parte de baja médico, pues, activa por sí mismo el procedimiento del reconocimiento económico. Y es durante el período en el que éste se resuelve —como máximo dos meses— cuando el subsidio que perciba el trabajador ostentará el carácter de provisional. (Véase al respecto, por todos, TORTUERO PLAZA, J.L., “Las Mutuas y la...”, cit., pág. 26.)

(49) Y ello, sin perjuicio que de acuerdo con el RD 1993/1995, todos los actos que se realicen de declaración, denegación, suspensión o extinción deban ser formalizados por escrito y motivados en derecho, esto es, deberán contener los hechos y las razones con fundamentación y apoyo jurídico que justifiquen su decisión.

En ese sentido, y tal y como la doctrina se ha apresurado a señalar, no deja de resultar sorprendente que, de un lado, la efectividad de los actos de reconocimiento de la MATEP, con las formalidades a las que me he referido, se condicionen a la notificación de los beneficiarios y a los empresarios de éstos de mantenerse vigente la relación laboral; pero que, sin embargo, de otro lado, se dé la posibilidad de que dicha razonable exigencia se vea desvirtuada por la posibilidad de que aquel reconocimiento se alcance por el mero transcurso del plazo de dos meses, sobre todo porque la fórmula es de utilización generalizada (TORTUERO PLAZA, J.L., “Las Mutuas y la...”, cit., pág. 27).

(50) TORTUERO PLAZA, J. L., “Las Mutuas y la...”, cit., pág. 26.

(51) En ese sentido, por todas, SSTs de 22 de noviembre de 1999, Ar. 8525; de 19 de marzo de 1999, Ar. 3011; de 26 de enero de 1999, Ar. 1104; de 12 de noviembre de 1998, Ar. 9742; de 6 de marzo de 1998, Ar. 2367; de 2 de febrero de 1998, Ar. 1253; de 28 de enero de 1998, Ar. 1147; de 27 de enero de 1998, Ar. 1141.

tal y como ha mencionado TORTUERO PLAZA, entender que la facultad para determinar la naturaleza del riesgo corresponde al INSS supone reconocer la competencia a quien puede ser “juez y parte”, a la vez que rompe la unidad del acto de reconocimiento (el origen del riesgo es el que determina el régimen jurídico aplicable) deviniendo la unidad colaboradora en una mera receptora de la “orden de pago”<sup>52</sup>, y convirtiendo este acto de reconocimiento en un mero acto formal<sup>53</sup>. Todo ello sin olvidar que una discrepancia de estas características puede generar una desprotección al trabajador vedada por el art. 41 CE, a la que hubiera debido hacer frente el legislador estableciendo un sistema que permitiese resolver la controversia en sede judicial dando siempre prioridad a la protección del trabajador afectado<sup>54</sup>.

Hasta aquí por lo que se refiere a la declaración y denegación del derecho. Por lo que respecta a la suspensión y a la extinción del mismo, el problema que se plantea en relación con esta última, se analiza con mayor detalle en el apartado siguiente, referido a la posibilidad reconocida a las MATEPS de someter a un control al trabajador beneficiario de la prestación y sus posibles efectos. No obstante ello, y teniendo en cuenta que existe una gran controversia al respecto, hay una cuestión que sí quiero señalar: la del órgano competente para acordar la pérdida o suspensión del derecho al subsidio en los términos fijados por el art. 132 LGSS. Este precepto legal señala que la pérdida o suspensión del derecho al subsidio puede producirse en caso de actuación fraudulenta del beneficiario, en caso de compatibilidad del subsidio con un trabajo por cuenta propia o ajena, y también en caso de rechazo o abandono por el beneficiario del tratamiento que le fuere indicado. Pero lo que suscita las mayores controversias no es aquello que da o no derecho a la suspensión o extinción, es decir, los términos que conforman el supuesto de hecho, sino la determinación del órgano competente para adoptar la decisión de la suspensión o extinción de la prestación<sup>55</sup>. La problemática se genera a causa

**ES EL ACTO MÉDICO DE LA BAJA EL QUE CONDICIONA EL INICIO DE LAS LABORES GESTORAS POR PARTE DE LAS MATEPS QUE DEBERÁN RESOLVERSE EN UN TIEMPO MÁXIMO DE DOS MESES**

(52) TORTUERO PLAZA, J.L., “Las Mutuas y la...”, cit., pág. 26; También SEMPERE NAVARRO apunta que tal criterio parece inclinar excesivamente la balanza del lado de los entes gestores (“La incesante metamorfosis de las mutuas...”, cit., pág. 16).

(53) CRUZ VILLALÓN, J., “El nuevo régimen de gestión por las Mutuas...”, cit., pág. 363.

(54) En el mismo sentido, TORTUERO PLAZA, J. L., “Las Mutuas y la...”, cit., pág. 26.

(55) Véase, al respecto, GIL PLANA, J., “El alcance de la colaboración de las mutuas en la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal por contingencias comunes”. Comentario de la Sentencia del TSJ de Cataluña de 26 de Noviembre del 2003 (AS 2004, 30), AS 3/2004, págs. 35-40; RODRÍGUEZ IZQUIERDO, R., “La competencia de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en materia de suspensión del derecho a la prestación”.

de una descoordinación entre el art. 80 del RD 1993/1995, que otorga a las MATEPS competencia en ese sentido, y el art. 48.4 LISOS<sup>56</sup> que establece que la autoridad competente para imponer la sanción es, exclusivamente, la Entidad Gestora.

Tal caos normativo todavía no tiene una solución clara en los tribunales. Son muchas las sentencias que los TTSS han dictado al respecto de esta cuestión, y no me consta que se haya unificado doctrina al respecto. En la toma de postura de los Tribunales puede diferenciarse claramente dos posiciones:

- 1) De un lado, se encuentran aquellos que partiendo de entender que las MATEPS únicamente tienen, en lo que a IT por causas comunes se refiere, competencia para colaborar en la gestión económica, niegan que la MATEP pueda directamente decidir una suspensión o extinción de la prestación. Lo que sí pueden hacer, no obstante, es una propuesta de alta (en los términos que se analizan en el epígrafe siguiente)<sup>57</sup>.
- 2) En el extremo opuesto, es decir, considerando que es el RD 1993/1995 el determinante en esta materia, se encuentran aquellas sentencias que extienden la competencia sancionadora del art. 48.4 LISOS a la MATEP, al entender que ésta ostenta idénticas facultades de gestión que las entidades gestoras<sup>58</sup>.

No puedo estar de acuerdo con esta última consideración, en el sentido de entender que las MATEPS ostentan idénticas facultades de gestión que el INSS, por cuanto que únicamente son entes colaboradores. Ahora bien, no tengo claro que desde una interpretación literal del art. 80 del RD 1993/1995<sup>59</sup> pueda afirmarse que la MATEP no es directamente competente en ese sentido. Seguramente lo más sensato es entender que la entrada en vigor de la LISOS deja sin efecto lo establecido en el RD 1993/1995<sup>60</sup> y por extensión

(56) Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

(57) Por todas, SSTSJ de Murcia de 26 de abril de 2004, JUR 2004/147691; de Cataluña de 11 de junio de 2004, AS 2004/2645; de Cataluña de 6 de junio de 2003, JUR 2003/183411.

(58) En ese sentido, entre muchas otras, SSTSJ de Cataluña de 26 de noviembre de 2003, AS 2004/30; de Cataluña de 10 de noviembre de 2004, JUR 2005/16190; de Cataluña de 2 de septiembre de 2004, JUR 2004/282791; de Cataluña de 22 de octubre de 2003, AS 1/2004. Concluyendo en el mismo sentido, pero negando el carácter sancionador de la suspensión, que se considera como comprendido en la actividad de gestión, ver, SSTSJ de Cantabria de 16 de diciembre de 2004, AS 2004/3396 y STSJ de La Rioja, de 4 de enero de 2005, AS 2005/76.

(59) Teniendo en cuenta la reforma RD 576/1997, de 18 de abril, por el que se modifica el Reglamento General sobre colaboración en la gestión de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, aprobado por RD 1993/1995, de 7 de diciembre.

(60) Pues como recuerda la STSJ de Cataluña de 11 de junio de 2004, AS 2004/2645, es una norma posterior y de rango superior al Reglamento General sobre colaboración en la Gestión de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, que les otorga tales competencias, sin que haya razón alguna para excluir a las Mutuas de su ámbito de aplicación.

que la competencia sancionadora corresponde única y exclusivamente al Ente Gestor (que no el colaborador)<sup>61</sup>.

### **B) La posibilidad de realizar controles (reconocimientos complementarios, pruebas médicas, informes, etc.) y de proponer el alta médica. ¿Son verdaderamente las MATEPS meros entes colaboradores en la gestión económica de la IT por causas comunes?**

Los actos de colaboración en la gestión que tienen reconocidas las MATEPS en lo que afecta a la declaración o denegación (que no suspensión, anulación y extinción, por lo expuesto) del derecho, como decía, se encuentran supeditados a la baja clínica que puede dar el facultativo de la Seguridad Social. Desde esa consideración, estos actos sí parecen ser los propios de una “colaboración en la gestión”, pues poseen un carácter más formal que sustancial. La evaluación del estado de salud del trabajador, como bien jurídico protegido, pende de la evaluación de un facultativo “público”. Y será esta concreta evaluación la que determinará que la MATEP “active” sus competencias como ente responsable de la prestación económica. Hasta el momento, nada a objetar. No obstante, la claridad que hasta ahora parece caracterizar a la disociación entre prestación sanitaria y económica puede quedar en entredicho en relación a las competencias que siguen.

De hecho, el importante papel “de control” que también tienen asignadas las MATEPS en contingencias comunes les otorga la posibilidad de plantear “propuestas de alta”, existiendo la probabilidad de que, de producirse el correspondiente desarrollo reglamentario, puedan incluso conceder altas condicionales. Si esto fuera así, la protección del trabajador podría sufrir un revés importante, es más, el principio de oficialidad en las prestaciones podría quedar prácticamente sin contenido. Si bien surtiría efectos en una primera fase, la del reconocimiento (la baja médica del facultativo directamente daría lugar a la baja prescricional de la MATEP, de concurrir los requisitos de alta y cotización, etc.), acto seguido, una propuesta de alta, convertible en poco tiempo en alta definitiva, dejaría al trabajador sin protección. Vayamos por partes.

La situación de IT se inicia, como apuntaba, con la expedición del correspondiente parte médico de baja por parte del facultativo que ha efectuado el reconocimiento del trabajador afectado, en el que deberá figurar necesariamente el diagnóstico y la descripción funcional de aquello a lo que se dedica el trabajador, así como una previsión de la duración del proceso patológico<sup>62</sup>. El original se remitirá al propio Servicio de Salud, pero además una copia del mismo irá dirigida a la Entidad Gestora o colaboradora responsable del pago de la prestación económica.

(61) La redacción de este precepto legal tras la reforma de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, (BOE del 31), no se ve afectada en ese sentido pues se mantiene lo expuesto en relación a los Entes Gestores como competentes exclusivos en esta materia.

(62) El contenido del apartado dos del art. 1 del Real Decreto 575/1997, se adecua al contenido del art. 78 de la Ley 13/1996, de modo que los servicios médicos de las MATEPS y de la Entidad Gestora puedan tener acceso a los diagnósticos que fundamentan la incapacidad para el trabajo, si bien su utilización deberá adecuarse a la finalidad de la gestión y control de la IT, debiéndose garantizar la confidencialidad de tales datos, plasmada en la Ley General de Sanidad y en la Ley de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal” (PANIZO ROBLES, J.A., “El control de la incapacidad temporal...”, cit., pág. 97).

Teniendo en cuenta que mientras el trabajador se encuentra en situación de IT debe verificarse que subsiste la alteración en la salud que sigue imposibilitando que el trabajador realice sus cometidos funcionales, al cuarto día de la baja, el mismo facultativo médico que atendió al trabajador, previo reconocimiento médico del mismo, expedirá el primer parte de “confirmación de baja”, que luego se sucederá cada siete días. Los ejemplares de todos estos partes de confirmación de baja que vayan dirigidos a los Servicios de Salud y a la Entidad, Gestora o Colaboradora, deberán reiterar todos los datos vistos, aunque referidos a la fecha de expedición de cada uno de ellos (diagnóstico, descripción de las limitaciones en la capacidad funcional del trabajador y la previsión de la duración del proceso patológico a cada fecha).

El tercer parte médico de confirmación de baja, además, irá acompañado de un “informe complementario” del mismo facultativo médico, y éste informe se reiterará cada cuatro semanas en lo sucesivo. En el mismo se hará constar el tratamiento médico prescrito, las pruebas diagnosticadas y la duración prevista para el tratamiento y/o las pruebas. Y también una de sus copias irá dirigida a la MATEP cuando actúe como ente colaborador.

La Inspección Médica, por su parte, no sólo recibirá una copia de cada uno de estos partes sino que además estará obligada, de un lado, a ejercer un control público adicional del que desarrolla el facultativo; y, de otro, suministrará información adicional a las Entidades Gestoras o MATEPS.

Si no obstante todo ello, la MATEP desea mayor información, respetando siempre la confidencialidad<sup>63</sup>, puede solicitar los datos complementarios que estime oportunos y referidos al proceso patológico desencadenante e incluso someter al trabajador a un reconocimiento médico.

Pues bien —y aquí es donde vienen las competencias que me parecen peligrosas—, si el trabajador se negara a tal reconocimiento por parte de la MATEP, o ésta, a la vista de todos los datos de los que dispone, cree que el proceso incapacitante del trabajador ha concluido, podrá realizar una “propuesta de alta”<sup>64</sup>.

(63) Confidencialidad que trata de garantizarse no haciendo a la empresa receptora de esta información (TORTUERO PLAZA, J.L., “Las Mutuas y la...”, cit., págs. 28 y ss.).

Dicho en otras palabras “los datos referentes al estado sanitario del trabajador tendrán la consideración de confidenciales, estando sujetos quienes los consulten al deber de secreto profesional y, en consecuencia, no podrán ser utilizados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador, ni para otras finalidades distintas del control de los procesos de incapacidad temporal (arts. 3.3 y 4.2 del RD 575/1997)”. Véase, al respecto, BLASCO LAHOZ, J.F., *Las Mutuas de Accidentes de Trabajo...*, cit., págs. 414 y ss.

(64) Tal y como establece el art. 14.2 de la Orden de 19 de junio de 1997 en desarrollo de lo que preveía el art. 78 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre. Un mayor estudio al respecto de estas normas, puede verse, entre otros en BLASCO LAHOZ, J.F., *Las Mutuas de Accidentes de Trabajo...*, cit., págs. 402 y ss.

## Competencias de las Mutuas colaboradoras en la gestión de IT

En realidad, la consideración de que el proceso incapacitante ha concluido puede deberse a cuatro motivos, dos relacionados con la situación médica del trabajador, y otros dos con la actitud del trabajador beneficiario de la IT. Son los siguientes: 1º) cuando los facultativos de la MATEP entiendan que la alteración en la salud del trabajador no justifica una situación de IT; 2º) cuando estos mismos médicos de la MATEP entiendan que la causa que dio lugar a la situación de IT ha finalizado y que ante la mejoría de la salud del trabajador, resulta injustificado que continúe en tal situación de IT; 3º) la no comparecencia del trabajador al requerimiento que le hace la MATEP a efectos de una revisión de su estado de salud; 4º) la negativa de ese mismo trabajador a someterse al reconocimiento, aun habiendo comparecido.

Ante la concurrencia de cualquiera de estas cuatro situaciones, la MATEP podrá dirigir una propuesta de alta médica a la Inspección Sanitaria. La Inspección la remitirá al facultativo que atendió al trabajador para que en el plazo de 10 días confirme la baja que expidió o, por el contrario, admita la propuesta de alta hecha por la MATEP.

A partir de esta decisión del facultativo, e incluso si han transcurrido los diez días sin que éste se haya pronunciado, la Inspección Sanitaria —que es quien en verdad ostenta competencia decisoria— dispone de 15 días para definitivamente ratificar la decisión de baja o dar el alta médica tal y como proponía la MATEP.

Tal decisión se comunicará a la MATEP que hubiese formulado la propuesta de alta y con lo acordado por la Inspección Sanitaria finalizará el procedimiento.

Ahora bien, en caso de que la MATEP no obtuviese respuesta por parte de la Inspección Sanitaria en los plazos establecidos, la primera todavía dispone de otro procedimiento para ratificar su propuesta de alta: plantearla ante los servicios médicos del INSS. A estos efectos e, insisto, ante el silencio por parte de la Inspección Sanitaria en los plazos expuestos, la MATEP se dirigirá ante el INSS. Su solicitud, que irá destinada a los servicios médicos de tal Ente Gestor, imperativamente se acompañará de todo cuanto sea necesario para que estos últimos puedan ser conocedores del caso concreto. En ese sentido, además de acreditar que se ha agotado el trámite de propuestas ante la Inspección Sanitaria, la MATEP remitirá

**LAS MATEPS PUEDEN  
PLANTEAR “PROPUESTAS  
DE ALTA” EXISTIENDO  
LA PROBABILIDAD DE  
QUE SI SE PRODUCE  
EL CORRESPONDIENTE  
DESARROLLO  
REGLAMENTARIO PUEдан,  
INCLUSO, CONCEDER  
ALTAS CONDICIONALES**

los datos del trabajador, los resultados de los reconocimientos, partes, informes, causa motivadora del alta, etc.

En caso de que los facultativos del INSS estuviesen de acuerdo con la propuesta de alta instada por la MATEP expedirán un “Alta condicional”. “Alta condicional” que se convertirá en definitiva si en el plazo de tres días desde su notificación a la Inspección Sanitaria, no recibe de ésta una expresa oposición<sup>65</sup>.

Es decir que, en verdad, la MATEP dispone de un doble procedimiento en caso de entender que por las causas alegadas (negativa del trabajador al reconocimiento complementario, inexistencia de motivos que justifican una IT) el trabajador debiera estar en alta: en primer lugar, plantear una propuesta de alta ante la Inspección Sanitaria; y, en segundo lugar y como procedimiento subsidiario, ratificar tal propuesta de alta ante el servicio médico del INSS.

Por si esto fuera poco, y a pesar de que éstas parecen ser las verdaderas posibilidades de las que disponen las MATEPS en la actualidad<sup>66</sup>, tal situación puede agravarse de producirse el desarrollo reglamentario del RD-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios. En efecto, pese a ser una norma que *a priori* poco, por no decir nada, tiene que ver con la materia que aquí se analiza, lo cierto es que el art. 44 del citado RD-L parece equiparar los servicios de las MATEPS a los servicios médicos del INSS en lo que a la posibilidad de dar Altas Condicionales se refiere. Y aunque, como digo, todavía no se ha producido el desarrollo reglamentario de tal previsión, lo que parece decirnos la norma es que, cuando éste sea efectivo, las MATEPS podrán dictar altas médicas condicionales en los mismos términos que hoy pueden hacerlo los servicios médicos del INSS. ¿A qué otra cosa puede referirse un precepto que reza como sigue: “a los exclusivos efectos de las prestaciones económicas de la Seguridad Social, lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado 1 del art. 131 bis del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, sobre expedición de altas médicas en los procesos de IT por los Médicos Adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social, se entenderá referido a los Médicos de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales respecto del personal al servicio de los asociados a éstas en los términos que reglamentariamente se establezcan”?

No creo que existan muchas interpretaciones posibles. Insisto en que el desarrollo reglamentario del precepto no se ha producido a día de hoy, pese a que ya han transcurrido

(65) En el supuesto de que la Inspección se opusiera, el INSS dará traslado de la misma a la Mutua, continuando, por lo tanto, la situación de baja (TORTUERO PLAZA, J.L., “Las Mutuas y la...”, cit., pág. 31).

(66) Hasta aquí, en lo referente a las bajas y propuestas de alta se ha seguido en lo fundamental a TORTUERO PLAZA, J.L., “Las Mutuas y la...”, cit., págs. 28 y ss.

## Competencias de las Mutuas colaboradoras en la gestión de IT

más de cinco años desde la promulgación de tal norma<sup>67</sup>. Pero no debe olvidarse, y más teniendo en cuenta cómo se legisla en esta materia, que el reglamento que desarrolle este precepto puede aprobarse en cualquier momento. Obviamente, de producirse, se deberá concretar si la posibilidad de dar altas condicionales en contingencias comunes por parte de las MATEPS es un procedimiento subsidiario al de la actual propuesta de alta o si, por el contrario, la equiparación al INSS será tal que la propuesta de alta desaparecerá por completo. Es decir, ¿podrán las MATEPS dictar altas condicionales sin necesidad de acudir a los servicios médicos facultativos del INSS pero quedando sometida tal posibilidad al agotamiento del trámite de “propuesta de alta” ante la Inspección o, por el contrario, esta posibilidad de dictar altas condicionales vaciará de contenido a la actual propuesta de alta? Independientemente de la calificación que personalmente ello me merece, creo que ésta última opción es la que primará, por cuanto que lo que el RD 6/2000 parece contemplar es una total equiparación entre los servicios médicos de la MATEP y los del INSS. Y, estos últimos, a día de hoy, cuando gestionan la IT pueden emitir “partes de alta condicional” sin agotar previamente el procedimiento común de la propuesta<sup>68</sup>.

La cuestión se agrava si se tiene en cuenta algún pronunciamiento judicial, como el de la STSJ de Cantabria de 24 de enero del 2005<sup>69</sup>, que aplica lo establecido en el RD 6/2000 a pesar de no haberse producido el mencionado desarrollo reglamentario. Y además lo hace de una forma que me parece muy criticable. Para empezar, se interpreta que la incomparecencia del trabajador que da derecho a la MATEP a la propuesta de alta (art. 131 LGSS) da derecho, interpretando sistemáticamente este art. 131 LGSS con el art. 44 RD 6/2000, a una extinción de la prestación sin más. Sorprendentemente ni se exige propuesta de alta, en los términos expuestos, ni alta condicional, que sería lo que se le debería exigir en caso de equipararse directamente al INSS ex art. 44 RD 6/2000. Pero no, la sentencia permite un alta directa y automática por parte de la MATEP, sin más trámites.

Ante pronunciamientos judiciales como el expuesto, cabría plantearse muy seriamente cuál es la verdadera función de las MATEPS en lo referente a la prestación de la IT por contingencias comunes. ¿Realmente pueden considerarse a las MATEPS meros “entes colaboradores de la prestación económica”? Si la respuesta, a mi juicio, debería ser negativa dadas las importantes competencias en la prestación clínico-sanitaria que se pueden derivar del art. 44 RD 6/2000, sentencias como la citada me ratifican todavía más en mi valoración. Y aunque no comparto la argumentación que realiza la sentencia, por cuanto que la negativa del trabajador podrá dar lugar a la extinción de la prestación, mediando propuesta de alta o alta condicional (en cuanto se produzca el desarrollo reglamentario que se enuncia en el art. 44 RD 6/2000), y no un alta directa, aún y con los trámites formales y plazos legales que exigen la propuesta de alta y alta condicional creo que deviene

(67) Y no han abordado el tema posteriores normas referidas a las MATEPS, como por ejemplo el RD 428/2004, de 12 de marzo, por el que se modifica el Reglamento general sobre colaboración en la gestión de las MATEPS, aprobado por RD 1993/1995, de 7 de diciembre, a efectos de fijar los términos en los que se producirá la gestión de las contingencias profesionales de los trabajadores por cuenta propia por parte de las MATEPS.

(68) Sobre las posibilidades del INSS en la actualidad, ver TORTUERO PLAZA, J.L., “Las Mutuas y la...”, cit., pág. 30.

(69) JUR 2005/47587.

una ficción legal afirmar que las MATEPS no ostentan competencias en lo que se refiere a la prestación sanitaria si, aunque no puedan dar directamente la baja médica, en cualquier momento pueden extinguir la prestación. Sobre todo de sustituir la propuesta de alta por un “alta condicional” que, de no contar con oposición de la Inspección Sanitaria en el plazo de tres días<sup>70</sup> adquiriría el carácter de definitiva.

Creo que de producirse el desarrollo reglamentario de este precepto, el legislador debería acometer de una vez por todas la labor de refundir en un texto legal las diferentes normas que afectan a esta materia concretando y aclarando cuáles son las competencias de las Mutuas en lo que afecta a la gestión de la Seguridad Social. Y, sobre todo, debería modificar el texto legal (art. 68.2 LGSS) cuando afirma que una de las competencias de las MATEPS es la de la “colaboración en la gestión de la prestación económica de la IT derivada de contingencias comunes”.

### **C) La posibilidad de realizar actuaciones sanitarias de urgencia por parte de la MATEP**

Esta última potestad que se analiza, resulta ser otro instrumento de control a favor de las MATEPS<sup>71</sup> y, por lo tanto, una prueba más de lo inexacto que resulta afirmar que éstas únicamente intervienen en la prestación económica en lo que afecta a la IT por contingencias comunes.

La ley permite que las MATEPS puedan realizar actuaciones sanitarias de urgencia así como pruebas diagnósticas, tratamientos médicos e incluso quirúrgicos. A tal efecto deben concurrir tres condiciones: 1ª) el transcurso de más de quince días desde la baja para el trabajo así como la acreditación de que la situación de incapacidad se prolonga a consecuencia de la demora en las pruebas y tratamientos prescritos por el Servicio de Salud correspondiente<sup>72</sup>; 2ª) el previo consentimiento informado del trabajador a someterse a tales pruebas; 3ª) la conformidad de la autoridad sanitaria del Servicio de Salud correspondiente, una vez comprobada la adecuación y calidad de los servicios sanitarios de las MATEPS<sup>73</sup>.

(70) Coincido con lo mencionado por TORTUERO PLAZA en lo referente al plazo de tres días al que se circunscribe la posibilidad que el alta condicional que pueda dar el INSS se convierta definitiva en el sentido de entender que “es de suponer que la Inspección no tiene información actualizada al día de todos los procesos de IT existentes en su demarcación, por lo que en el plazo de tres días no sólo debe pedir y obtener la información del Facultativo que asiste al trabajador, sino oponerse de forma motivada al ‘parte de alta’. Ello quiere decir que, salvo supuestos milagrosos, los partes de alta condicional se convertirán generalmente en definitivos. De esta forma tan poco ortodoxa, se busca alcanzar la efectividad del procedimiento”. (“Las Mutuas y la...”, cit., pág. 25).

(71) BLASCO LAHOZ, J.F., *Las Mutuas de Accidentes de Trabajo...*, cit., pág. 416.

(72) Art. 82 del RD 1993/1995, de 7 de diciembre, en la redacción dada por el citado RD 576/1997, de 18 de abril.

(73) Aunque la ley no aclara si esta autorización debe hacerse o no por escrito, coincido con MARTÍNEZ-MACHUCA GILJÓN en que la exigencia de forma escrita parece lo más conveniente. En cualquier caso, no hay que olvidar que este trámite podría obviarse si, en el acuerdo de cooperación, el Servicio Público otorgara a la Mutua capacidad de intervención para la asistencia sanitaria de urgencia, pudiendo la entidad colaboradora hacer una mera comunicación al Servicio Público (“La gestión de la Incapacidad Temporal...”, cit., pág. 359).

Una de las finalidades de esta medida bien puede ser la “del aprovechamiento de los Centros e instalaciones sanitarios adscritos a las Mutuas para que coadyuven a atender las necesidades de los servicios públicos de salud, especialmente cuando aquellas actuaciones recaen sobre beneficiarios incurso en proceso de IT”<sup>74</sup>, y en ese sentido se han firmado acuerdos y convenios entre las Mutuas y el Instituto Nacional de la Salud (o los Servicios de la Salud de la Comunidad Autónoma correspondiente) a fin de concretar los términos y condiciones en que estas actuaciones deberán desempeñarse<sup>75</sup>. El presupuesto de partida en ese sentido me parece positivo. De hecho, es perfectamente racional y coherente que se intente atajar una situación de IT que se prolonga a consecuencia de la demora en las pruebas y tratamientos prescritos por el Servicio de Salud, sometiendo al trabajador a esas mismas pruebas y tratamientos en unos centros o instalaciones sanitarias que, pese a pertenecer a las MATEPS, permitirán su más pronta recuperación.

No obstante, tampoco debe dejar de cuestionarse, tal y como la doctrina ha señalado<sup>76</sup>, si con esta medida no se está abriendo una vía de privatización de los servicios sanitarios públicos a la vez que se incrementan las potestades sanitarias de las MATEPS en aras a un mayor control de la IT proveniente de los riesgos comunes. Máxime teniendo en cuenta lo difícil que resulta concretar qué debe entenderse por “consentimiento informado del trabajador” a estos efectos, por cuanto que de acuerdo con lo previsto en el art. 5 RD 575/1997, “las MATEPS podrán disponer que los trabajadores que se encuentren en situación de IT sean reconocidos por los médicos adscritos a las mismas”<sup>77</sup>. ¿Quiere ello decir que una negativa del trabajador en este sentido podría generar una propuesta de alta en los términos descritos en el apartado anterior? ¿Y un alta condicional, en el momento en que se produzca el desarrollo reglamentario del controvertido art. 44 del RD 6/2000?

Dejo la cuestión en el aire. Exponer conclusiones definitivas en este momento es muy arriesgado cuando no osado. Pero, aun

**LA LEY PERMITE  
QUE LAS MATEPS PUEDAN  
REALIZAR ACTUACIONES  
SANITARIAS DE URGENCIA,  
PRUEBAS DIAGNÓSTICAS O  
TRATAMIENTOS MÉDICOS  
E, INCLUSO, QUIRÚRGICOS**

(74) RUIZ-LARREA ARANDA, P., “Las funciones atribuidas a las Mutuas...”, cit., pág. 124.

(75) BLASCO LAHOZ, J.F., *Las Mutuas de Accidentes de Trabajo...*, cit., pág. 417; RUIZ-LARREA ARANDA, P., “Las funciones atribuidas a las Mutuas...”, cit., pág. 124.

(76) Véase, en ese sentido, GARCÍA NINET, J.I., “Sobre el reforzado papel...”, cit., pág. 12; BLASCO LAHOZ, J.F., *Las Mutuas de Accidentes de Trabajo...*, cit., pág. 417.

(77) BLASCO LAHOZ, J.F., *Las Mutuas de Accidentes de Trabajo...*, cit., pág. 417.

así, quede constancia de que si las sospechas se confirman y una negativa del trabajador en este sentido puede generar el alta en los términos expuestos en el apartado anterior, el requisito del consentimiento informado del trabajador queda sin contenido. Y, en consecuencia, la MATEP podrá someter al trabajador a tal reconocimiento de contar con la aceptación de la autoridad sanitaria del Servicio de Salud correspondiente, puesto que a la *fine* será improbable que el trabajador se oponga a una de estas actuaciones sanitarias de la MATEP. A menos que quiera arriesgarse a perder la prestación, que no es poco.

### 3. LA FINALIDAD O *RATIO* DE LA REGULACIÓN LEGAL. REFLEXIONES PERSONALES

Lo expuesto hasta el momento creo que da buena cuenta de las competencias actuales de las MATEPS en contingencias comunes. No obstante, ante tal descripción de la situación real, la cuestión que subyace es la de la finalidad de la regulación legal.

El legislador es claro al afirmar que lo que pretende al incrementar las facultades de las MATEPS en la prestación de IT por contingencias comunes, es acrecentar el control sobre el presunto fraude que caracteriza a tal prestación<sup>78</sup>. No me detendré al respecto de la veracidad o no de tal presunción<sup>79</sup>, ni tampoco en si el fraude que se sospecha se produce en una intensidad cuantitativa y cualitativa tal, como para justificar medidas de esta índole. Ahora bien, lo que sí haré será intentar delimitar el presupuesto del que parte el legislador para creer que, aumentando las competencias de las MATEPS en esta materia, el supuesto fraude desaparecerá<sup>80</sup>.

Partiendo de la regulación legal, según la cual las MATEPS, pese a estar conformadas por empresarios, no poseen ánimo de lucro ni más patrimonio que el propio de la Seguridad Social, no se aprecia muy bien el porqué de esa asentada creencia que un incremento de las facultades de estas asociaciones, comportará un mejor control del fraude en la IT. Es decir, si realmente ni las MATEPS ni sus miembros obtienen beneficio económico alguno de las altas del trabajador ¿por qué se da por supuesto que el control que realizarán sobre el estado de salud del trabajador será más eficaz que el practicado por el facultativo

(78) De hecho, en la Exposición de Motivos del RD 575/1197, expresamente se establece aquello que se pretende: que “exista un mayor rigor en la constatación de la enfermedad y de su incidencia en la capacidad de trabajo del interesado. En definitiva, se trata de dotar de una mayor eficacia y transparencia a la gestión de incapacidad temporal, evitando los riesgos de abusos y fraudes”.

(79) Al respecto de este tema, véase MERCADER UGUINA, J.R., “El control de la Incapacidad Temporal (historia de una sospecha)”, RL, núm. 9/2004, págs. 13-37.

(80) Y no me refiero a que no sea así, sino a cuáles son los motivos por los que las MATEPS parecen ser, incluso para el legislador, las mejores instituciones de vigilancia del posible fraude de IT. Máxime, porque la realidad parece darle la razón. De hecho, y como señala SEMPERE NAVARRO “la duración media de los procesos de IT es considerablemente más baja cuando está a cargo de la Mutua que de la Entidad Gestora; da la impresión de que los poderes públicos acuden a esta forma de gestión privada con cierta fascinación por su eficacia al tiempo que algo de desencanto por la imposibilidad de alcanzar semejantes metas desde el campo público” (“La incesante metamorfosis...”, cit., pág. 13).

## Competencias de las Mutuas colaboradoras en la gestión de IT

médico de la Seguridad Social? ¿no es este último un profesional con capacidad más que suficiente para determinar si el estado de salud del trabajador le incapacita o no para el trabajo? ¿por qué se le da entonces a las MATEPS la posibilidad de realizar propuestas de alta pese a que, según reza el art. 68.2 LGSS, sus competencias se limitan a una colaboración en la prestación económica?

Sospecho que la razón de fondo hay que buscarla en la interrelación que existe en la práctica entre las MATEPS y los empresarios que la conforman. Por una parte, es cierto que la MATEP, como asociación, no dispone de patrimonio propio, por lo que en principio no cabe apreciar una finalidad económica en su actuación, por cuanto que *a priori* le debe resultar indiferente obtener o no excedentes económicos al final del ejercicio anual; por otra parte, también es verdad que, según ley, los empresarios que conforman una MATEP no pueden obtener lucro alguno por el hecho de tener cubiertas tales contingencias con las MATEPS y no con el Ente Gestor de la Seguridad Social. No obstante, creo que a nadie se le escapa que la cuestión de fondo tiene que ver con que las MATEPS están conformadas por empleadores y que, a éstos, a título individual, sí les supone un coste económico que sus trabajadores se encuentren en situación de IT.

Si a lo expuesto se le une que este mismo empresario al que la MATEP ha gestionado las contingencias de la Seguridad Social y al que, insisto en ello, sí le supone un perjuicio económico que su trabajador se encuentre de baja, puede convertirse en un “cliente a captar” por la MATEP cuando ésta actúa como servicio de prevención externo, la cuestión adquiere otros matices.

De acuerdo con la regulación legal, la relación entre un empresario y una MATEP puede ser doble: de un lado, la MATEP gestiona –o colabora en la gestión de– las contingencias de la Seguridad Social de una empresa sin obtener beneficio económico alguno; de otro, la MATEP puede estar interesada en que esa misma empresa contrate sus servicios en materia preventiva, por los cuales sí obtiene una contraprestación económica<sup>81</sup>.

Pues bien, si la MATEP pretende ser rentable desde esta última perspectiva, le interesa “captar” cuantos más empresarios mejor; empresarios que, no se olvide, deben ser los mismos a los que tal MATEP gestione las contingencias de la Seguridad Social y a los que sí les supone un coste económico que las situaciones de IT de sus trabajadores se prolon-

(81) Piénsese que, junto a las actividades que las MATEPS pueden realizar en la cobertura de las contingencias profesionales, y por ende, con cargo a cuotas de la Seguridad Social, estas asociaciones también pueden desarrollar funciones como servicios de prevención externos ex art. 32 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales y normas reglamentarias de desarrollo. Estas actividades que serán voluntarias para las MATEPS sólo podrán realizarse en relación con los empresarios a ellas asociadas y previa firma de un contrato especial de servicios denominado “concierto”. Pues bien, en este concierto, entre otras muchas cosas –identificación de la entidad especializada que se contrata a tales efectos; identidad de la empresa destinataria de la actividad, etc.– se fijarán las condiciones económicas del mismo, esto es, la contraprestación económica que percibirá la MATEP por la prestación de estos servicios así como la forma y condiciones de pago por parte de la empresa receptora de los servicios.

Al respecto de las competencias de las MATEPS en materia preventiva, véase, asimismo, y por todos, BLASCO LAHOZ, J. F., *Las Mutuas de Accidentes de Trabajo...*, cit., págs. 422 y ss.; GARCÍA MURCIA, J., “El papel de las MATEPS en la prevención de riesgos laborales”, TS, núm. 100/1999, págs. 33 y ss.

guen en el tiempo<sup>82</sup>. La comunicación de intereses es evidente. Y no creo que sea mucho imaginar que uno de los mecanismos de los que pueden disponer las MATEPS en aras de incrementar el número de contratos en materia preventiva, es el de garantizar un mayor control en materia de Seguridad Social a los empleadores que las contraten como servicio de prevención ajeno<sup>83</sup>.

Pocos días después de hacerse público un Informe del Tribunal de Cuentas en el que se denunciaba la situación que acaba de describirse, es decir, que efectivamente la correlación de intereses en el seno de las MATEPS generaba efectos perversos traducibles, entre otras cosas, en la financiación de la actividad preventiva con fondos públicos procedentes de las cuotas que se les abonaba en su función como Entes Colaboradores en Seguridad Social (de ahí que lo insinuado en líneas anteriores adquiriera todavía más fuerza), se aprueba el RD 688/2005, de 10 de junio, por el que modifica el régimen de funcionamiento de las MATEPS como Servicio de Prevención Ajeno. Lo más novedoso de esta última norma es que para que las MATEPS puedan continuar actuando como Servicio de Prevención Ajeno disponen de dos posibilidades: 1ª) bien deberán constituir una “Sociedad de Prevención”, bajo la modalidad de sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada que, entre otras cosas, estará constituida íntegramente por capital de la MATEP, y que únicamente podrá actuar como Servicio de Prevención ajeno, debiendo acreditar, para ello, que dispone de medios humanos y materiales propios<sup>84</sup>; 2ª) bien deberán tramitar un expediente que les autorice a la continuación de la actividad mediante una organización específica e independiente de la correspondiente a las funciones y actividades de colaboración en la gestión de la Seguridad social en los términos fijados por la Disposición Transitoria Tercera<sup>85</sup>. Lo que se pretende con estas medidas es garantizar una mayor y

(82) De hecho, no han sido pocas las acusaciones de utilización impropia, cuando no ilegal, de los presupuestos de prevención a otros fines. Como ejemplo: financiación de servicios que correspondería a las propias empresas (compra de aparataje médico o preventivo, etc.); cargo a ese presupuesto de material ajeno a la prevención (campañas de imagen, etc.) e incluso de parte de sus gastos corrientes (de gastos de personal y administración). (UGT, *Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social*, Cursos de formación para delegados, Escuela Julián Besteiro, Valencia, 1999, págs. 53 y ss.)

(83) Seguramente con la intención de evitar parte de los efectos perversos que puede generar esa correlación de intereses, la Intervención General de la Seguridad Social adoptó el pasado 25 de febrero una resolución por la cual se dictaban nuevas instrucciones a las MATEPS en relación a la compensación de costes que establece la Resolución de 28 de diciembre de 2004, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social. Esta resolución resultaba de aplicación a las MATEPS que, de conformidad con lo establecido en el art. 10 de la Orden de 22 de abril de 1997, desarrollasen actividades de prevención de riesgos laborales como servicios de prevención ajenos de sus empresas asociadas, utilizando para ello medios humanos y materiales adscritos al desarrollo de las actividades preventivas comprendidas dentro de la cobertura de las contingencias profesionales de la Seguridad Social. Se pretendía seguramente clarificar esta compleja cuestión que se genera cuando la citada Orden de 1997, pese a que exige a las MATEPS diferenciar los recursos materiales, humanos y económicos destinados a cada actividad, permite que éstas usen para la actividad preventiva, que es privada, los mismos medios que utilizan para llevar a cabo su labor en materia de Seguridad Social, aunque, eso sí, mediante una compensación.

(84) No obstante, con el fin de que la transmisión de la actividad preventiva de la MATEP a la Sociedad de Prevención se realice sin solución de continuidad, la Disposición Transitoria Segunda, apartado 4, prevé la posibilidad de que durante tres años, prorrogables por otros dos, puedan seguir utilizándose los bienes muebles e inmuebles adscritos a su función como Ente Colaborador de la Seguridad Social.

(85) Aunque en ese caso el proceso de segregación deberá estar concluido en el plazo máximo de un año desde la fecha de aprobación. Una vez agotado dicho plazo, las MATEPS no podrán utilizar para el desarrollo de las funciones correspondientes a los servicios de Prevención los medios humanos y materiales e inmateriales adscritos a la colaboración en la gestión de la Seguridad Social.

mejor separación entre las actividades que a día de hoy puede compatibilizar la MATEP, e indirectamente, también, favorecer el control sobre dichas entidades. Contribuyendo todo ello además, según proclama la Exposición de Motivos del citado RD 688/2005, a superar la restricción a la libre competencia que supone la actuación de las MATEPS, en las condiciones hasta la fecha existentes, en relación con los restantes servicios de prevención ajenos.

La reciente adopción de esta norma impide realizar, a día de hoy, valoraciones concluyentes sobre los efectos pretendidos. Aun así, no me gustaría dejar de resaltar el “efecto boomerang” que esta reforma puede generar en la actuación de la MATEP como Ente Colaborador en materia de Seguridad Social. En efecto, por una parte, muy favorable me parece que se quiera diferenciar entre los instrumentos personales y patrimoniales que la MATEP utiliza cuando presta un Servicio Público (Seguridad Social) frente a los que utiliza, previo pago del empresario, en su calidad de Servicio Privado (Servicio de Prevención Ajeno). Pero si ello va a suponerle a la MATEP un perjuicio, en términos competitivos, frente al resto de Servicios de Prevención Ajeno, se amplían considerablemente las posibilidades de que la MATEP utilice el “cebo” de la Seguridad Social, entendido como mayor control en materia de IT por bajas comunes, a efectos de incrementar el número de contratos en materia preventiva. Los servicios de prevención ajenos que diseña el nuevo RD son formalmente distintos, pero siguen dependiendo económicamente de la MATEP<sup>86</sup>, de la que también dependerá que la permanencia del trabajador en IT, incluso por causas comunes en los términos expuestos, se prorrogue más o menos tiempo.

La situación puede ser muy gravosa, sobre todo, en aquellas patologías que siendo calificables de “comunes” resultan de difícil apreciación externa. En supuestos como lumbalgias, depresión, o similares, la manifestación de la enfermedad no presenta una clara evidencia. Su mayor o menor repercusión en la capacidad del trabajador dependerá de la valoración que al respecto realice el facultativo médico. Y de acuerdo con el razonamiento expuesto, no creo que haya que ser muy perspicaz para apreciar el motivo por el cual la imparcialidad del

**LA MATEP GESTIONA LAS CONTINGENCIAS DE UNA EMPRESA SIN OBTENER BENEFICIO PERO PUEDE QUE ÉSTA CONTRATE SUS SERVICIOS EN MATERIA PREVENTIVA A CAMBIO DE UNA CONTRAPRESTACIÓN ECONÓMICA**

(86) Según el RD 688/2005 el capital con el que se conformen las sociedades o que se destinen a las organizaciones específicas debe pertenecer íntegramente a la MATEP [art. 1.3.a), apartados 1, 2, 5 de la Disposición Transitoria Segunda y Disposición Transitoria Tercera].

médico de la MATEP a la hora de valorar si estas enfermedades afectan a la capacidad para el trabajo no es equiparable a la imparcialidad del facultativo de la Seguridad Social. Máxime teniendo en cuenta que el primero está sujeto a un contrato de trabajo con una MATEP a la que le interesa “captar” clientes en sus funciones de servicio de prevención ajeno; que estos clientes deben ser los mismos empleadores a los que tal MATEP gestiona las contingencias de la Seguridad Social, y que a ellos sí les supone un coste económico que los trabajadores se encuentren en situación de IT.

La reducción de este gasto económico, pues, puede utilizarse como “moneda de cambio” por las MATEPS en los términos expuestos<sup>87</sup>. Ahora bien, de ser así, es evidente que la atribución de mayores competencias a las MATEPS en la “colaboración de la gestión de la prestación económica de IT por contingencias comunes” puede pervertir el sistema público de Seguridad Social, por cuanto que implica el riesgo de que un uso desviado haga que el ahorro económico se imponga a la protección de la salud del trabajador<sup>88</sup>. En consecuencia, por mucho que afirme el legislador en el sentido de que la finalidad de la atribución de estas competencias a las MATEP es la de la reducción del fraude, cabe plantear si lo que verdaderamente se persigue con tales normas no es sino disminuir el gasto económico, pese al riesgo de poner en peligro el nivel de protección en la salud que ex art. 41 CE están obligados a garantizar los poderes públicos de forma suficiente<sup>89</sup>.

(87) En ese sentido, se ha dicho que “se aprecia un solapamiento entre las actividades que deberían cobrar las Mutuas como servicio de prevención ajeno y aquellas otras que deberían realizar gratuitamente. Al respecto, la prevención se puede convertir, o se está convirtiendo ya, en un elemento más de competencia entre las Mutuas, lo que sólo beneficia a las grandes empresas y a las grandes Mutuas” (UGT, *Las Mutuas de Accidentes...*, cit., pág. 54).

(88) En sentido contrario, esto es, defendiendo los éxitos que las MATEPS están cosechando en esta nueva actividad, ver VALENZUELA DE QUINTA, E., “Las Mutuas de Accidentes de Trabajo...”, cit., págs. 558 y 559.

(89) En ese sentido me interesa resaltar que, tal y como se ha señalado, el nivel de suficiencia ante situaciones de necesidad que en base a tal precepto constitucional deben garantizar los poderes públicos es “una función social del Estado no ‘privatizable’ y que excluye en principio –si bien cada vez menos– cualquier decisión de política legislativa tendente a conferir ámbitos de iniciativa privada en el propio espacio de la acción protectora pública” (MARTÍNEZ BARROSO, M.R., *Relaciones entre...*, cit., pág. 81).

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

**Consideración preliminar. 1. Derecho comunitario y derecho interno. 2. Legislación estatal y Comunidades Autónomas. 3. Ley y convenio colectivo.** A) Cláusulas de jubilación forzosa. B) Negociación colectiva y Administración Pública. C) Normas legales imperativas y contenido del convenio. **4. Reglamento y convenio colectivo. 5. El convenio colectivo como norma.** A) Partes negociadoras. B) Ámbito de aplicación. C) Convenio colectivo aplicable. D) Contenido. E) Modificación. **6. Ley y contrato de trabajo. 7. La función reguladora de la autonomía individual. 8. Condición más beneficiosa.**

**CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

La presente crónica abarca las sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 13 a 16 de 2004 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 1785 a 2431). La doctrina que en ellas se contiene, con carácter general, no puede calificarse como novedosa, sino más bien como consolidación de líneas de tendencia ya asentadas. Destaca, sin lugar a dudas, la frecuencia de los conflictos sobre la validez de las cláusulas convencionales sobre jubilación forzosa tras la derogación de la Disposición Adicional Décima ET, sobre la responsabilidad salarial de las Administraciones Públicas respecto de los profesores de colegios concertados, y sobre la responsabilidad en el pago de las cuotas colegiales de los ATS/DUE. Las soluciones que se ofrecen destacan por su uniformidad, lo que sin duda favorece la seguridad jurídica.

**1. DERECHO COMUNITARIO Y DERECHO INTERNO**

Una única sentencia cabe reseñar en este apartado, y no especialmente innovadora. El plazo de transposición de las directivas, como se sabe, es de obligado cumplimiento, y el hecho de que la demora sea imputable a uno de los entes territoriales que lo conforman no exime de responsabilidad al Estado, pues la organización administrativa descentralizada no es óbice para considerar que todos esos entes forman un todo, el Estado, que es el obligado a garantizar el respeto al Derecho Comunitario. Esa doctrina, ya clásica, es recordada por STJCE de 16 de diciembre de 2004, I.L. J 1803. El TJCE condena a Austria por la

falta de transposición en plazo de la Directiva 90/269/CEE, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular dorsolumbares, para los trabajadores. En el ámbito federal la transposición se había producido, pero no así en el Land de Corintia, porque el Gobierno Federal carecía de competencias para dictar la correspondiente normativa. El TJCE, como en tantas otras ocasiones, afirma que la organización interna de un Estado no justifica el incumplimiento del plazo de transposición. En idéntico sentido, específicamente respecto de España, se pronunció la STJCE de 25 de noviembre de 1998 (C-214/96).

## 2. LEGISLACIÓN ESTATAL Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La determinación del sujeto responsable de satisfacer las cuotas colegiales de los ATS/DUE al servicio de la Seguridad Social que han sido transferidos a las CCAA (cuotas que constituirían suplidos a cargo del empleador), está siendo objeto de una desbordante litigiosidad, lo que exime de cita exhaustiva, máxime cuando en crónicas anteriores ya ha sido expuesta con detalle la cuestión. En cualquier caso, las **SSTS de 20 y 25 de octubre y de 22 de diciembre de 2004**, I.L. J 2374, 1956 y 2415 resultan suficientemente ilustrativas. En ellas, con remisión a la doctrina reiterada desde la STS de 29 de septiembre de 2003 (recurso u.d. 4725/2002) —aunque ya se podía deducir de la STS de 19 de junio de 1989 (recurso por infracción de ley)—, se acude a la Ley 12/1983, de Proceso Autonómico, para imputar al INGESA la responsabilidad por las cuotas abonadas al Colegio con anterioridad a la transferencia, ya que esa norma impone a la Administración del Estado el deber de regularizar la situación económica y administrativa del personal a su servicio con carácter previo al traslado a la Comunidad Autónoma.

## 3. LEY Y CONVENIO COLECTIVO

El período de referencia ha sido especialmente prolífico en conflictos entre estas normas jurídicas. Los tribunales se sirven del principio de jerarquía para hacer prevalecer la norma legal, que en muchas ocasiones es calificada, con razón, como derecho imperativo, y por tanto de necesario respeto, lo que evidentemente reduce el margen de maniobra de la negociación colectiva. Como se anunció, no hay doctrina especialmente novedosa, sino reiteración de soluciones ya conocidas, aunque conviene reseñar alguna matización en materia de jubilación forzosa y un cambio de orientación, quizá todavía titubeante, respecto de los límites convencionales al importe de las horas extraordinarias.

### A) Cláusulas de jubilación forzosa

Como es conocido, la jurisprudencia ha estimado que tras la derogación de la Disposición Adicional Décima ET por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, ha desaparecido la imprescindible habilitación legal para que los convenios colectivos fijen edades de jubilación forzosa [SSTS de 9 de marzo de 2004 (recursos u.d. 765/2003 y 2319/2003), 6 de

## I. Fuentes del Derecho

abril de 2004 (recurso u.d. 3427/2003), 28 de mayo de 2004 (recurso u.d. 3803/2003) y de 15 de diciembre de 2004 (recurso u.d. 6506/2003), entre otras]. Ello no obsta la validez y eficacia de las cláusulas contenidas en convenios suscritos con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley citado (el 4 de marzo de 2001), pero las posteriores han de reputarse nulas, ya que suponen una discriminación por razón de edad. Así lo reiteran, en el período de referencia, las SSTS de 9, 15 y 20 de diciembre de 2004, I.L. J 2406, 2365 y 2411, y la STSJ de Galicia de 15 de mayo de 2004, I.L. J 1869.

De especial interés resulta la STS de 2 de noviembre de 2004, I.L. J 2249, que asume y defiende esa postura, pero aclara además que la cláusula de jubilación forzosa únicamente despliega efectos tras la derogación de la Disposición Adicional Décima ET en tanto el convenio colectivo se encuentre dentro de su vigencia ordinaria, de modo que las prórrogas posteriores al plazo de vigencia originalmente pactado no suponen una extensión de la eficacia de la cláusula de jubilación forzosa, que ha de entenderse derogada una vez llegado a término el plazo inicialmente pactado. En el caso de la sentencia se produjo un pacto expreso de renovación, pero los argumentos parecen plenamente operativos ante la prórroga por falta de denuncia prevista en el art. 86.2 ET.

Mayor complejidad presenta el supuesto de hecho conocido por la STSJ de Madrid de 25 de mayo de 2004, I.L. J 1853. Cuando la Administración autonómica asumió las competencias en materia de Cámaras de la Propiedad Urbana, se concedió a los trabajadores fijos de la Cámara de la Propiedad Urbana de Madrid el derecho a la integración como personal laboral de la Comunidad de Madrid. Quienes optaron por la integración pasaron a regirse por el Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad de Madrid, por cuanto no se produce en puridad —o al menos así lo entiende la sentencia— una transmisión de empresas que justifique la aplicación del art. 44 ET, sino la integración de un trabajador en otro ente que le encomienda funciones distintas. Sin embargo, al trabajador demandante no le fue reconocido el derecho a la integración, porque había cumplido 65 años en ese momento, y el Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad de Madrid establecía precisamente esa edad como detonante de la jubilación forzosa, lo que a juicio de la Administración hacía también inviable el inicio de una relación laboral superada la edad límite. Por consiguiente, el trabajador debía continuar al servicio de la Cámara de la Propiedad Urbana que, en el proceso de liquidación, decidió extinguir el contrato del demandante, pero no el marco del expediente de regulación de empleo, sino recurriendo al despido por causas objetivas.

El Convenio Colectivo litigioso fue firmado el 30 de junio de 2001 y aprobado por Resolución de 10 de octubre de 2001, por lo que, al ser posterior a la derogación de la Disposición Adicional Décima ET, no podía establecer una edad de jubilación forzosa. De ahí que la cláusula en la que se había amparado la Comunidad de Madrid para negar la integración del demandante sea declarada nula por la sentencia. En consecuencia, la sentencia reconoce al demandante, por una parte, el derecho de opción que le fue negado, y, por otra, declara nulo el despido, por cuanto la Cámara de la Propiedad Urbana no había seguido los trámites del despido colectivo, como sí había hecho con el resto de trabajadores, incurriendo en discriminación prohibida por razón de edad. En conclusión, se condena a la Cámara a afrontar las consecuencias del despido nulo, y se rehabilita el

derecho de opción del trabajador, que podrá decidir si quiere integrarse como personal laboral en la Comunidad de Madrid.

### **B) Negociación colectiva y Administración Pública**

La incidencia del convenio colectivo en el ámbito de la Administración Pública, por las evidentes particularidades de las relaciones laborales en ese ámbito, ha sido objeto también de alta litigiosidad en este período, desde dos perspectivas perfectamente identificables. El primero de los supuestos, con una dimensión cuantitativa menor, pero con significación propia por la trascendencia que podría alcanzar en el futuro, hace referencia al ámbito de aplicación del convenio colectivo, y en concreto a la eventual inclusión de una Administración Pública en el ámbito de aplicación de un convenio colectivo negociado teóricamente por y para sujetos privados. El segundo, numéricamente mucho más relevante, atiende a la clásica cuestión de los límites a la negociación colectiva en la Administración Pública por el imprescindible respeto a las habilitaciones de gastos presupuestarias, pero con un matiz, porque los convenios colectivos en cuestión eran negociados no para la propia Administración Pública, sino para centros educativos concertados.

Respecto de la primera cuestión, la **STS de 7 de octubre de 2004**, I.L. J 2317, atribuye un valor a la eficacia *erga omnes* del convenio colectivo estatutario que probablemente desborda los límites naturales de la autonomía colectiva, ya que a su juicio el ET “no hace distinciones de ningún género acerca de que los obligados sean únicamente quienes estuvieron representados en la negociación”, lo que indudablemente es cierto, pero añade “o pudieron estarlo”. En esta tesitura, la sentencia entiende que el Convenio Colectivo Estatal de Centros de Asistencia de Educación Infantil no sólo se aplica a las guarderías privadas, sino también a las Administraciones Públicas —en este caso un Ayuntamiento— que hayan constituido un servicio de guardería y no hayan negociado un convenio propio para los trabajadores que allí presten servicios. La sentencia considera irrelevante que el Ayuntamiento no forme parte —ni *de facto* pueda hacerlo porque las asociaciones empresariales no aceptarían su afiliación, ni la Administración Pública la solicitaría— de las asociaciones con legitimación para negociar ese convenio.

La solución se basa en un pretendido “vacío normativo” ante la ausencia de convenio propio, justificación sin duda endeble, porque el Estatuto de los Trabajadores resulta plenamente aplicable, y la autonomía individual plasmada en el contrato de trabajo gozaría de un amplio margen de actuación. En realidad, la sentencia parece claramente imbuida por el principio *pro operario*, ya que ante la falta de convenio colectivo el Ayuntamiento únicamente ofrecía como retribución el SMI, sustancialmente inferior al previsto en el Convenio Estatal citado; el propósito, loable, no permite sin embargo alterar artificialmente el ámbito de un convenio colectivo, como pone de manifiesto el **voto particular** que acompaña a la sentencia, en el que más fundadamente se defiende que un convenio colectivo firmado por sujetos privados no puede vincular a la Administración Pública, que prácticamente por definición debe orientar su actuación a la satisfacción de intereses generales. En buena lógica, y como a continuación aduce el propio voto particular, si-

## I. Fuentes del Derecho

guiendo la doctrina mayoritaria habría que aplicar el convenio de limpieza al personal de limpieza, el de la construcción al personal dedicado a esa actividad, etc., atomizando el régimen jurídico del personal laboral al servicio de una Administración Pública de forma innecesaria y, posiblemente, inconveniente.

Aunque no se refiere a una Administración Pública, parece una interpretación más adecuada de la eficacia *erga omnes* del convenio colectivo la sostenida por la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 13 de octubre de 2004**, I.L. J 2101. En ella se defiende que no se ven obligados por un convenio colectivo estatutario sujetos ajenos a la representatividad, siquiera potencial, de los negociadores. Por consiguiente, las comunidades de propietarios no se encuentran comprendidas en el ámbito de aplicación de los convenios para la actividad de la limpieza, por más que éstos contengan cláusulas genéricas de aplicación al personal de limpieza no sujeto a otro convenio colectivo. No cabe presumir que las comunidades de propietarios pertenezcan a las asociaciones empresariales de la limpieza, porque aquéllas no son empresas de limpieza (aunque la sentencia admite prueba en contrario). El convenio colectivo, así pues, no puede extenderse más allá de la representatividad de sus negociadores, como ya habían defendido, respecto un supuesto de hecho similar, las SSTSJ de Madrid de 21 de octubre de 1999 y 26 de junio de 2001 (recursos de suplicación 3951/1999 y 174/2001).

En cuanto a las limitaciones de la autonomía colectiva para obligar a la Administración Pública, es pacífico que el convenio colectivo no puede vincular a la Administración más allá de los límites presupuestarios. Ahora bien, los conflictos sobre ese particular versan de ordinario sobre convenios colectivos negociados por y para la propia Administración Pública. La particularidad de las sentencias aquí comentadas estriba en que la relación laboral que origina el conflicto se concierta entre sujetos privados, aunque los fondos con que se hace frente a las obligaciones salariales son públicos. En concreto, la cuestión consiste en delimitar la responsabilidad de las Administraciones Públicas por las deudas salariales que los colegios privados concertados mantienen con sus trabajadores. En principio, la Administración tiene obligación de pago delegado, que la sentencia extrae de los arts. 47 a 49 LO 8/1985, de 3 de julio; aunque estos preceptos se encuentran derogados en la actualidad, el art. 76.5 LO 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, sostiene igualmente que “los salarios del personal docente serán abonados por la Administración al profesorado como pago delegado y en nombre de la entidad titular del centro, con cargo y a cuenta de las cantidades previstas en el apartado anterior”.

En esta tesitura, las sentencias se ocupan de reclamaciones salariales por derechos reconocidos en el convenio colectivo ante la negativa tanto del colegio como de la Administración a proceder a su abono por entender el primero que es obligación de la Administración con base en el concierto, y de la segunda por estimar que su responsabilidad no puede superar en ningún caso el importe destinado al concierto en los correspondientes presupuestos. En concreto, son varias las sentencias en las que los demandantes, con base en el Convenio Colectivo Estatal para las Empresas de Enseñanza Privada Concertada, solicitan un premio de antigüedad por superar los 25 años de servicio, premio consistente en una mensualidad extraordinaria por cada quinquenio cumplido. La **STSJ de Extremadura de 23 de septiembre de 2004**, I.L. J 1791, considera que, en principio, la Administración

está obligada a proceder al pago delegado, si bien dicha responsabilidad no es ilimitada, sino que encuentra su techo en el montante asignado presupuestariamente al concierto. En consecuencia, una vez superada esa cantidad, el colegio concertado será el único responsable de las obligaciones salariales.

Sobre estas bases, la STSJ de Extremadura confirma la sentencia de instancia, condenando al Centro concertado y no a la Administración, por haberse agotado ya la consignación presupuestaria correspondiente para el año 2003 en el momento en el que el trabajador alcanzó los 25 años de antigüedad. En cualquier caso, y como señala la **STSJ de Aragón de 14 de junio de 2004**, I.L. J 2028, es menester que se alegue y se demuestre que se han superado las previsiones presupuestarias, porque de lo contrario, como resuelve la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 2 de noviembre de 2004**, I.L. J 2253, la Administración habrá de responder.

Conviene recordar que la STS de 20 de julio de 1999 (recurso de casación u.d. 3482/1998), en la que se discutía un complemento salarial por jefatura de estudios, ya advertía que la responsabilidad de la Administración que subvenciona se limita a los supuestos en que no se haya agotado la partida presupuestaria para el año en curso fijada en la correspondiente Ley de Presupuestos (dividida conforme a las partidas establecidas en el art. 13 RD 2377/1985, de 18 de diciembre). De esta forma, cuando se han superado las previsiones presupuestarias el complemento salarial es debido por la empleadora. Las **SSTS de 22 de noviembre de 2004**, I.L. J 2246, **2 y 21 de febrero de 2005**, (recursos 6616/2003 y 6677/2003) niegan la identidad de razón entre los conflictos de complemento de jefatura y los de premio de antigüedad, porque mientras el primero era un concepto asentado susceptible de ser presupuestado por conocido, el segundo constituía una novedad del convenio colectivo y era razonable que no hubiera partida presupuestaria. Por tanto, niega la contradicción y no resuelve sobre el fondo. Por el contrario, la **STS de 27 de octubre de 2004**, I.L. J 2318, sí aborda aspectos sustanciales, y confirma que la responsabilidad de la Administración en estos supuestos está limitada por la consignación presupuestaria. Aduce que la negociación colectiva no puede modificar las previsiones de una Ley de Presupuestos, ya que ello supondría vulnerar el art. 82.3 ET cuando afirma que los convenios colectivos sólo vinculan a los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito.

### **C) Normas legales imperativas y contenido del convenio**

Las relaciones ley-convenio se mueven a menudo en términos de complementariedad o suplementariedad, debido a que la ley laboral se caracteriza por la configuración de mínimos mejorables por la autonomía privada, bien colectiva bien en su caso individual. No obstante, en otras ocasiones la ley prefiere adoptar una posición dominante, rígida, constriñendo o incluso eliminando el espacio del convenio colectivo. Pero ello no impide que en la práctica se produzcan contradicciones no resueltas en todo caso de manera similar, como ha sucedido respecto de la retribución por horas de presencia y extraordinarias.

## I. Fuentes del Derecho

Las horas de presencia son el objeto de atención de la **STSJ de Galicia de 4 de junio de 2004**, I.L. J 1864. El Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Xunta de Galicia regula un complemento de disponibilidad horaria para compensar posibles llamamientos a prestar servicios en cualquier momento o bien una modificación de jornada. El demandante, conductor, percibía ese complemento, que ascendía a 56.261 pesetas mensuales, pero entiende que es de aplicación, como norma jerárquicamente superior, el Reglamento de Jornadas Especiales. Con base en él, el tiempo de presencia debería retribuirse con un salario de cuantía no inferior a las horas ordinarias (art. 8.3 RD 1561/1995). La sentencia advierte, por un lado, que la mera disponibilidad no supone una prestación de servicios real, por lo que no merece el tratamiento de las horas extraordinarias; por otro, que el convenio colectivo regula de forma completa la relación, resulta autosuficiente (siempre que respete el ET), y no hay necesidad de acudir al Reglamento de Jornadas Especiales.

La argumentación, así expuesta, no resulta convincente, porque el complemento convencional, con independencia de su denominación, retribuye el tiempo de espera, y debería, en principio, respetar la previsión del RD 1561/1995. La contradicción entre el Reglamento de Jornadas Especiales y el convenio colectivo existe a pesar de que la sentencia la niegue; ahora bien, el eventual conflicto no ha de suponer necesariamente la nulidad de la cláusula del convenio colectivo, como señalaron las SSTs de 12 de febrero de 2002 (recurso casación u.d. 1355/2001) y de 18 de marzo de 2003 (recurso de casación 91/2002), que en un supuesto análogo hicieron prevalecer la previsión convencional. La doctrina contenida en esas sentencias se asienta en la necesidad de analizar el convenio colectivo como un todo unitario, porque aunque un determinado aspecto pueda resultar desfavorable al trabajador, se presupone que los negociadores habrán conseguido alguna ventaja que compense la renuncia.

Dichas sentencias se apoyan asimismo en la STS de 27 de febrero de 1995 (recurso 981/1994), que con base en similares argumentos hizo prevalecer el convenio colectivo cuando la retribución fijada en éste para la hora extraordinaria era inferior a la ordinaria, a pesar del taxativo rigor del art. 35 ET. Aunque resulte un argumento *ex abundantia*, constituía en ese momento un pilar consistente en el que sustentar la prioridad del convenio colectivo sobre una norma aparentemente imperativa, porque se adoptaba la misma solución para dos supuestos análogos. No obstante, esa unidad de criterio parece romperse tras las SSTs de **28 de noviembre de 2004**, I.L. J 2384 y de **3 de diciembre de 2004**, I.L. J 2304, por cuanto han estimado que el art. 35.1 ET contiene una norma imperativa y de derecho necesario, de cuya interpretación literal se deduce sin ambages que la remuneración de la hora extraordinaria no puede ser inferior a la de la hora ordinaria. Por otra parte, la **STSJ de Cataluña de 30 de abril de 2004**, I.L. J 2061, añade que la retribución fijada en el convenio colectivo debe abonarse incluso por las horas que superen la jornada máxima de la actividad concreta, o el límite de horas extraordinarias. Tal situación podría derivar en responsabilidad administrativa, pero no habilita para pedir una retribución superior por ese tiempo de trabajo.

Una manifestación asimismo de la relación ley-convenio se encuentra en la **STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de julio de 2004**, I.L. J 1912. El convenio colectivo establecía un sistema de guardias, que la empresa modificó unilateralmente para evitar exceder el

límite anual de horas extraordinarias. El convenio preveía que el sistema de guardias se negociase entre el empresario y los representantes de los trabajadores, por lo que éstos consideran nula la decisión empresarial de acudir al art. 41 ET ante el fracaso de las conversaciones. La sentencia afirma que el deber de negociar no implica deber de convenir, y que el art. 41 ET es una norma de orden público que no puede ser desvirtuada por la negociación colectiva, de modo que el empresario siempre podrá adoptar la medida con base en ese precepto cuando no se llegue a un acuerdo en el período de consultas. No obstante, la sentencia entiende que la decisión empresarial es nula porque altera el régimen de turnos y amplía la jornada (es suficiente el efecto potencial, y por tanto no es necesario acreditar que en la práctica se hayan producido esos excesos), por lo que en atención al art. 41.2 ET la modificación sustancial debía provenir de un acuerdo. Se ratifica así el fallo de la sentencia de instancia –nulidad de la decisión–, pero no sus fundamentos, porque en ésta se había dado prevalencia al procedimiento establecido en el convenio colectivo sobre el previsto legalmente en el art. 41 ET.

La **STSJ de La Rioja de 19 de octubre de 2004**, I.L. J 2120, reconoce asimismo la “naturaleza imperativa mínima” del art. 41 ET, y por consiguiente admite la modalización convencional de las causas de modificación sustancial limitando, pero no ampliando, las posibilidades concedidas legalmente, lo que en buena lógica impide la configuración de procedimientos menos garantistas para los trabajadores. De este modo, si la empresa no cumple los requisitos adicionales plasmados en el convenio la medida será nula. En este caso concreto, la empresa debía informar sobre determinados resultados a los representantes legales de los trabajadores, a los propios trabajadores y a los técnicos sindicales antes de modificar el sistema de trabajo y rendimiento, obligación que incumplió y por ello la sentencia declara nula la medida.

Otro ejemplo claro de norma legal de carácter imperativo que no puede ser objeto de alteración convencional lo ofrece la **STS de 22 de noviembre de 2004**, I.L. J 2221. El Convenio Colectivo de Unión FENOSA para la zona norte concede a los trabajadores de la empresa el suministro gratuito de energía eléctrica. La empresa, sin embargo, efectúa las retenciones correspondientes a los impuestos que gravan el suministro de energía eléctrica. Los trabajadores consideran que esa ventaja debe proporcionarse de manera completamente gratuita, y que la empresa ha de asumir tales cargas porque ése es el espíritu de la cláusula convencional. La sentencia deniega la pretensión, porque el art. 26.4 ET no lo permite. Las cargas fiscales debe asumirlas el responsable, y no cabe ni pacto, ni práctica de empresa, ni condición más beneficiosa en contra del mandato legal.

Problemas de norma aplicable se plantean en los supuestos de sucesión en la explotación, ya sea tras estricta sucesión de empresas desde la perspectiva del art. 44 ET, ya sea por sucesión de contratistas o de adjudicatarios de un servicio público. Como es sabido, el régimen jurídico de esas situaciones difiere, y así lo pone de manifiesto la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 4 de octubre de 2004**, I.L. J 2100. En ella se aclara que la sucesión de contratistas o adjudicatarios de un servicio público se rige por la norma sectorial o convencional de referencia y no por el art. 44 ET, como la jurisprudencia ha declarado

## I. Fuentes del Derecho

repetidamente [por ejemplo en la STS de 5 de abril de 1993 (recurso de casación u.d. 702/1992)]. De este modo, el hecho de que la empresa entrante deba subrogarse en las relaciones laborales de los trabajadores que prestan servicios en la actividad depende de que así lo haya establecido el convenio colectivo o, en su caso, el pliego de cláusulas convencionales, pero esa subrogación no conlleva *per se* responsabilidad solidaria o subsidiaria respecto de las deudas del anterior contratista o adjudicatario: habrá que atender a la norma sectorial o convencional para dilucidar si dicha responsabilidad existe o no. En el supuesto de hecho de la sentencia comentada, el Convenio Colectivo de Ayuda a Domicilio de Castilla y León liberaba de toda responsabilidad al empresario entrante, y la sentencia ratifica esa exoneración.

Aunque el principio de igualdad trasciende y excede normalmente de las relaciones entre la Ley y el convenio colectivo, pues de ordinario ha de resolverse sobre parámetros de constitucionalidad, en ocasiones no se acude al art. 14 CE para declarar la conformidad al ordenamiento de una determinada previsión convencional sospechosa de trato desigual o discriminatorio, sino que la decisión se sustenta en normas legales por el aspecto al que afecta la desigualdad de trato. Así sucede con las SSTSJ de Valencia de 24 de junio de 2004, I.L. J 2200 y de Castilla y León (Valladolid) de 18 de octubre de 2004, I.L. J 2166, donde los convenios colectivos respectivos reconocían el complemento de antigüedad únicamente a los trabajadores fijos, y no al personal temporal. Las sentencias anulan los concretos preceptos, pero no con base en el art. 14 CE, sino en la redacción dada por la Ley 12/2001 al art. 15.6 ET, y apoyándose en la Directiva 1999/70/CE. Además, advierten que el carácter público del empleador le obliga a un mayor respeto al principio de igualdad. Los argumentos empleados son sustancialmente idénticos a los contenidos en la STS de 23 de octubre de 2002 (recurso de casación u.d. 3581/2001).

### 4. REGLAMENTO Y CONVENIO COLECTIVO

Al margen de la colisión entre el convenio colectivo y el Reglamento de Jornadas Especiales en materia de “tiempo de presencia”, a la que antes se aludió, no hay novedades reseñables en este período, sino más bien alguna referencia incidental, no por ello exenta de relevancia, a las relaciones entre el reglamento y el convenio colectivo. En concreto, la STS de 21 de octubre de 2004, I.L. J 2087, defiende que la determinación de las condiciones de descanso semanal (duración y momento de disfrute) depende íntimamente del contexto. La sentencia no prioriza entre las diversas fuentes que pueden confluir, y no opta por una jerarquización entre el convenio colectivo y el Reglamento de Jornadas Especiales; por el contrario, defiende una interpretación sistemática de las normas en juego (además del reglamento, los convenios o pactos de aplicación, incluido en su caso el contrato de trabajo), de modo que las fuentes de ámbito más reducido (contratos o pactos de empresa) se inserten en una estructura normativa más compleja para alcanzar una solución armónica.

Por otro lado, la transferencia de medios personales a las CCAA puede originar asimismo conflictos en materia de fuentes reguladoras. El supuesto de hecho de la STSJ del País Vasco de 30 de noviembre de 2004, I.L. J 2392, así lo ilustra. Un trabajador indefinido

del Ministerio de Agricultura fue transferido en 1996 a la Administración del País Vasco en el puesto de conductor. El Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad Autónoma del País Vasco declara integrado en el mismo al personal transferido. Un Decreto autonómico de 1997 aprobó las relaciones de puestos de trabajo, y en ellas no figuraba el puesto del demandante, que se había amortizado; el trabajador resultó entonces adscrito al puesto de chófer, reservado en principio a los funcionarios, por Resolución del Director de la Función Pública. A tenor del convenio colectivo, el nivel 13 de funcionario (al que pertenecen los chóferes) equivale al grupo retributivo 2 del convenio colectivo del personal laboral. Como con anterioridad el trabajador se encontraba en el grupo 3, se le abona un complemento para compensar la diferencia de retribuciones y posibilitar el mantenimiento de los derechos económicos. Sin embargo, el trabajador solicita las retribuciones del grupo 4 del convenio colectivo, en la que se encuentra la categoría de conductor.

Sobre estas bases, la sentencia se decanta por aplicar en su totalidad el convenio colectivo. Entiende que “chófer” es equivalente a conductor y que a los trabajos de igual valor les corresponde un salario de igual valor. El hecho de que el trabajador haya sido transferido a una Comunidad Autónoma y que se haya integrado en uno u otro cuerpo resulta indiferente, y la equiparación con los funcionarios no procede porque ante un supuesto de relación laboral sólo se aplica la normativa laboral —en este caso el convenio colectivo— y afirma que sólo ésta es válida (“enjuiciamos un supuesto de relación laboral, y toda la normativa de trabajo es la que tiene virtualidad en la posible interpretación de las normas que se realicen, y sólo éstas son las válidas”), considerando inadecuada la equiparación retributiva con los funcionarios que efectuaba la citada Resolución del Director de la Función Pública. La solución plantea algunos interrogantes. Quizá la sentencia podría haber estimado que el convenio colectivo ha de contar con un espacio natural de actuación, o que el convenio colectivo es jerárquicamente superior a la Resolución citada; pero abordar el problema exclusivamente desde la perspectiva de la naturaleza laboral o no de la norma resulta ciertamente discutible. Cabría además preguntarse si tal posicionamiento se habría mantenido de haber sido realizada la equiparación por Decreto o incluso por una norma con rango de Ley.

## 5. EL CONVENIO COLECTIVO COMO NORMA

La negociación colectiva, origen de la norma jurídica más característica del Derecho del Trabajo, suscita lógicamente controversias de muy variada índole, que en el período de referencia se centran en la legitimación para negociar, su campo de aplicación o la posible modificación *ante tempus* de su contenido, cuestiones por lo general ya manidas, aunque en ocasiones aparecen conflictos que raramente llegan a conocimiento de los tribunales.

### A) Partes negociadoras

Las cuestiones de legitimación suelen derivar en litigios relativos a la libertad sindical, pero a veces se presentan supuestos con peculiaridades evidentes, que paradójicamente

## I. Fuentes del Derecho

sirven para recordar las líneas maestras de nuestro sistema de negociación colectiva. El convenio colectivo es norma jurídica, siempre, claro está, que haya sido negociado y suscrito con respeto a los requisitos previstos en el Título III ET. Aunque explícitamente no se prevé, se deduce sin dificultad de las referencias legales a empresarios y trabajadores que las partes negociadoras deben defender intereses contrapuestos. La **STS de 18 de noviembre de 2004**, I.L. J 1887, incide precisamente en esta última circunstancia, porque las asociaciones que negociaban el acuerdo en nombre del empleador tenían como asociados a quienes materialmente desarrollaban la actividad, los destinatarios del convenio colectivo en definitiva. La confusión entre intereses empresariales y laborales hace inviable la suscripción de un convenio estatutario, y para justificarlo la sentencia recurre al fraude de ley. La doctrina, con todo, no es novedosa, pues ya se recogía, aunque sin referencia al fraude de ley, en la STS de 22 de diciembre de 1998 (recurso de casación 1212/1996).

### B) Ámbito de aplicación

En su momento se aludió a las dificultades que puede suscitar la incorporación simultánea —e involuntaria— al convenio, en calidad de empleadores, de sujetos de carácter público y de carácter privado, situación hasta ahora desconocida, pero que a partir de la **STS de 7 de octubre de 2004**, I.L. J 2317, podría alcanzar singular relevancia. Otros supuestos resultan menos novedosos, como el conocido por la **STS de 26 de octubre de 2004**, I.L. J 1841, que reitera, una vez más, que el Convenio Único para el Personal Laboral de la Administración del Estado no es de aplicación al personal contratado para trabajar en el extranjero. Cierto es que en un principio el TS admitió la inclusión de quienes habían sido contratados en España [STS de 18 de marzo de 2003 (recurso de casación u.d. 1671/2002)]. Sin embargo, a partir de la STS de 14 de mayo de 2003 (recurso de casación u.d. 1477/2002) se excluyó del convenio a todo el personal contratado para prestar servicios en el extranjero con independencia del lugar de celebración del contrato.

Si los convenios colectivos estatutarios tienen eficacia *erga omnes*, los extraestatutarios cuentan con naturaleza contractual y eficacia *inter partes*, como tradicionalmente ha sostenido la jurisprudencia. La **STSJ de Galicia de 30 de junio de 2004**, I.L. J 1865, reitera esa doctrina jurisprudencial, admitiendo asimismo la posibilidad de adhesión tácita, porque la adhesión al pacto extraestatutario, como señaló la STC 108/1989, de 8 de junio, es “libre, no puede ser en ningún caso cuestionada, ni necesita para ejercerse que el convenio mismo la prevea”, y, en palabras de la STS de 10 de junio de 1998 (recurso de casación 294/1998), dicha adhesión puede tener lugar “en forma tácita si el trabajador recibe y acepta sin protesta las ventajas del nuevo acuerdo, pues ello siempre sería expresión de un consentimiento”. Sin embargo, la STSJ de Galicia niega que en el caso concreto se hubiera producido una adhesión tácita, porque la creencia manifestada por el trabajador afectado de que el acuerdo le vinculaba no supone una auténtica adhesión, en la medida que ésta no puede tener lugar si el contenido del Acuerdo, como sucedía en ese supuesto, era desconocido por el trabajador. En cualquier caso, el Tribunal, a la postre, concluye que la eficacia del Acuerdo es una cuestión nueva, no susceptible de discusión en suplicación si no se ha alegado en la instancia, donde no se había cuestionado la validez del convenio como estatutario.

### C) Convenio colectivo aplicable

La determinación del convenio colectivo aplicable puede resultar una operación compleja, por la potencial concurrencia de varios de ellos sobre el mismo ámbito y la indeterminación inicial sobre la norma más favorable. Ahora bien, en ocasiones hay criterios adicionales que permiten identificar el convenio colectivo que ha de regir los derechos y obligaciones de los comprendidos en su ámbito subjetivo, como sucede en la **STSJ de Madrid de 5 de julio de 2004**, I.L. J 1998, que aborda la siempre compleja cuestión del convenio colectivo aplicable en caso de cambio de empresario. El Ayuntamiento de Arganda del Rey había convocado concurso para la limpieza de edificios municipales, pero el adjudicatario se comprometía a subrogarse como empleador de los trabajadores del Ayuntamiento que en esos momentos prestaban tales servicios, y a aplicar a los afectados el convenio colectivo del personal laboral del Ayuntamiento. La contratista, sin embargo, abonó el salario conforme al Convenio para el personal de Limpieza de Edificios y Locales de la Comunidad de Madrid, inferior en cuantía al que fijaba el convenio del Ayuntamiento. La sentencia, en aplicación de los principios interpretativos de los arts. 1281 a 1289 CC, declara correcta la sentencia de instancia que hizo prevalecer la obligación establecida por el pliego de cláusulas del concurso, y condenó a la adjudicataria a que abonase la diferencia salarial que se deriva de la aplicación del convenio del Ayuntamiento.

### D) Contenido

La **STSJ del Principado de Asturias de 16 de abril de 2004**, I.L. J 2041, defiende que el abono por parte de la empresa de una retribución superior a la que reconoce el convenio colectivo no legitima en todo caso la actuación empresarial. La empresa demandada, en lugar de atender a la remuneración fijada por el Convenio Colectivo de la Construcción del Principado de Asturias, satisfacía un salario global en aplicación de un pacto de empresa, cuya cuantía superaba la recogida en el Convenio. A efectos formales, dicho salario global se distribuía entre los conceptos retributivos establecidos en el Convenio y se añadía un complemento denominado “pacto salarial” por el importe de la diferencia. La sentencia entiende que el mero hecho de que la retribución sea más alta no la convierte en jurídicamente admisible, porque el art. 29 del convenio colectivo citado sólo admite la absorción del plus de toxicidad por salarios pactados más altos cuando los salarios atiendan al puesto y no a la categoría. De este modo, califica las disposiciones del Convenio en este punto como mínimas y obligatorias. Por consiguiente, si las retribuciones se abonan en atención a la categoría profesional y no al puesto de trabajo, quienes desempeñen trabajos que darían lugar al plus de toxicidad o penosidad tienen derecho a percibirlo, aunque su retribución mensual supere la pactada en el Convenio.

### E) Modificación

Escasas novedades se han producido en este período sobre las posibilidades de alteración de un convenio colectivo durante su vigencia, de modo que sustancialmente se reiteran soluciones conocidas. La **STS de 18 de octubre de 2004**, I.L. J 2076, se apoya en doctri-

## I. Fuentes del Derecho

na previa –STS de 21 de febrero de 2000 (recurso de casación 686/1999)–, y acepta la modificación de un convenio colectivo durante su período de vigencia por una comisión negociadora válidamente constituida. Además, no encuentra inconveniente para que dicha modificación entre en vigor el mismo día de su publicación en el diario oficial correspondiente. En este caso se introducía una Disposición Adicional Decimoséptima en el IV Convenio Único para el personal laboral de la Xunta de Galicia, con objeto de eliminar los privilegios que el propio convenio establecía para la promoción interna.

Especial interés presenta la modificación de las mejoras voluntarias. La **STSJ del País Vasco de 27 de enero de 2004**, I.L. J 2117, con cita de la STS de 18 de julio de 2003 (recurso de casación u.d. 3064/2003), recuerda que los convenios colectivos posteriores pueden disponer de las mejoras voluntarias reconocidas en los anteriores. La **STS de 3 de noviembre de 2004**, I.L. J 2085, por su parte, reitera la conocida jurisprudencia sobre mejoras voluntarias, que remite su régimen jurídico a la norma de constitución. En ese supuesto, el convenio colectivo concedía el derecho a un complemento sobre la pensión de jubilación a quien de mutuo acuerdo se jubilaba a partir de los 60 años. El demandante, despedido con anterioridad a esa edad, pretende transferir el importe proporcional del complemento desde el fondo de previsión constituido por su empleador, una entidad bancaria, a otro instrumento, por entender que había generado un derecho consolidado. Sin embargo, el TS entiende que con tal exégesis se vulnerarían las pautas interpretativas del Código Civil, y en especial su art. 1283, ya que se introducirían “cosas distintas y casos diferentes a aquéllos sobre que los interesados se propusieron contratar”. De este modo, el complemento queda limitado a los trabajadores que alcancen la edad de 60 años con un contrato vigente, pues hasta ese momento sólo poseen una mera expectativa de derecho. La solución, con todo, era previsible, pues ya se había pronunciado de igual forma en unificación de doctrina la STS de 5 de mayo de 2003 (recurso de casación u.d. 3495/2002).

### 6. LEY Y CONTRATO DE TRABAJO

Las relaciones conflictuales entre ley y contrato de trabajo parecen situar el contexto, *prima facie*, en el terreno de la norma legal imperativa inatendida por el acuerdo entre empresario y trabajador. Sin embargo, no se han producido litigios de esa índole en el período de referencia, sino que, en puridad, las relaciones ley-contrato sólo se han manifestado en la confusa y recurrente situación de los trabajadores de Correos y Telégrafos tras su conversión en entidad privada. Marginalmente cabría reseñar la **STSJ de Baleares de 14 de enero de 2004**, I.L. J 2045, que constata la inaplicación, incluso como norma supletoria, del Estatuto de los Trabajadores al personal estatutario –como había apuntado ya la STS de 10 de marzo de 1994 (recurso de casación u.d. 1295/1993)–, por cuanto no es una relación laboral, sino una “relación funcional especial” (art. 1 Ley 55/2003).

Respecto de Correos y Telégrafos, la **STSJ de Navarra de 15 de abril de 2004**, I.L. J 2182, conoce de uno de los innumerables conflictos en materia laboral que ha generado la conversión en sociedad anónima de esa entidad. En concreto, el 2 de octubre

de 2003 llegó a su fin el contrato de una trabajadora que venía prestando servicios con anterioridad al momento en que Correos y Telégrafos se convirtió en entidad privada. Dicho contrato, de interinidad, quedaba extinguido por haberse resuelto el concurso de traslados que cubriría la plaza. El art. 58 Ley 14/2000, en sus apartados 16 y 17, afirma que “el personal laboral de la entidad pública empresarial Correos y Telégrafos quedará integrado en la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima, desde la fecha de la inscripción en el Registro Mercantil de su escritura de constitución, conservando sus contratos con la antigüedad, categoría y retribuciones que tuvieran consolidados en la entidad pública y con pleno respeto de los derechos y situaciones administrativas que tuvieran reconocidas y en especial las normas sobre incremento de retribuciones que establezcan las Leyes de Presupuestos Generales del Estado” y que “a partir de la fecha del inicio de la actividad de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos Sociedad Anónima, el personal que la sociedad necesite contratar para la adecuada prestación de sus servicios lo será en régimen de derecho laboral”. Sobre estas bases, la sentencia entiende que el contrato se rige por la ley vigente en el momento de la contratación. Ello significa que el contrato de interinidad suscrito mientras Correos y Telégrafos era una entidad pública se rige por la normativa vigente en ese momento, por lo que el contrato de interinidad puede prolongarse en tanto no se cubra la plaza, como era el caso. Por el contrario, si el contrato hubiera sido suscrito con posterioridad, sí le afectaría el plazo de 3 meses previsto en el segundo párrafo del art. 4.b) RD 2720/1998 para cubrir las vacantes en una empresa privada.

En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ del País Vasco de 15 de marzo de 2005** (recurso de suplicación 2075/2004), que, por cierto, sitúa como fecha de referencia, aparentemente, el 1 de agosto de 2004. En varias ocasiones la sentencia alude a ese día, lo que ha de considerarse una errata, ya que con toda seguridad pretende referirse al 1 de agosto de 2001. Ciertamente es que hasta el momento hay confusión en la doctrina judicial sobre el momento en el que produce efectos la conversión en entidad privada de Correos y Telégrafos, pero sea como fuere dicho momento se sitúa entre finales de junio y principios de agosto de 2001, y no en agosto de 2004. Por ejemplo, las **SSTSJ de Castilla y León (Valladolid) de 18 de abril de 2005** (recurso de suplicación 570/2005), **de Navarra de 9 de marzo de 2005** (recurso de suplicación 78/2005) y **de Castilla-La Mancha de 14 de marzo de 2005** (recurso de suplicación 1996/2004) sitúan la inscripción de la escritura pública en el Registro Mercantil el 29 de junio de 2001, al igual que hace la STSJ de Navarra aquí comentada. Sin embargo, la STSJ de Cantabria de 17 de febrero de 2005 (recurso de suplicación 81/2005) considera como fecha clave el 21 de julio de 2001; y la STSJ de Cataluña de 15 de abril de 2003 (recurso de suplicación 8123/2002) alude al 1 de agosto de 2001.

En fin, solución diferente ofrece la **STSJ de Galicia de 27 de enero de 2005** (recurso de suplicación 5813/2004), que declara inaplicable el plazo de tres meses a un contrato de interinidad suscrito en junio de 2003, porque entiende que las características de Correos y Telégrafos, aún después de su conversión, permiten mantener su tratamiento como Administración Pública a estos efectos. A la misma conclusión llega la **STSJ de Aragón de 4**

## I. Fuentes del Derecho

de octubre de 2004 (recurso de suplicación 895/2004) con base en el Convenio Colectivo aplicable, que a juicio de la sentencia habilitaría a Correos y Telégrafos para contratar como entidad pública más allá del plazo de inscripción en el Registro Mercantil.

Una última línea de interpretación consiste en defender que Correos y Telégrafos está sometida a la legislación laboral como ente privado desde el mismo momento de su transformación en sociedad anónima, y que ésta se aplica a todos sus trabajadores con independencia de la fecha de contratación. La STSJ de Castilla y León (Burgos) (recurso de suplicación 379/2004) ilustra esta posición, aunque se apoya en la conocida SAN de 10 de febrero de 2004 (procedimientos núms. 147/2003 y 149/2003), en la que se declaró fijos a los interinos cuyo contrato había excedido de los tres meses. El fallo de esta última sentencia, probablemente excesivo, debe ser puesto en relación con su FJ 5º, en el que señala que “la cuestión decisiva se centra en determinar el régimen aplicable al personal laboral contratado después de la fecha señalada”, que la sentencia sitúa el 29 de junio de 2001, de lo que podría inferirse el mantenimiento de la situación anterior para los contratados previamente.

### 7. LA FUNCIÓN REGULADORA DE LA AUTONOMÍA INDIVIDUAL

Los pactos entre empresario y trabajador resultan, es claro, una fuente de derechos y obligaciones de la relación laboral. Evidentemente, las materias y el alcance de esos acuerdos están mediatizados en buena medida por el respeto a los derechos reconocidos por las normas de superior rango, pero aun así las posibilidades resultan considerables, en la línea ya anunciada de mejora de los mínimos legales. De este modo, incluso puede pactarse el reconocimiento de una antigüedad superior a la que estrictamente se posee. Pero en otras ocasiones los pactos pueden redundar en perjuicio del trabajador, bien por adicionar requisitos para la percepción de complementos salariales o bien por suponer una renuncia previa a la vía judicial. Todas estas cuestiones, y alguna más, han merecido atención de la doctrina judicial en este período.

La autonomía individual goza también de cierto margen de actuación en momentos previos al nacimiento de la relación laboral. La STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de julio de 2003, I.L. J 1986, se ocupa de la promesa de contrato o precontrato, con el propósito de dilucidar las consecuencias de su incumplimiento. Siguiendo consolidada doctrina jurisprudencial, en estos casos no se produce un despido, de modo que únicamente cabrá solicitar una indemnización por daños y perjuicios [por todas, SSTs de 30 de marzo de 1995 (recurso de casación u.d. 2496/1994) y de 4 de noviembre de 1999 (recurso de casación u.d. 259/1999)]. En el supuesto de la sentencia comentada, el vicepresidente de la cooperativa demandada comunica al demandante que había superado el proceso de selección y que, en consecuencia, era el elegido para el puesto, por lo que le requiere para que presente la documentación pertinente y le comunica que la prestación de servicios comenzará tres semanas después. El trabajador extinguió el contrato que en esos momentos le unía a otra empresa, pero finalmente la cooperativa decidió no contratarle. La sentencia confirma la condena a una indemnización de 41.441,15 euros, además del interés legal, una sanción de 300 euros y las costas.

Ya en el marco de una relación laboral iniciada, la **STSJ de Madrid de 15 de junio de 2004**, I.L. J 1797, considera conforme a los principios de igualdad y no discriminación el pacto entre empresario y trabajador por el que aquél reconoce a éste una antigüedad superior a la que estrictamente se derivaría del cómputo de la prestación de servicios real, con las consecuencias que ello puede generar, por ejemplo, en el cálculo de la indemnización por despido.

Por otro lado, el consentimiento del afectado tiene una relevancia decisiva en el supuesto de hecho de la **STS de 28 de diciembre de 2004**, I.L. J 2371, que vuelve a abordar los problemas derivados de la descentralización del servicio de *handling* en Iberia [SSTS de 11 de abril de 2000 (recurso de casación u.d. 2846/1999) o 23 de octubre de 2001 (recurso de casación u.d. 804/2000)]. Como se sabe, esa descentralización productiva no da lugar a una auténtica sucesión de empresas —y por ello no se aplica el art. 44 ET—, sino que se trata de una cesión contractual, lo que significa que la subrogación empresarial en los contratos de trabajo está supeditada a la aceptación por parte de los trabajadores, no siendo suficiente el consentimiento de los representantes ni el acuerdo entre dos empresas plasmado en el pliego de cláusulas de contratación. La sentencia niega la contradicción con la jurisprudencia comunitaria, a tenor de la cual la mera sucesión de plantillas constituye una transmisión de empresas, porque en todo caso tal situación debería producirse de forma efectiva y pacífica, y no puede estimarse que exista sucesión de empresas por la simple transmisión de trabajadores (sin elementos patrimoniales) cuando ni siquiera los propios trabajadores consienten e incluso impugnan la legitimidad de esa sucesión.

Aunque el supuesto es muy particular, y difícilmente clasificable dogmáticamente, conviene hacer referencia a las **SSTS de 13 y 20 de diciembre de 2004**, I.L. J 2350 y 2305, en las que destaca, no el supuesto de hecho en sí, sino la argumentación seguida por el TS para llegar a su conclusión. Los estatutos de “Espigol, Cooperativa Valenciana” establecían que para la resolución de las controversias debía acudirse a un arbitraje de equidad, a cargo de tres personas designadas por la propia cooperativa, lo que podría suponer una renuncia previa de los cooperativistas a la vía judicial por el solo hecho de pertenecer a la cooperativa. El TS acude a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, reguladora del arbitraje en derecho privado, porque entiende que es de aplicación supletoria. Conforme a esa norma, interpreta que los Estatutos de la Cooperativa son una forma de contrato de adhesión, y que por ello la designación de los árbitros debe efectuarse en condiciones de igualdad, lo que no ocurría en el caso enjuiciado, donde la cooperativa tenía en todo caso la facultad de designación. Además, entiende que a tenor de la Ley 7/1998 deben excluirse del contrato de adhesión las cláusulas que el adherente no haya tenido ocasión de conocer de manera completa al tiempo de celebración del contrato, como sucede con la renuncia previa a la vía judicial a favor del arbitraje. La argumentación se antoja forzada, fruto de la necesidad de encontrar el adecuado sustento para un fallo que parecía predeterminado *a priori*. El recurso a la Ley 60/2003 es discutible, porque aunque propiamente no se trata de un arbitraje laboral, el conflicto nace de una prestación de servicios similar, asimilada si se quiere, sometida a la jurisdicción social;

## I. Fuentes del Derecho

pero la analogía con los contratos de adhesión, y la aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, suponen un salto lógico evidente que la sentencia no salva de forma convincente.

Por último, la **STSJ de Aragón de 17 de junio de 2004**, I.L. J 2030 conoce de un conflicto sobre retribuciones en el ámbito médico. El Servicio Aragonés de Salud supeditó el abono de un complemento de productividad para los médicos de atención primaria a la suscripción por parte de los propios médicos de un Pacto de Gestión en el que se definían unos objetivos a conseguir. Los médicos demandantes no suscribieron dicho pacto, pero sí alcanzaron los objetivos, por lo que reclaman el complemento de productividad correspondiente a 2002. La sentencia considera que la previsión normativa del complemento de productividad (en la fecha de autos el ya derogado art. 2 Real Decreto-Ley 3/1987) no impide que su abono se supedite al cumplimiento de determinadas condiciones individuales y colectivas, entre ellas la suscripción del Pacto de Gestión citado, sobre todo cuando ese instrumento está dirigido a la mejora de un servicio público. La falta de suscripción determina la pérdida del complemento, o su no generación si se quiere, se cumplan o no los objetivos.

### 8. CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

Como se sabe, constituye reiterada doctrina jurisprudencial que para el nacimiento de la condición más beneficiosa “es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión, de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho y se pruebe, en fin, la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo. Es la incorporación al nexo contractual de ese beneficio el que impide poder extraerlo del mismo por decisión unilateral del empresario; manteniéndose en definitiva el principio de intangibilidad unilateral de las condiciones más beneficiosas adquiridas y disfrutadas” [por todas, STS de 11 de marzo de 1998 (recurso de casación u.d. 2616/1997)].

La **STS de 17 de septiembre de 2004**, I.L. J 2003, reitera esa doctrina para resolver el supuesto de hecho en el que una empresa de seguros ha venido abonando reiteradamente a los empleados de uno de sus centros de trabajos (desde 1975 al menos) dos pagas anuales (en junio y noviembre) denominadas “compensación al alza del coste de la vida”, aunque se basaban en determinadas partidas salariales. La empresa decide suprimir esas pagas, que califica como una mera liberalidad. El TS considera probada la manifiesta voluntad de atribución de un derecho al trabajador, por más que la empresa pretenda disfrazar las pagas como concesión graciosa. La misma doctrina reproduce la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 15 de noviembre de 2004**, I.L. J 2251, respecto de un plus de actividad que, no previsto en el convenio, se venía satisfaciendo durante al menos una década por la prestación de servicios en determinados sábados. El demandante reci-

bía esa cantidad con independencia de que trabajase o no en sábado, e incluso durante las vacaciones y los períodos de incapacidad temporal, por lo que la sentencia entiende que se cumplen los requisitos de una condición más beneficiosa. En consecuencia, no cabe supresión unilateral por la empresa, sin perjuicio de una eventual aplicación de los principios de absorción y compensación.

**IVÁN ANTONIO RODRÍGUEZ CARDO**

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

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

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

## CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica analiza las sentencias recogidas en los números 9-12 (2004) de *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 1785 a 4 I.L. 31) en torno al concepto de trabajador.

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

#### A) Presupuestos sustantivos

– STSJ de Baleares de 15 de marzo de 2004 (recurso de suplicación 65/2004), I.L. J 2047.

1. La sentencia plantea, conjuntamente, problemas relativos a la viabilidad de procedimiento de oficio, actos de alta y afiliación de oficio por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social y presunción fáctica de las actas de infracción y liquidación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en relación todo ello con la cuestión relativa a la existencia o inexistencia de relación laboral entre quien estaba en la empresa en horas de trabajo, en apariencia de realizar actividad por cuenta ajena, y la empresa titular de la sede social de referencia.

2. La sentencia defiende la posibilidad de que la TGSS, de modo directo y expreso, practique —en aplicación de los arts. 13.4 y 100.2 de la LGSS, así como los arts. 26.1, 29.1.3 y 35.1.2 del RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social— de oficio la afiliación, altas, bajas que procedan en la Seguridad Social, cuando compruebe, por consecuencia de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de los datos obrantes en las entidades gestoras y servicios comunes o por cualquier otro procedimiento, el incumplimiento por quienes correspondan —empresarios o trabajadores— de las obligaciones que les incumben en esta materia. La prescripción del art. 149 de la LPL resulta aplicable en otros supuestos, los cuales se ciñen, de nuevo, a la impugnación de las resoluciones administrativas dictadas en ejercicio de las potestades de sanción y liquidación. Como ha observado la doctrina científica, el precepto introduce una suerte de cuestión prejudicial devolutiva excluyente, cuya *ratio* consiste en evitar que la misma situación fáctica reciba calificaciones jurídicas contrapuestas en ámbitos jurisdiccionales diferentes. Sentado que la sede natural para apreciar y declarar si existe o no relación de trabajo es el orden jurisdiccional social, el riesgo de decisiones judiciales discordantes pronunciadas en ramas jurisdiccionales distintas sólo surge a propósito del sector de la actuación administrativa que controla la jurisdicción contencioso-administrativa. No puede originarse, en cambio, en relación con las cuestiones y aspectos competencia de los tribunales del orden social, cual ha sido, hasta la reciente reforma del art. 3.1.b) de la LPL operada por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, todo lo relativo a

## II. Trabajador

las resoluciones de la TGSS concernientes a afiliación, altas y bajas en la Seguridad Social, y de ahí que, en tales casos, carezca de todo sentido y utilidad acudir al procedimiento de oficio previsto en el art. 149. Procedimiento en el que no se alteran las reglas sobre el *onus probandi* que rigen en el proceso ordinario, contrariamente a lo que sostiene la recurrente. Las actas de la Inspección conservan su presunción legal de certeza, y los actos administrativos, su general presunción de acierto.

3. Fuera de lo expresado anteriormente, el interés de la sentencia respecto de la existencia o inexistencia de relación laboral es pequeño y se limita a aplicar la presunción de laboralidad regulada en el art. 8.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, sin entrar en detalles sobre el ámbito funcional de la presunción una vez modificado el precepto en el sentido de limitar la eficacia presuntiva a los supuestos en los que concurren los cuatro presupuestos sustantivos de laboralidad, a saber, la actividad prestada voluntariamente, la actividad retribuida, la actividad dependiente y la actividad por cuenta ajena. A la postre, la cita del art. 8.1 ET es básicamente retórica y lo que verdaderamente determina la apreciación de existencia de relación laboral entre los litigantes es la manifestación que en tal sentido se contiene en las actas levantadas por la Inspección de Trabajo, es decir, la presunción de veracidad sobre los hechos contemplados de modo directo por los funcionarios de aquel cuerpo. O, si quiere decirse de otro modo, lo que tiene lugar en definitiva es la combinación de dos presunciones laborales de la misma naturaleza, en cuanto presunciones *iuris tantum*, presunciones ambas *ex lege*, vinculada la primera a la propia presencia de los requisitos legales exigibles para la configuración de la relación de trabajo y relacionada la segunda con las facultades de comprobación de los inspectores de trabajo y seguridad social.

– STSJ de Cantabria de 4 de octubre de 2004 (recurso de suplicación 1076/2004), I.L. J 2159.

1. El recurso de suplicación a resolver se presenta frente a la sentencia de instancia que declara la naturaleza contractual administrativa de la relación entre el demandante y la Consejería de Sanidad del Gobierno de Cantabria, desestimando la pretensión del primero de declarar la laboralidad de la misma. La ponente, basándose en que la cuestión que suscita el recurso es de orden público procesal, elabora su propio relato fáctico, dentro del cual cabe destacar los siguientes datos: El actor, licenciado en Farmacia, concertó con la entidad demandada sucesivos contratos administrativos de asistencia técnica desde el 1 de noviembre de 96 hasta el año 2003; su retribución se pactaba anualmente, si bien se abonaba de forma mensual; sus servicios se prestaban dentro del Plan Regional de Drogas, para lo cual concurría a concurso junto a otros farmacéuticos presentando la mejor oferta para la Consejería. En el último año el demandante se comprometió a una jornada semanal de 15 horas, distribuida de lunes a viernes, tres horas diarias elegidas libremente; su actividad consistía en la elaboración semanal de preparado de metadona líquida y el control de su dispensación a los centros de distribución. Dicha actividad era desarrollada en la Farmacia del Hospital de Lienres con los materiales que adquiría la Administración. El actor figura en alta en RETA y factura con IVA. Asimismo consta que ha compatibilizado esta actividad con un contrato de trabajo indefinido y a tiempo completo en una farmacia, estando en el momento de la demanda en situación de incapacidad temporal.

2. Partiendo de estos hechos la ponente pasa a analizar los elementos que conducirán a la posible declaración de laboralidad de la relación. El presupuesto del análisis es la aplicación del principio antinominalista vigente en el ordenamiento laboral conforme al cual la denominación otorgada al contrato por las partes es irrelevante, siendo lo determinante de la verdadera naturaleza del mismo la concurrencia de los elementos exigidos por el art. 1.1 ET. Se destaca la ajeneidad en los frutos como nota esencial del contrato de trabajo. En este sentido se destaca cómo el actor desarrolla sus servicios, como antes lo hacía el personal interno del Hospital citado, por orden del Gobierno de Cantabria dentro del Plan de Droga regional. Su prestación es retribuida mensualmente, y es la propia administración la que pone a su disposición los materiales y productos necesarios para ejecutarla. El demandante cumple con sus obligaciones en los horarios que libremente elige, sin que ello haya dado lugar a amonestación alguna. Esta libertad de jornada es perfectamente compatible con el efectivo cumplimiento del trabajo comprometido. Todos estos datos conducen a la ponente a observar la concurrencia de ajeneidad. En cuanto a la dependencia, también se estima existente dado el control sobre los resultados de la prestación realizada. Por otra parte, se pone de manifiesto que para la verdadera existencia de un contrato administrativo de asistencia técnica es necesario que la administración pública pacte con una empresa con sus propios medios materiales y personales, condición que no se cumple en el presente supuesto. Por todo ello se estima el recurso de suplicación y se declara la laboralidad de la relación mantenida entre los litigantes.

3. Efectivamente, el supuesto es resultado de un proceso de externalización de servicios ejecutado por la administración pública sirviéndose de la flexibilidad que le proporciona la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas con mayor variedad en las modalidades de contratación. No obstante esta flexibilidad no debe amparar el uso fraudulento de unos contratos ideados para fines diversos como es el caso que aquí se analiza. En consecuencia, tal y como argumenta la resolución estudiada, y dado que en la relación concurren los presupuestos de laboralidad, la relación en cuestión ha de considerarse laboral y por tiempo indefinido.

### **b) Actividad retribuida**

– STSJ del País Vasco de 25 de octubre de 2004 (recurso de suplicación 1961/2004), I.L. J 2219.

1. La sentencia se ocupa de analizar un interesante caso de un trabajador que fue contratado por un importante grupo de comunicación y, como consecuencia del desempeño de dicho trabajo, comenzó, de forma simultánea, a desarrollar actividades directivas para otra sociedad del mismo grupo. Por este segundo trabajo, pese a sus quejas, tan sólo percibió una prima de 6.000 euros, sin que se le abonase mensualmente cantidad alguna durante tres años. Despedido el trabajador de la primera sociedad, ambas partes llegan, al parecer, a un acuerdo en conciliación, por el que la primera sociedad le abona una indemnización más salarios de tramitación hasta el día de la fecha. Tras ello, el trabajador demanda por despido improcedente a la segunda sociedad, entendiéndose que se trataba

## II. Trabajador

de dos relaciones jurídicas distintas. El Juez de instancia llegó a la conclusión de que se trataba de una única relación laboral, por lo que la misma ya estaba extinguida y, por tanto, entendió que concurría falta de legitimación pasiva y falta de acción.

2. El TSJ confirma la sentencia de instancia, entendiendo que la relación laboral fue siempre sólo una, y entendiendo que no cabe entrar a valorar la responsabilidad solidaria de ambas empresas, ni tampoco si el supuesto constituye cesión ilegal de trabajadores, puesto que ambas cuestiones carecen de relevancia a la hora de enjuiciar el pleito planteado. Para la Sala, el hecho de que durante más de tres años efectivos de trabajo para la segunda sociedad no haya habido retribución específica mensual es un indicio relevante, así como que la tarea en la segunda empresa le fuera encomendada por la primera, que los restantes directores regionales se encontraran en una situación similar, que las dos sociedades dependían de otra dominante, configurando un grupo de empresas, inexistencia de contrato de trabajo con estipulación de condiciones y, por último, finalización de los servicios prestados para la segunda sociedad de forma simultánea al despido en la primera. En definitiva, la sentencia se hace eco de la doctrina del TS sobre el “empresario real”, levantado el velo de la persona jurídica y determinando la existencia de un único empleador.

3. La sentencia se centra en un interesante supuesto que se plantea de forma mucho más frecuente desde la perspectiva de la declaración de existencia de un único empleador relevante para el Derecho del Trabajo que desde la perspectiva de la existencia de una única relación laboral. Nótese que se trata de las dos caras de la misma moneda. Frente a la restrictiva jurisprudencia sobre la determinación de un único empresario en el ámbito de un grupo de empresas, que podríamos calificar como “supuesto agravado” respecto del más frecuente de imputación de responsabilidad solidaria, el TSJ del País Vasco entiende que se trata de una única relación laboral, pese a que elude acudir a los indicios típicos para determinar la existencia de grupo de empresas, así como no se lleva a cabo ni una argumentación ni un énfasis en el hecho de que se haya utilizado a la persona jurídica de forma abusiva o fraudulenta, requisito este que la última jurisprudencia del TS parece exigir para determinar la existencia de un grupo de empresas relevante a efectos laborales. La sentencia que se comenta ignora estos requisitos porque piensa que se trata de una prestación de servicios para un mismo empleador, el grupo de empresas, manifestada mediante la adscripción formal del trabajador a una de las empresas, pese a trabajar para varias. Sin lugar a dudas, parece que se está ante un supuesto de confusión de plantillas “directivas” pero, ¿bastaría con este indicio para que se determinase la existencia de un único empleador a otros efectos, cuando el resto de la plantilla se encuentra perfectamente diferenciada? La solución del caso es correcta, desde mi personal punto de vista, pero no deja de sorprender cómo, desde la perspectiva de la reclamación de un trabajador por existencia de más de una relación laboral, la Sala se muestra más benigna que si se tratase de una reclamación que pretendiese la declaración de existencia de un único empleador a otros efectos, como el reconocimiento de la antigüedad o la declaración de la relación como indefinida. Tal vez porque, pese a no constituir práctica habitual, lo que el grupo de empresas debería haber hecho en este caso es un contrato a tiempo parcial o completo por cada sociedad gestionada, en función del tiempo real de prestación de servicios o, cuando menos, haber incluido la referencia a la prestación indistinta de trabajo para las diferentes sociedades del

grupo por parte de este concreto trabajador. Resulta peculiar que la STSJ tenga que acudir a indicios denostados en otros casos, como la falta de retribución efectiva de trabajo o la inexistencia de contrato laboral con la segunda sociedad. La razón es que la Sala tiene claro que se trataba de una única prestación laboral para el grupo y la exigencia de una indemnización por extinción a cada una de las sociedades es un efecto excesivo en un caso de “confusión de directivos”, tal y como habitualmente sucede a la hora de calificar la “confusión de plantillas” en el seno del grupo de empresas como un supuesto de cesión ilegal, con las consecuencias que de dicha declaración se deriva.

### c) Actividad dependiente

– STSJ de Cataluña de 7 de mayo de 2004 (recurso de suplicación 829/2004), I.L. J 2055.

1. La demandada, asociación privada deportiva, cuyo objeto es la práctica y fomento del deporte del golf y gestiona un club de golf, tenía contratados a cuatro “maestros de golf” para impartir clases de golf a aquellos de sus socios que lo solicitasen, dentro del horario de apertura y cierre de las instalaciones deportivas de la demandada. Los socios solicitaban en la secretaría de la entidad, o directamente al maestro, las clases que querían recibir. Cuando se solicitaba a la secretaria, ésta asignaba a algunos de los profesores que, estando en el club, se encontraban libres o bien al profesor que pedían los socios. En todo caso, fuera de las ventajas que los profesores tenían en el club, recibían directamente de los alumnos el importe de las clases correspondientes, excepto en los años 1990 a 1993 en que los alumnos pagaban en secretaría, entregándose empero por esta dependencia el importe íntegro de lo abonado al profesor.

Por lo que respecta al profesor demandante por despido, durante dos años impartió, además de clases en días laborables en el club, otras clases en sábado y domingo en la escuela infantil del mismo, emitiendo facturas en las que figura el NIF e importes por IRPF y por IVA. En el mes de junio de 2003, la junta directiva acordó reducir el número total de profesionales a seis y comunicar verbalmente a los afectados que “no podrán seguir ejerciendo su actividad profesional en el club” y que “no podrán seguir utilizando las instalaciones del club para el desarrollo de su actividad profesional”.

2. La sentencia de instancia desestima la demanda de despido, sin entrar en el fondo de la misma, al declararse el Juzgado incompetente para conocer de la reclamación por razón de la materia, al entender que entre las partes no existió una relación laboral, sino civil. Intespuesto recurso de suplicación, la Sala confirma aquella resolución, argumentando en primer lugar que la determinación de la naturaleza jurídica del vínculo contractual no es algo que quede a la libre disposición de los contratantes sino que es una clasificación que debe surgir del contenido real de las prestaciones concertadas y de la concurrencia de los requisitos que legalmente delimitan el tipo contractual. Añadiendo que para la configuración de la relación laboral es exigible que el trabajador se halle comprendido en el círculo organicista rector y disciplinario del empleador, de modo

## II. Trabajador

que si no existe tal sujeción el contrato es meramente civil (SSTS de 7 de noviembre de 1985 y 4 de febrero de 1990, no bastando la mera realización de una determinada actividad a favor, o por cuenta, de la persona que la retribuye. Matizando la Sala que la dependencia no se configura en la actualidad como una subordinación rigurosa e intensa, habiendo sido estructurada, primero por la jurisprudencia y luego por las propias normas legales, en un sentido flexible y laxo, bastando con que el interesado se encuentre, dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona (STS de 21 de mayo de 1990). En todo caso, para delimitar relaciones laborales de otras que no lo son “(...) es por tanto fundamental analizar la casuística que puede presentarse en cada supuesto concreto para determinar cuál es la verdadera naturaleza jurídica del vínculo, sin que quepa establecer normas o principios generales para una determinada profesión o actividad, pues el modo y manera de realización de la misma puede diferir enormemente de unos casos a otros y no cabe aplicar en todos ellos una misma calificación”. En el presente supuesto de hecho se inclina la Sala por la inexistencia de relación laboral, habida cuenta que: 1º) de entrada la demandada no es una entidad dedicada a la enseñanza del golf, que precisa disponer para el cumplimiento de sus fines de una serie de profesores para realizar tal actividad, lo que diferencia el presente caso del contemplado por la STSJ de Aragón de 24 de abril de 2000; 2º) además, ha de estarse a la forma en que se prestaban los servicios en el período de tiempo inmediatamente anterior al de la extinción de la misma decidida por la empresa, prescindiendo de otras formas de prestación llevadas a cabo en épocas pasadas; 3º) el importe de las clases no lo fijaba el club sino el propio demandante, quien lo cobraba de los socios directamente. Si bien acudía diariamente a las instalaciones, salvo los lunes, no consta que estuviera obligado a ello, ni que tuviera que cumplir una determinada jornada; ni siquiera consta la inserción del demandante en el ámbito de organización y dirección de la empresa, puesto que podía realizar su actividad del modo que estimara conveniente, sin recibir órdenes e instrucciones de la misma, ni estar sometido a su poder disciplinario.

3. Una vez más la sentencia se mueve en la frontera de las relaciones laborales y civiles, llegando a una conclusión que, a la vista de los hechos, no puede considerarse criticable negativamente. Factor determinante del fallo final de las resoluciones judiciales es, sin duda, el relacionado con el pago de la retribución, pues si verdaderamente sólo puede ser empleador quien asume el coste de la retribución, el abono de ésta por terceros, sin duda alguna sobre el particular, aleja razonablemente la calificación de empresa al club de golf en el supuesto de hecho que soporta aquellas sentencias. Con la particularidad de que, realizada la remisión al orden civil de la jurisdicción, se derivarían dificultades similares ante éste para determinar la existencia de relación contractual ordinaria con el club y derivar de ella responsabilidades, por lo demás seguramente no establecidas por pacto entre las partes. Un caso claro de indefensión final o, mejor expresado todavía, de fácil defensa ante el orden social –caso de que éste hubiera estimado la propia competencia– y de casi imposible defensa ante el orden jurisdiccional civil.

## 2. SUPUESTOS INCLUIDOS

### C) Relaciones laborales de carácter especial

#### a) Alta dirección

– STS de 16 de noviembre de 2004 (recurso para la unificación de doctrina 6010/2003), I.L. J 2242.

1. El demandante tenía plaza de jefe de sección de hematología en un hospital, y suscribió el 15 de julio de 1994 con la Comunidad Autónoma un contrato de trabajo de alta dirección para desempeñar el puesto de gerente de un Centro dependiente de su Consejería de Salud, en el que se fijaba que le sería de aplicación el art. 14 de la Ley 11/1993 de Presupuestos Generales de la Comunidad. Con efectos de 30 de septiembre de 2002 se acordó su cese en dicho puesto y se le concedió su reingreso en el servicio activo en su plaza del Hospital. Durante el último año en que el actor prestó servicios de alto cargo fue retribuido con 49.411,15 euros. Solicita el demandante que le sean abonadas las indemnizaciones por desistimiento del contrato.

2. El art. 9.3 RD 1382/1985, de 1 de agosto, establece que la reanudación de la relación laboral de origen procede “sin perjuicio de las indemnizaciones”, expresión que permite compatibilizar, readmisión y percibo de la indemnización por el cese en un cargo de mayor entidad. En una interpretación armónica con los restantes mandatos del ordenamiento jurídico laboral, se llega a la misma conclusión. Una de las especialidades de este ordenamiento frente al civil es la regulación y tratamiento de las indemnizaciones, que en el ámbito de las relaciones laborales se objetivan en un doble sentido: su procedencia viene fijada legalmente y no en función de la existencia de unos perjuicios sufridos, teniendo el trabajador derecho a la indemnización legalmente establecida, aun en el supuesto de no haberse producido perjuicio alguno en la realidad de un caso concreto. Por otra parte, la cuantificación del importe de las indemnizaciones viene prefijada, bien por norma legal o de convenio colectivo, bien por pacto entre partes y tal cuantía no puede ser objeto de compensación más que en los casos legalmente previstos. Y es el caso que, en el presente problema no existe precepto alguno que permita efectuar esa compensación y, antes al contrario, el tenor literal del mandato legal veta esa posible minoración de las indemnizaciones que fueran procedentes.

3. El régimen jurídico singular del PAD tiene en las causas de extinción y en las indemnizaciones previstas múltiples singularidades, respecto del régimen común propio del ET y es curioso que la STS, diga que se despega del régimen propio de las indemnizaciones de sistema civil, pese a que en el art. 3.3 RD 1382/1985 se dispone que en lo no regulado en el mismo y en el contrato de trabajo entre las partes, se estará a lo dispuesto en la legislación civil o mercantil y a sus principios generales. Parece como si la tensión civil-laboral de este contrato de trabajo especial, se venciese en la decisión por su connotación laboral, con olvido de sus raíces civilistas.

## II. Trabajador

Y así debe ser, pero no porque tenga que aplicarse un régimen especial contradictorio con el civil, en lesión del artículo antes citado, sino porque la indemnización resarcitoria que se dispone en el art 9.3 del citado RD, no contradice ningún principio civil, antes se trata de una indemnización tasada del daño que se produce por una resolución contractual del contrato especial, discrecional y lesiva del derecho al mantenimiento del contrato, que no garantiza la reanudación del contrato común, y que es eventual pues en otros supuestos extintivos no existe tal derecho. Si el contrato se extingue por desistimiento del empresario, sin alegación de causa, como ocurre en el presente caso (art. 11.1 RD 1382/1985), parece incontestable que no se perjudique por la coordinación —perfectamente posible y armónica— con otro derecho como es el de reanudar un contrato que se había pactado que quedaría en suspenso a la vista de lo que ocurriese en el contrato especial. El ejercicio de dos derechos no incompatibles, uno indemniza el resarcimiento tasado del daño de la extinción del contrato especial y el otro legitima para interesar la vuelta al contrato preexistente, que de no ser atendida dará derecho a indemnizaciones mucho más bajas. Se debe ver la armónica estructura y función de los dos derechos, antes que una escisión del modelo civil. La sentencia es incontestable en su decisión.

### 4. ZONAS GRISES

#### D) Profesiones liberales

– STS de 9 de diciembre de 2004 (recurso de suplicación 5319/2003), I.L. J 2356.

1. La cuestión que se plantea en el presente supuesto se circunscribe a la calificación de la relación de servicios médicos existente entre el médico demandante y la entidad demandada. El actor en este proceso pretende la declaración de existencia de una relación contractual de trabajo y la demandada por su parte se opone alegando la excepción de incompetencia de jurisdicción por entender que se trata de una relación de servicios médicos constituida según el tipo contractual de arrendamiento de servicios regulado en el Código Civil. La sentencia de instancia que se dictó en su momento, calificaba la relación de servicios como contrato de trabajo, pero la sentencia de suplicación ha revocado la del Juzgado de lo Social y aceptando la excepción de incompetencia de jurisdicción, argumentó que “la modalidad de servicios médicos contemplada en el caso entra en la órbita del arrendamiento de servicios por lo que su conocimiento corresponde al orden jurisdiccional civil”. Contra este pronunciamiento se interpone recurso de casación para la unificación de doctrina aportando una sentencia de la propia Sala del Tribunal Supremo que ha resuelto con signo distinto a pesar de que los supuestos litigiosos enjuiciados son sustancialmente idénticos.

2. El Tribunal entiende que, de acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal, el recurso debe ser estimado. El demandante pertenece al cuadro médico de la entidad aseguradora “Servicios Médicos de la Banca Oficial” desde diciembre de 1992 y en la actualidad es responsable de la Unidad de Osteoporosis y Jefe del Departamento de Rehabilitación. La entidad programa su prestación de servicios y proporciona el local y el instrumental de trabajo, pone a su disposición un administrativo y una enfermera y fija el horario de

consulta. Por otra parte, “SMBO” acuerda con el propio médico el horario de trabajo y señala, si bien indicativa y no imperativamente, la cadencia habitual entre paciente y paciente. El médico se ha comprometido a la prestación personal de su trabajo con el deber de solicitar permiso por escrito en caso de ausencia por imposibilidad de pasar consulta. A cambio de la obligación de prestar servicios, recibe una suma de dinero calculada a razón de una cantidad por paciente. La cuestión estriba en calificar la relación de servicios existente entre el médico y la entidad, teniendo en cuenta que el Sr. López pretende la declaración de existencia de contrato de trabajo y la entidad se opone alegando que la relación constituida entre ellos es un arrendamiento de servicios.

3. Una vez más, la premisa doctrinal de la que parte el Tribunal es la constantemente repetida de que la “calificación de los contratos no depende de cómo hayan sido denominados por las partes contratantes, sino de la configuración efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual y de las prestaciones que constituyen su objeto”. A pesar de lo reiterado de estos argumentos, la presente sentencia encierra un alto interés por cuanto analiza las notas de la dependencia y de la ajenidad como características definitivas para la determinación de la existencia de una relación laboral y no de un arrendamiento de servicios. En este sentido, el Tribunal reconoce que tanto una como otra nota son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado y que además se manifiestan de muy diversas maneras según las actividades y los modos de producción. Por ello, está justificado que para la resolución de los casos conflictivos se recurra a un conjunto de indicios que indicarían la presencia de la dependencia y de la ajenidad. Como indicios que denotan la concurrencia de la dependencia, el Tribunal recuerda la asistencia al centro de trabajo del empleador y el sometimiento a un horario, también el hecho de desempeñar personalmente el trabajo a pesar de que esto último sea compatible con un régimen de suplencias o de sustituciones, otro indicio es la integración del trabajador en la organización del trabajo del empleador. Como indicios de la nota de ajenidad pueden contarse la entrega por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados al empresario así como la adopción por parte de este último y no del trabajador de las decisiones referentes a las relaciones de mercado, con el público, la selección de la clientela, etc., también el cálculo de una remuneración con carácter fijo o periódico con arreglo a un criterio que guarde proporción con la actividad prestada sin el riesgo o el lucro propio de la actividad del empresario. Hecho este recorrido por la doctrina en la materia, el Tribunal procede a proyectar la misma sobre la relación de servicios médicos para concluir que la misma merece la calificación de contrato de trabajo una vez examinadas las circunstancias más arriba expuestas en las que se produce la prestación de servicios médico para la entidad aseguradora. Lo que resulta más interesante de todo el razonamiento es ver si la jurisprudencia ha elaborado indicios de dependencia o ajenidad específicos de la profesión médica o, en general, de las profesiones liberales, y, en este sentido, el Tribunal aclara que la percepción de una retribución garantizada a cargo, no del paciente sino de la entidad de asistencia sanitaria, en función de una tarifa predeterminada por actos médicos realizados o por número de pacientes asegurados atendidos o atendibles, constituyen indicios de laboralidad. Además hay que tener en cuenta que en la profesión médica, como en general en las profesiones liberales, la dependencia se encuentra muy atenuada e incluso

## II. Trabajador

puede llegar a desaparecer habida cuenta de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica que caracterizan el ejercicio de las mismas.

### I) Trabajadores extranjeros

– STS de 24 de noviembre de 2004, Sala Tercera (recurso de suplicación 2986/2001), I.L. J 1984.

1. Se interpone recurso de casación contra una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid, en la que se desestima un recurso interpuesto en representación de Juan Ramón contra una resolución de 29 de noviembre de 1996 dictada por el Director Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales que denegó la solicitud de permiso de trabajo por cuenta ajena realizada a favor del recurrente. Tal decisión pretendió ser justificada a partir de un informe de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de Empleo, que constataba la existencia de 1.374 demandantes de empleo para la actividad y profesión que se pretendía desarrollar (empleado de hogar).

2. El Tribunal Supremo repasa la normativa sobre extranjería vigente en 1996 en relación con la denuncia de infracción del art. 76.1.a) RD 155/1996 (que desarrollaba la LO 7/1985, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España), alegando que los datos que facilitaba la Dirección Provincial del INEM no se ajustaban a las circunstancias propias de la localidad donde se ofertaba el empleo, Collado-Villalba, pues tan sólo se hacía referencia a la situación laboral que existía en la Comunidad de Madrid. Recuerda el TS que el art. 18.1.a) LO 7/1985 proclamaba la necesidad de tener en cuenta a la hora de conceder y renovar permisos de trabajo a extranjeros “(l)a existencia de trabajadores españoles en paro en la actividad que se proponga desempeñar el solicitante”, previsión que el art. 76.I.1.a) RD 155/1996 concretaba en la toma en consideración, entre otros elementos, de la insuficiencia o escasez de mano de obra en la profesión, actividad y zona geográfica para las que se solicitara el permiso, con la particularidad adicional de que la autoridad competente podría exigir al empleador que solicitara un permiso para un trabajador extranjero la justificación de que había solicitado demandantes de empleo a los servicios públicos de colocación y dado publicidad a su oferta. Todo ello de tal manera que la autoridad competente denegaría el permiso de trabajo cuando lo aconsejera “(...) la situación nacional de empleo” (art. 82 RD 155/1996). Para resolver el litigio planteado el TS acude a la STS de 1 de abril de 2003 en la que se estableció que los preceptos citados habían de interpretarse “(...) en el sentido de que, salvo que concurran especiales razones dignas de ser tenidas en cuenta –como las preferencias que la propia Ley establece o circunstancias de especialización en el trabajo o arraigo del trabajador para el que se solicita el permiso– la existencia de trabajadores en paro inscritos en el sector de actividad para el que se solicita aquél en la zona geográfica correspondiente dispuestos a aceptar la ocupación ofrecida faculta a la Administración para denegar el permiso de trabajo solicitado a favor de un extranjero”. Y, continúa, para comprobar dicha circunstancia la Administración laboral debe solicitar los informes oportunos de los organismos oficiales encargados de gestionar la oferta de empleo y puede exigir del empleador solicitante justificación de que acudió a ellos o realizó su oferta con publicidad para demostrar la inexistencia de trabajadores en paro que estuvieran dispuestos a cubrir el puesto de trabajo ofrecido.

Concretamente, la duda en este caso se plantea respecto de la zona geográfica que se ha tenido en cuenta a la hora de determinar la presencia de posibles demandantes de empleo. El TS reitera la interpretación defendida en la mentada sentencia para sostener que zona geográfica no es sólo el municipio en que radique la ocupación ofrecida, sino que también han de tenerse en cuenta otros municipios próximos. De hecho, en el supuesto enjuiciado el propio trabajador afectado reside en Madrid y está dispuesto a desplazarse hasta la localidad de Collado-Villalba para desempeñar el puesto de trabajo ofertado. En consecuencia, concluye el TS que la sentencia impugnada al desestimar el recurso efectuó una correcta interpretación de los preceptos aplicados, por lo que debe desestimarse el motivo de casación invocado.

3. El interés de esta sentencia reside en contrastar la evolución jurídica que se ha producido en nuestro ordenamiento a la hora de regular la concesión de autorizaciones de trabajo por cuenta ajena. En concreto, el punto clave es el contenido de la exigencia de tener en cuenta la situación nacional de empleo para permitir la contratación de un trabajador extranjero. Frente a la regulación anterior, expuesta en la sentencia comentada, el actual art. 50 RD 2393/2004, que desarrolla la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, precisa qué aspectos han de tenerse en cuenta para ese diagnóstico. En síntesis, se prevé que el Servicio Público de Empleo Estatal elabore, con periodicidad trimestral y previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, un catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, para cada provincia, basado en la información disponible sobre la gestión de las ofertas presentadas por los empleadores en los servicios públicos de empleo; tal calificación implica la posibilidad de tramitar la autorización para residir y trabajar dirigida al extranjero. Y, además, también cabe esa contratación en las ocupaciones no calificadas como de difícil cobertura cuando el empleador acredite la dificultad de contratación del puesto que pretende cubrirse, mediante la gestión de la oferta de empleo presentada ante el servicio público de empleo concluida con resultado negativo.

## J) Otros

– SSTS de 29 de septiembre de 2004 (recurso de suplicación 3902/2003), I.L. J 1824; 8 de octubre de 2004 (recurso de casación para unificación de doctrina 4840/2003), I.L. J 1829; 28 de octubre de 2004 (recurso de casación para unificación de doctrina 5470/2003), I.L. J 1844; 29 de septiembre de 2004 (recurso de casación para unificación de doctrina 4695/2003), I.L. J 1889; 19 de octubre de 2004 (recurso de casación para unificación de doctrina 5480/2003), I.L. J 1899; 27 de octubre de 2004 (recurso de casación para unificación de doctrina 4827/2003), I.L. J 1967; 5 de noviembre de 2004 (recurso de casación para unificación de doctrina 3834/2003), I.L. J 1973; 17 de junio de 2004 (recurso de casación para unificación de doctrina 1079/2003), I.L. J 2310; 12 de junio de 2004 (recurso de casación para unificación de doctrina 4837/2003); I.L. J 2312; 23 de diciembre de 2004 (recurso de casación para unificación de doctrina 5545/2003), I.L. J 2363; 15 de diciembre de 2004 (recurso de casación para unifica-

## II. Trabajador

ción de doctrina 4831/2003), I.L. J 2420; 28 de diciembre de 2004 (recurso de casación para unificación de doctrina 3844/2003), I.L. J 2426.

1. Los trabajadores venían prestando servicio por cuenta de “Altadis, SA” –antes “Tabacalera, SA”–, habiendo sido extinguido su contrato de trabajo para pasar a una situación de prejubilación forzosa en virtud de ERE. En dicho expediente se reconoció a los afectados el derecho a la percepción del tabaco de promoción y las prestaciones sociales establecidas en el Acuerdo Marco de la empresa para el personal pasivo. Los trabajadores reclaman, en numerosos conflictos individuales, el abono de la gratificación prevista en el art. 24.1 del Acuerdo Marco para el personal de “Tabacalera, SA”. Dicha gratificación supone la percepción de una paga por importe de una mensualidad de la misma cuantía que una paga extraordinaria, por pase a la situación pasiva por cualquier causa. Las pretensiones fueron desestimadas, con carácter general, por el juzgado de lo social pero admitidas en suplicación por algunos Tribunales Superiores de Justicia.

2. El Tribunal Supremo, en un número importante de sentencias dictadas todas ellas en unificación de doctrina, declara la improcedencia de la paga solicitada por considerar que el personal prejubilado de la empresa no es personal pasivo de la misma. El Acuerdo Marco establece expresamente que la gratificación por pase a situación pasiva “es la indemnización que percibe el personal en el momento de su pase a la situación pasiva por cualquier causa”. El Tribunal señala que “para saber si el indicado precepto es aplicable a estos trabajadores hay que ver, de conformidad con las previsiones que en él se contienen, si tales trabajadores se hallan o no en la ‘situación pasiva’ a la que el mismo se refiere. En tal sentido, no cabe duda que desde un criterio meramente literal, que ha sido el utilizado por la sentencia recurrida podría sostenerse que tales trabajadores desde el momento que dejaron de trabajar en la empresa pasaron a tener la situación pasiva que daría derecho a aquella indemnización. Pero el criterio de interpretación literal en la indagación de lo que dice un Convenio Colectivo como el sometido aquí a interpretación no es ni el único ni el mejor de los que nos deparan los arts. 1281 y siguientes del Código Civil en cuanto que lo que siempre ha de prevalecer en esos casos por imperio de tales preceptos es la intención de los contratantes que no siempre surge de la mera traducción literal de las palabras utilizadas, fundamentalmente cuando, como en este caso ocurre, los términos utilizados no son en absoluto claros”. Teniendo en cuenta sus antecedentes y la propia sistemática del precepto, “nos encontramos con el hecho de que la referida indemnización de una mensualidad ha estado siempre prevista para aquellos trabajadores que cesaran en la empresa por invalidez permanente o por jubilación con determinados años de antigüedad (...) utilizando el adjetivo ‘pasiva’ dentro del capítulo dedicado expresamente a la jubilación cualquiera que fuera su causa, o sea, extendiendo el derecho incluso a la jubilación voluntaria pero nada más”. A partir de estos antecedentes, entiende el Tribunal Supremo difícil “incluir en este concepto a quienes vieron extinguida su relación laboral por un expediente de regulación de empleo en el que la autoridad laboral lo que hizo fue homologar los acuerdos previamente suscritos por las partes, y ello aunque los interesados pasaran a la situación de prejubilados”. Admite el Tribunal que “con independencia de los argumentos anteriores, si nos atenemos a los actos coetáneos y posteriores a la extinción, como ordena hacer el art. 1282 CC, partiendo del hecho de que nos encontramos ante una extinción acordada entre los representantes sindicales y la empresa observaremos, por una parte, que entre los

condicionantes establecidos para la extinción de los mayores de 55 años y menores de 64 que fueron los que pasaron a la situación de prejubilados no existe mención expresa o tácita a dicha indemnización y los propios trabajadores cuando aceptaron las condiciones de la extinción tampoco hicieron mención alguna a este posible derecho a pesar de que no figuraba entre aquéllas”.

3. Dos elementos condicionan estos pronunciamientos del Tribunal Supremo; por un lado, la ausencia de una reflexión sobre la situación de prejubilación de estos trabajadores, por otro, una interpretación en exceso literalista del Acuerdo aplicable. A diferencia de otros casos en los que la Sala de lo Social ha tenido que enfrentarse a la decisión sobre si la prejubilación constituye un supuesto de extinción contractual (y, por tanto, determina la situación pasiva del trabajador) o un supuesto de suspensión contractual (y, por ende, la situación activa del mismo), aquí esa reflexión queda empañada por la aplicación de un Acuerdo Marco en el que se encuentra prevista la indemnización reclamada. La concesión o no de la misma exige una decisión previa, la de conocer si los trabajadores se hallan o no en una situación pasiva, porque si es así les corresponderá la indemnización solicitada y si no, ésta no procederá. Pues bien, el Tribunal Supremo obvia una decisión sobre la premisa y opta por valorar únicamente los antecedentes, de los que se deduce que esta indemnización ha estado referida siempre a la invalidez y a la jubilación del trabajador. El Acuerdo aplicable define esta gratificación como la indemnización que percibe el personal en el momento de su pase a la situación pasiva “por cualquier causa”. Y, considerando que “los términos utilizados no son en absolutos claros”, opta el Tribunal Supremo por mantener una “interpretación tradicional, esto es, únicamente aplicable a los inválidos permanentes y a los jubilados”.

Si se parte de la definición de prejubilación aportada por la doctrina y aceptada por los tribunales, no cabe duda alguna de que nos encontramos ante un supuesto extintivo y ante una situación pasiva. La prejubilación constituye una situación de hecho o de derecho en la que queda un trabajador por razón de su edad, próxima a la jubilación, desde el momento en que se extingue su contrato de trabajo hasta que percibe una pensión de jubilación del sistema de Seguridad Social, ya sea anticipada u ordinaria. Una situación puente que une el cese definitivo en la actividad laboral de un trabajador con el acceso a la jubilación” (LÓPEZ CUMBRE, L., *La prejubilación*, Civitas, Madrid, 1998, pág. 86). Así lo ha entendido el Tribunal Supremo que, modificando decisiones anteriores [STS de 18 de mayo de 1998 (recurso 2108/1997)], considera la prejubilación como un supuesto extintivo de la relación contractual y no como un supuesto suspensivo de la misma [SSTS de 25 de junio 2001 (recurso 3442/2000) y 14 de diciembre de 2001 (recurso 1365/2001)]. Estima el Tribunal que la suspensión determina la expectativa de reiniciar la prestación laboral mientras que la prejubilación implica la ruptura definitiva del contrato aunque el trabajador siga vinculado a la empresa a través de una serie de compromisos que esta última asume con aquél. De hecho, y como personal pasivo de la empresa, no se le extiende la aplicación de los Convenios Colectivos que se pactan y ni siquiera se tiene en cuenta a los trabajadores prejubilados a efectos de la elaboración del censo electoral ante unas elecciones sindicales [STS de 1 de junio de 2004 (recurso 128/2003) comentada

## II. Trabajador

por LÓPEZ CUMBRE, L. en “Extinción contractual por prejubilación: prejubilados y censo electoral”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 6, 2005, iustel.com].

Por lo demás, el Tribunal acude a un argumento final ciertamente cuestionable. Remitiéndose al art. 1282 CC, interpreta que, como la prejubilación pactada por la empresa y los representantes sindicales no incluía expresamente esta indemnización y puesto que el art. 1282 CC exige tener en cuenta los actos coetáneos y posteriores al acuerdo, prevalece la consideración de situación pasiva exclusivamente para la incapacidad y para la jubilación. Pero los arts. 1281 y siguientes CC obligan a considerar otros aspectos. El primero, que si alguna de las cláusulas de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto (art. 1284 CC); el segundo, que las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (art. 1285 CC); y, por último, que la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad (art. 1288 CC). Lo único que establece el art. 24.6.1 del Acuerdo Marco cuestionado es que existe una indemnización que deberá percibir el personal en el momento en que éste se encuentre en una situación pasiva, cualquiera que fuere la causa de esta última. Un error el de no discutir si la prejubilación supone o no una situación pasiva para el trabajador y desde la perspectiva de la empresa. Pero, de haber sido objeto de discusión, el Tribunal Supremo –en coherencia con otros pronunciamientos dictados con anterioridad–, hubiera llegado a una solución radicalmente distinta a la comentada.

– STSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de octubre de 2004 (recurso de suplicación 1853/2004), I.L. J 2378.

1. Entre los hechos declarados probados en la sentencia de la que trae origen el presente supuesto, se encuentra que el actor ha prestado sus servicios para CCOO desde 1981 constando su situación de alta en la Seguridad Social desde entonces. Su categoría profesional ha ido modificándose con el paso del tiempo, y así, desde la primera de administrativo, después ha pasado por la de asesor y luego sindicalista. En efecto, el demandante formó parte, desde enero de 1983 y hasta 1990, del Consejo Confederal, en 1996 fue elegido miembro de la Comisión Ejecutiva de la Unión Comarcal del Sindicato, si bien, durante este período, al ser concejal del Ayuntamiento, se decidió que no formara parte de la citada comisión en un determinado período de tiempo aunque se le seguía abonando la remuneración pactada. A partir de 1996 ha celebrado con el sindicato diversos contratos temporales, el actor realizaba funciones de asesoramiento a trabajadores afiliados y no afiliados al sindicato no sólo en materia sindical sino también en materia jurídico-laboral. El actor, en julio de 2003, presentó su dimisión de todos los órganos de dirección que ocupaba, un poco más tarde se notificó por el sindicato al actor la finalización de su contrato temporal, comunicándole también que la relación, en consecuencia, quedaba rescindida y extinguida, causando baja en la misma. En la sentencia del Juzgado de lo Social ahora recurrida se desestimaba la excepción de falta de jurisdicción y se estimaba la demanda interpuesta por el actor contra el sindicato CCOO, declarando su despido como improcedente por defecto de forma y condenando a la demandada a la readmisión del trabajador o al abono de la indemnización que en la sentencia se cuantificaba.

2. Contra la sentencia de la instancia que, como se mencionaba, acogía la pretensión del demandante y declaraba la improcedencia del despido, se interpone ahora recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia. En su sentencia, antes de entrar a conocer sobre los motivos concretos esgrimidos por la recurrente, el Tribunal recuerda que la incompetencia de jurisdicción social es una cuestión de orden público procesal que debe ser resuelta por el órgano judicial con libertad, sin que esté obligado a ceñirse en la resolución del recurso al ámbito solicitado por la parte recurrente, debiendo actuar con libertad de criterio. Sin embargo, en el presente caso, la Sala opta, ante las alternativas propuestas por la parte recurrente, que no contradicen los hechos de la sentencia sino que los perfilan y concretan añadiendo a los mismos datos precisos que permiten una valoración más particularizada, por aceptar las revisiones planteadas por la parte recurrente. En cuanto al asunto de fondo, el Tribunal señala que los contratos tienen la naturaleza jurídica que se deriva de su contenido obligacional con independencia de la denominación que le den las partes y por eso, para determinar su naturaleza jurídica, debe estarse a la realidad de su contenido manifestado por los actos realizados en su ejecución, lo que prevalece sobre su *nomen iuris*. Y es que la determinación del carácter laboral o no de la relación que une a las partes no está a la libre disposición de éstas sino que la calificación debe surgir del contenido de las prestaciones que se hayan pactado entre ellas. Así, el Tribunal destaca cómo, a pesar de que efectivamente, el actor en la instancia realiza labores de auxiliar administrativo, viene ostentando desde hace tiempo el cargo de Secretario General de CCOO por lo cual tuvo y ejerció poderes de representación del sindicato, ha desempeñado también cargos electivos, al término de los cuales fue contratado por el sindicato mediante contrataciones por tiempo determinado, pero con posterioridad fue elegido de la Comisión Ejecutiva y formalizó nuevo contrato con el objeto de cumplir tareas sindicales. Desde esta fecha ha venido realizando tareas de asesoramiento sindical y jurídico laboral. Teniendo en cuenta todos estos datos, el carácter sindical y político de las funciones desempeñadas, los contratos laborales, dos, relacionados ambos con el mandato de la Comisión Ejecutiva de la que formaba parte, su designación como mandato electo, etcétera, el Tribunal concluye, que sin necesidad de entrar en las consecuencias que se derivan del fin de la relación mantenida por las partes, procede estimar la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por la parte recurrente.

3. La tesis que mantiene la Sala de Suplicación es que no cabe atribuir naturaleza laboral a quien ha ostentado cargos de representación en los órganos ejecutivos de un sindicato. Ello porque entiende que en este supuesto faltan las notas de la dependencia y de la ajenidad. Acerca de esta última, es claro que quien ostenta un cargo en la comisión ejecutiva es quien precisamente decide la marcha ordinaria de la organización; para que se pueda reputar la existencia de ajenidad se exige actividad sujeta a la esfera organicista y rectora del empleador. En cuanto a la dependencia, el Tribunal sostenía que el mismo carácter de responsable político, aunque lleva implícitas las limitaciones propias del fin y los medios de la organización, conlleva también una cierta independencia de medios. En idéntico sentido, el Tribunal Supremo (SSTS de 3 de octubre de 1988, de 7 de abril de 1987 y de 6 de junio de 1990), ha sostenido que ni el dato formal de la inclusión en la Seguridad Social, ni el hecho de percibir una retribución fija mensual de la organización, que puede

## II. Trabajador

ser entendido como una simple compensación por la dedicación exclusiva que corresponde al liberado sindical, determinan el carácter laboral de una relación como la comentada. En definitiva puede decirse que el que realiza actividades de asesoramiento a grupos políticos con previsión contractual expresa de finalizar su actividad en determinada situación, como fin de elecciones o cambio de ejecutiva, con connotaciones de confianza política del grupo, no puede considerarse como contratado laboral debiendo encuadrar la relación dentro del ámbito administrativo o civil que resulte más adecuado a la naturaleza de la relación y al tipo de actividad realizada. Una cuestión más, que resulta de interés, es la reflexión que el Tribunal se hace al final de la sentencia en donde, como de pasada, hace referencia a que la solución podría haber sido otra distinta si el demandante, al haberse iniciado la relación entre las partes como laboral, que en el caso no se discute y está documentada, hubiera alegado que concurría causa de suspensión del contrato de trabajo del art. 48.3 ET, que establece el derecho a reserva del puesto de trabajo del trabajador y su consiguiente derecho a la reincorporación en el mismo, cuando se han desempeñado funciones sindicales de ámbito provincial o superior.

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

#### B) Inclusiones por asimilación

##### i) Funcionarios del Estado transferidos a las CCAA

– STSJ de Cantabria de 7 de mayo de 2004 (recurso de suplicación 1525/2003), I.L. J 2096.

1. La presente sentencia resuelve el recurso de suplicación presentado por el Gobierno de Cantabria y otros en materia de Seguridad Social frente a la sentencia de instancia en la que se reconocía el derecho reclamado por cinco demandantes a conservar su doble inclusión en el Régimen General y en el régimen especial de Seguridad Social de los cuerpos especiales de Funcionarios Técnicos del Estado (MUFACE). Los hechos que se reconocían en aquella primera resolución son los siguientes: Los cinco actores trabajaban para el Servicio de Sanidad Local, como funcionarios del Cuerpo de Practicantes desde 1983. Sus servicios se prestaban en la zona de salud del Ayuntamiento de Miera para los beneficiarios de la Seguridad Social de dicha área. Su retribución estaba a cargo del Gobierno de Cantabria, y la gestión de sus servicios correspondió al INSALUD hasta el 31 de diciembre de 2001, y al Servicio Cántabro de Salud (SCS) desde el 1 de enero de 2002. Como consecuencia de esta transferencia de competencias, y en cumplimiento de lo establecido por el art. 28 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, sobre la opción que debe efectuar el personal médico titular y diplomados de enfermería de atención primaria encuadrados en dos regímenes de la Seguridad Social, el SCS emite una resolución por la que insta a los actores a optar por uno solo de ellos. Pese a la oposición de los actores el SCS procedió a incluirlos exclusivamente en MUFACE, dando lugar a sus respectivas bajas en el RG. Ésta fue la actuación que originó la demanda original.

2. Ante el relato fáctico contenido en la sentencia de instancia el ponente centra su atención en determinar si efectivamente aquél se corresponde con el supuesto de hecho que pretende regular la citada Ley 14/2000 en su art. 28, ejecutado por la resolución del SCS. Como bien se indica en la sentencia, los actores son funcionarios técnicos del Estado al servicio de la Administración Local que, de conformidad con el art. 115 LGSS de 1974, son nombrados para el desempeño de plaza de cupo y zona en el Sistema de Seguridad Social, lo que viene a configurar su doble relación: una de ellas con la Sanidad Local y la otra con la Entidad Gestora de la Seguridad Social. Hasta el 1 de enero de 2002, ambas relaciones eran fácilmente distinguibles al ser prestadas para dos entidades empleadoras diferentes, pero a partir de tal fecha, las dos son desempeñadas para el SCS. Tal confluencia encuentra su razón de ser en la vocación universalista del sistema consagrado por el art. 43 CE y la Ley 14/1986 General de Sanidad. Sin embargo, esta tendencia universalista no convierte la doble relación de los actores en única de forma automática. Basándose en la interpretación de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, referida al personal de cupo y zona, así como del RD 137/1984, el ponente entiende que para que tal unificación se produzca debe procederse a la integración de los actores en los equipos de atención primaria. Tal integración no se ha producido, luego no se han unificado las relaciones, presupuesto básico que condiciona la aplicación de la Ley 14/2000. De esta manera el ponente justifica la desestimación del recurso de suplicación presentado por el Gobierno Cántabro.

3. Desde una perspectiva de estricto derecho positivo la argumentación jurídica expuesta en la sentencia es impecable. En efecto, no parece que la confluencia de la gestión de las relaciones en una sola entidad deba suponer su conversión en única dada la complejidad de la normativa existente sobre el cuerpo de funcionarios. De hecho la decisión del ponente favorece sobremanera a los demandantes permitiendo su doble inclusión en el RG y en MUFACE. No obstante, entiendo que debiera primar la tendencia generalizada a la unificación de regímenes evitando la dispersión y mejorando la eficacia del sistema al que parece aspirar el art. 43 CE.

#### **k) Consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas**

– STS de 15 de julio de 2004 (recurso de casación para unificación de doctrina 2746/2003), I.L. J 1816.

1. Una persona ejercitaba los puestos de consejero delegado y vocal del consejo de administración y estaba dado de alta a tiempo parcial en Seguridad Social, por su condición de directivo en la empresa, sin que compatibilizara esa actividad con ninguna otra en empresa distinta, y la TGSS dictó resolución por la que declaró nula y sin efecto su alta en Seguridad Social a tiempo parcial en el RGSS, para declarar que el alta lo era a tiempo completo.

2. Dice el TS que, dado el carácter mercantil y no laboral que el directivo mantiene con la sociedad, no le es aplicable el art. 12 ET ni, por ende, cabe su contratación a tiempo

## II. Trabajador

parcial; y que además, no es concebible, en términos de generalidad, que pueda desarrollar su trabajo a tiempo parcial, dadas las complejas gestiones que encierra tal género de actividad y la total dedicación que exigen. De modo que su alta en Seguridad Social deberá formalizarse a tiempo completo. Excepcionalmente, la afiliación y alta a tiempo parcial, sólo será posible en aquellos supuestos en que quede cumplidamente acreditado que el directivo preste sus servicios para varias empresas, puesto que entonces, no cabe exigirle su alta a tiempo completo en todas ellas; pero aun entonces, el conjunto de tiempos asegurados deberá alcanzar la jornada completa que en todo caso le es exigible.

3. El TS ha interpretado en el mismo sentido el art. 97.2.k) LGSS en sus sentencias de 1 de julio de 2002, 19 de febrero de 2003, 11 de febrero de 2003, 5 de noviembre de 2002, 18 de marzo de 2003, 26 de mayo de 2003, 21 de enero de 2003 y 20 de noviembre de 2003. Pero una cosa es que no sea aplicable el art. 12 ET a los consejeros delegados y vocales de consejos de administración de sociedades mercantiles, por no ser trabajadores en el sentido laboral de la palabra, y otra es que, tras su asimilación a ellos a los efectos de la LGSS, siempre que no posean el control de la sociedad, si efectivamente realizan tareas de dirección o gerencia, con retribución por ello, se les tenga que excluir del sistema propio de la Seguridad Social para quienes trabajan a tiempo parcial (arts. 161.1.2, 166 LGSS y 2 y siguientes RD 1131/2002, de 31 de octubre), y de los sistemas previstos en nuestro Ordenamiento de jubilación flexible (Ley 35/2002, de 12 de julio, y arts. 4 y siguientes RD 1132/2002, de 31 de octubre).

Es decir, no son trabajadores en el sentido del art. 1.1 ET, pero se les asimila a efectos de la LGSS, pues no parece impertinente que se les asimile a todas las figuras y beneficios propios de esta última Ley.

El argumento que da la jurisprudencia es un tanto tautológico, pues si bien dice que no pueden desarrollar su trabajo a tiempo parcial, dadas las complejas gestiones que encierra su actividad, en cambio, estima posible que trabajen para varias sociedades al mismo tiempo, lo que refleja su previsión de un trabajo a tiempo parcial para varias y, por tanto, también, para una sola.

### C) Exclusiones

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

– STSJ de Cataluña de 14 de octubre de 2004 (recurso de suplicación 14/2004), I.L. J 2216.

1. La sentencia analiza una demanda interpuesta contra un acuerdo de la Tesorería General de la Seguridad Social por la que, como consecuencia de la actividad inspectora y a instancias de algún particular, se declara el encuadramiento de los monitores de una Escuela de esquí en el Régimen General de Trabajadores por cuenta ajena, retrotrayendo los efectos de dicha decisión durante los meses del año en que se practican servicios para la Escuela por parte de los citados monitores. Dichos trabajadores venían prestando tra-

bajos encuadrados en el RETA. Ello no obstante, y como consecuencia de la muerte de uno de los citados monitores, se inician las correspondientes actuaciones administrativas, que culminan con la retroactividad del alta de oficio al Régimen General que se acaba de mencionar. La sentencia de instancia confirmó la resolución administrativa de la Tesorería General de la Seguridad Social.

2. El TSJ confirma la sentencia de instancia, entendiendo que existió una clara relación laboral, pese a que los propios monitores hayan manifestado en pleito su voluntad de continuar teniendo la condición de trabajadores por cuenta propia. A este respecto, como es sabido, es irrelevante la voluntad de las partes. La sentencia analiza la cuestión desde la perspectiva de la dependencia y de la ajenidad. Así, está claro que los monitores están sometidos al poder de dirección del empleador, ya que se encuentran en el ámbito de la organización de éste, sin que los monitores tengan organización propia, más allá de diseñar libremente el contenido específico de cada clase. Los monitores han de presentarse a una determinada hora y permanecer hasta otra, están sometidos a poder disciplinario, han de justificar las faltas de asistencia, tienen que cumplir unas obligaciones de arreglo personal y uniformidad, etc. Desde el punto de vista de la ajenidad, los monitores no cobran a los alumnos, ni participan en la determinación de las tarifas, cuestiones estas que dependen en exclusiva del empleador, que les retribuye mediante un porcentaje de la tarifa que él decide establecer. Como consecuencia de todo ello, el trabajador fallecido debía haberse encontrado de alta en el Régimen General en el momento de producirse el óbito.

3. Se trata de una sentencia ejemplar en cuanto a la argumentación y a la forma de analizar los diversos indicios de dependencia y ajenidad presentes. La conclusión, obviamente, no es extrapolable a otros trabajos de monitor, pero lo cierto es que si se dan las mismas características que en el caso mencionado, la sentencia constituirá un importante precedente desde el punto de vista de la laboralización del sector. Como sucede, por ejemplo, en el caso de los profesores de tenis, hay que estar ante el supuesto concreto para determinar si los indicios presentes confirman la existencia de dependencia y ajenidad y, por tanto, de relación laboral.

MARAVILLAS ESPÍN SÁEZ

JESÚS GONZÁLEZ VELASCO

MIGUEL ÁNGEL LIMÓN LUQUE

LOURDES LÓPEZ CUMBRE

MARÍA DE SANDE PÉREZ-BÉDMAR

BORJA SUÁREZ CORUJO

DIEGO DE LA VILLA DE LA SERNA

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA DE LA SERNA

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

**1. Consideración preliminar. 2. Empresario.** A) Responsabilidad del abono del complemento salarial de jefe de departamento en colegio concertado. B) Condición de empresario y art. 44 ET. C) Profesores de religión católica de centros públicos de enseñanza primaria. **3. Centro de trabajo.** A) Concepto legal y jurisprudencial de centro de trabajo. B) Delimitación del término “centro de trabajo” como unidad electoral en las elecciones a representantes del personal laboral en la Administración Pública. **4. Grupo de empresas.** A) Elementos y requisitos necesarios para que la existencia del grupo tenga relevancia laboral. B) Cómputo de la antigüedad. C) Prestación de servicios de forma simultánea para varias empresas de un mismo grupo y despido. **5. Contratas.** A) Diferencias con la cesión ilegal. B) Responsabilidad solidaria por la compensación en metálico de las vacaciones no disfrutadas. C) Sucesión de contratas y sucesión de empresas. **6. Empresas de Trabajo Temporal.** A) Efectos respecto al cómputo de antigüedad. B) Supuestos en los que juega la responsabilidad solidaria. C) La responsabilidad solidaria excluye la situación de litisconsorcio pasivo necesario. **7. Cesión ilegal.** A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencias con la contrata. B) Posibilidad o no de acreditar en proceso de despido la existencia de cesión ilegal. **8. Sucesión de empresas.** A) Elementos del supuesto de hecho. B) Sucesión de contratas y concesiones administrativas y sucesión de empresas. C) Efectos de la subrogación. D) Venta judicial. E) Subrogación contractual.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 13 a 16 de 2004 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 1785 a 2431) que afectan a materias relativas a la figura del empresario. Se analizan cuestiones ligadas a la determinación del verdadero empleador en

supuestos de relaciones triangulares (contratas, cesiones y empresas de trabajo temporal) y grupos de empresas, así como las relativas a la determinación de los sujetos responsables y al alcance de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores en supuestos de sucesión de empresas. Las Sentencias del Tribunal Supremo analizadas pertenecen, casi en su totalidad, a la Sala Cuarta del mismo, si bien en aquellos supuestos en que la resolución objeto de crónica no perteneciese a la precitada, aparecerá reflejada la Sala correspondiente. Por otra parte, las sentencias dictadas en unificación de doctrina están indicadas con la abreviatura u.d.

## 2. EMPRESARIO

### A) Responsabilidad del abono del complemento salarial de jefe de departamento en colegio concertado

Como indicábamos en nuestra crónica anterior, las especiales relaciones entre la Administración educativa y el titular de un centro concertado respecto al abono de los salarios correspondientes a los profesores de éste, ha dado origen a una amplia litigiosidad, resuelta en algunos de sus extremos por la doctrina unificada del Tribunal Supremo. Como ya recordábamos en la crónica número 22, la STS de 20 de julio de 1999, que resume la cuestión, dejó claro que de lo dispuesto en la normativa aplicable (arts. 47 a 51 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación –derogados expresamente por la Disposición Derogatoria Única.3 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, cuyo art. 76 recoge un contenido similar– y RD 2377/1985, de 18 de diciembre, Reglamento de normas básicas sobre conciertos educativos), se desprende “que en los casos de conciertos educativos suscritos entre empresas privadas dedicadas a la enseñanza y la Administración pública, esta última también responde frente a los profesores del centro educativo de las deudas salariales generadas por la actividad laboral y docente de éstos”. Ahora bien, esta obligación de pago delegado que recae sobre la Administración –que, por otra parte, no asume ninguna posición empresarial–, no es ilimitada, sino que, en atención a lo dispuesto por el art. 49.6 de la Ley 8/1995, “la Administración no podrá asumir alteraciones en los salarios del profesorado, derivadas de convenios colectivos que superen el porcentaje de incremento global de las cantidades correspondientes a salarios”. Limitación que se fija anualmente en los Presupuestos Generales del Estado o, en su caso, de las Comunidades Autónomas, y que viene dado por la cuantía que resulta de multiplicar el módulo económico de cada unidad escolar por el número de éstas existente en cada empresa o centro. No obstante, como señala la citada STS de 20 de julio de 1999, “el referido límite no se establece de una manera unitaria, sino que dentro de él se determinan varios grupos distintos de responsabilidad, produciendo la consecuencia de que, en realidad, más que un límite único aplicable a la responsabilidad citada de la Administración, operan varios límites diferentes, cada uno de los cuales se aplica a determinada clase de objetivos o débitos. Así se deduce del art. 49.3 de la Ley cuando precisa que en el módulo económico por unidad escolar ‘se diferenciarán las cantidades correspondientes a salarios del personal docente del centro, incluidas las cargas sociales, y las de otros gastos del mismo’. Y el art. 13.1 del Real Decreto mencionado, desarrollando el art. 49.3, dentro

### III. Empresario

de cada módulo diferencia las siguientes fracciones: a) ‘las cantidades correspondientes a salarios del personal docente, incluidas las cotizaciones por cuota patronal a la Seguridad Social correspondiente a los titulares de los centros’; b) ‘las cantidades asignadas por otros gastos, que comprenderán los de personal de administración y servicios, los ordinarios de mantenimiento y conservación y los de reposición de inversiones reales (...)’; y c) ‘las cantidades pertinentes para atender al pago de los conceptos de antigüedad del personal docente de los centros concertados y consiguiente repercusión en las cuotas de la Seguridad Social; pago de las sustituciones del profesorado y complemento de dirección; pago de las obligaciones derivadas de los establecido en el art. 68.e) del Estatuto de los Trabajadores’’. Diseñada de esta forma la limitación de la responsabilidad de la Administración, han sido frecuentes los litigios centrados en la determinación de si una concreta partida salarial debía ser incluida en uno u otro de los apartados fijados por el art. 13.1 del RD 2377/1985, pues podía darse el caso de que mientras en concepto de “gastos variables” la Administración ya hubiera cubierto el montante que le correspondía, no aconteciera lo mismo respecto a otro de los estipulados.

En este contexto se sitúa la **STSJ de Aragón de 14 de junio de 2004**, I.L. J 2028, que debe determinar si procede o no la responsabilidad solidaria de la Administración y el centro concertado en el pago del complemento de Jefe de Departamento previsto en el convenio colectivo aplicable y reclamado por algunos profesores del centro. No obstante, en esta ocasión, a diferencia de lo debatido en otros supuestos –véase crónica 22–, no se discute si el citado complemento debe ser incluido en uno u otro apartado del art. 13.1 del RD 2377/1985 (cuestión por lo demás resuelta en la mencionada STS de 20 de julio de 1999) sino que, por el contrario, la argumentación de la Administración se centra en indicar que el cargo unipersonal de Jefe de Departamento no forma parte de la estructura directiva del centro concertado que deba ser asumida obligatoriamente por ella a efectos del pago delegado, pues, con independencia de la libertad del centro para decidir su estructura organizativa, la Administración está obligada a asumir sólo una estructura básica, que no contempla el mencionado cargo. La Sala, trayendo a colación lo previsto en la Disposición Adicional Séptima de la LO 9/1995, de 20 de noviembre, de la participación, la evaluación y el gobierno de los centros (BOE de 21 de noviembre de 1995), según la cual “las Administraciones educativas posibilitarán, para el ejercicio de la función directiva en los centros concertados, unas compensaciones económicas y profesionales, análogas a las previstas para los cargos directivos de los centros públicos en el art. 25.4 de la presente Ley. Dichas compensaciones deberán ser, en todo caso, acordes con la responsabilidad y la dedicación exigidas”, y en el apartado 6º de la Orden de 30 de diciembre de 1996 por la que se dictan normas para la aplicación del régimen de conciertos educativos a partir del curso académico 1997/1998 (BOE de 16 de enero de 1997), a cuyo tenor “en aplicación de lo señalado en la Disposición Adicional Séptima de la LO 9/1995, de 20 de noviembre, los centros docentes que impartan enseñanzas concertadas de BUP o FP 2º que, además, tengan concertadas las enseñanzas de otras dos etapas educativas, podrán incorporar a su plantilla a un Jefe de estudios, cuyo complemento retributivo será satisfecho por la Administración educativa, con cargo al crédito de conciertos de BUP o de FP 2º”, desestima el recurso de la Administración y confirma la condena solidaria de ésta y el centro concertado. Afirmo la mencionada sentencia que ante la jurisprudencia existente y “la constante aplicación judicial ordinaria del criterio interpretativo acerca de la

obligación legal del pago delegado por la Administración de los complementos litigiosos, con el único límite de los módulos presupuestarios, cuando se aleguen y demuestren, la Orden de 30 de diciembre de 1996 incorpora expresamente al ordenamiento algunas de las consecuencias que la citada jurisprudencia viene extrayendo de lo dispuesto en la Ley Orgánica del Derecho a la Educación, el convenio Colectivo de Empresas de enseñanza Privadas sostenidas con fondos públicos, y demás normas reglamentarias referidas. Porque lo que no puede hacer, salvo infracción de las reglas de jerarquía normativa (art. 3.2 ET), es reducir el ámbito de aplicación de lo que la Ley y el Convenio Colectivo, según la jurisprudencia establecen”.

Por su parte, la STS de 28 de diciembre de 2004, u.d., I.L. J 2413, si bien en el contexto de un pronunciamiento donde el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto se desestima por inexistencia de contradicción y falta de contenido casacional, recuerda que la pretensión de la Administración de que se le libere de la condena solidaria al abono a un profesor de educación primaria en un centro privado concertado del premio de vinculación de 25 años al servicio de la empresa previsto en el convenio colectivo estatal para las empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, –imputando toda responsabilidad al centro concertado–, está en abierta contradicción con lo declarado en sentencias anteriores, donde se indica que el premio de antigüedad citado debe ser abonado por la Administración.

### **B) Condición de empresario y artículo 44 ET**

La carencia de la condición de empresario es el principal argumento esgrimido por la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 18 de octubre de 2004, I.L. J 2167, para estimar que en el supuesto enjuiciado el recurrente no es responsable del despido de la trabajadora en cuestión, pues el traspaso de industria que se produce tiene lugar, de forma directa de la pretérita arrendataria a la actual arrendataria,

“no constando que concurra ninguna de las circunstancias que la jurisprudencia ha tenido la ocasión de señalar para entender que estamos ante una unidad de empresa, ni consta tampoco que se haya producido una operación para perjudicar los derechos de los trabajadores que pudiese conducir a aplicar la doctrina del levantamiento del velo”.

### **C) Profesores de religión católica de centros públicos de enseñanza primaria**

La STS de 21 de julio de 2004, u.d., I.L. J 1881, aborda, una vez más, las tantas veces comentada cuestión de determinar quién ha de ser considerado empleador en la relación laboral constituida con los profesores de religión católica en centros públicos de enseñanza en Comunidades Autónomas a las que les han sido transferidas competencias en materia de enseñanza, y, en consecuencia, a quién corresponde el abono de la retribución a dichos profesores. El Tribunal Supremo, recordando su doctrina unificada, señalará que “la transferencia de las competencias (...) en materia de enseñanza no universitaria no ha

### III. Empresario

alcanzado a la enseñanza específica de la Religión Católica cuya financiación por cuenta del Estado está prevista en el Acuerdo entre España y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, por lo que es el Ministerio de Educación el que ha de hacerse cargo de la retribución de los profesores, en tanto no se lleven a cabo aquella transferencia y el correspondiente traspaso de personal a las Comunidades Autónomas”.

Referida también a la especial situación de los profesores de religión en centros públicos de educación infantil y primaria, si bien en relación con una temática como la de su equiparación retributiva con los profesores interinos que no pertenece a la materia propia de este apartado de las crónicas, la **STS de 5 de noviembre de 2004**, u.d., I.L. J 1972, llega a la conclusión de que de lo dispuesto en la normativa aplicable –básicamente la contenida en el Convenio suscrito el 26 de febrero de 1999 (BOE de 20 de abril de 1999) entre la Conferencia Episcopal y el Gobierno y normas en él aludidas– se desprende que tratándose de profesores que con anterioridad a 1 de enero de 1999 no tuvieran reconocida por sentencia firme la equiparación, ésta sólo se producirá una vez transcurrido un período de cuatro años a partir del 1 de enero de 1999, “no habiéndose producido tal circunstancia en el año 2001 al que se extendía la pretensión por ellos ejercitada”.

### 3. CENTRO DE TRABAJO

#### A) Concepto legal y jurisprudencial de centro de trabajo

De manera tangencial, pues el debate se centra en la delimitación del concepto de centro de trabajo como unidad electoral en materia de elecciones a representantes del personal laboral en las Administraciones Públicas, cuestión a la que enseguida nos referiremos, la **STS de 17 de septiembre de 2004**, I.L. J 2203, recoge algunas indicaciones acerca de la configuración legal y jurisprudencial del concepto de centro de trabajo. Se señala así, que la noción de “centro de trabajo” ha sido configurada jurisprudencialmente “como unidad productiva, con organización específica y pronunciamiento autónomo, aun no siendo independiente del conjunto de la empresa, y que tiene efectos y repercusiones específicas en el ámbito laboral”.

#### B) Delimitación del término “centro de trabajo” como unidad electoral en las elecciones a representantes del personal laboral en la Administración Pública

La Disposición Adicional Quinta de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas (BOE de 17 de junio de 1987) dispone que “en las elecciones a representantes del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, constituirá un único centro de trabajo la totalidad de establecimientos dependientes del departamento u organismo de que se trate, que radiquen en una misma provincia, siempre que los trabajadores afectados se encuentren incluidos en el ámbito de aplicación de un mismo convenio colectivo”. Esta disposición –y la Disposición Adicional Tercera del RD 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa (BOE de 13

de septiembre de 1994), de equivalente redacción– sirven de base a la Confederación General del Trabajo del País Valenciano para formular demanda de conflicto colectivo en la que se pide que todos los servicios centrales y territoriales, unidades administrativas y demás centros radicados en una misma provincia sean considerados, a efectos de elecciones a representantes del personal laboral, como una unidad electoral o Único Centro de Trabajo, lo que supone la elección de representantes para un solo Comité de Empresa por cada una de las provincias de la mencionada Comunidad Autónoma. Pretensión que es desestimada, primero por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, y, posteriormente, por el Tribunal Supremo en **STS de 17 de septiembre de 2004**, I.L. J 2203. Alega el Alto Tribunal que, de conformidad con los criterios hermenéuticos de interpretación de las normas contenidos en el art. 3 del Código Civil, la pretensión del sindicato de que la circunscripción electoral sea única por provincia “no se compeadece bien con la literalidad de la norma antes transcrita (se refiere a la Disposición Adicional Tercera del RD 1844/1994)”, pues tal tesis “distorsiona dicha literalidad, y no se acomoda al concepto legal de centro de trabajo”. A ello se añade el argumento de que los antecedentes históricos tampoco se ajustan a la versión de la demandante, pues no es el criterio por ésta propugnado el que se siguió en la celebración de anteriores elecciones sindicales. Concluye la citada sentencia rechazando las argumentaciones de la recurrente basadas en la aplicación de la normativa reguladora de las elecciones a representantes de funcionarios en la Generalitat Valenciana, señalando que en el supuesto enjuiciado se trata de elecciones a representantes de personal, por lo que la formación de la primera no es aplicable a la segunda “y mucho menos cuando esta última establece normas específicas y singulares al respecto, cual es la designación del ‘centro de trabajo’ como unidad electoral. Concepto de ‘centro de trabajo’, que es definido por el propio Estatuto de los Trabajadores, y que constituye la regla general de unidad electoral. A partir de este dato, (...) la Disposición Adicional Tercera del Reglamento de elecciones establece una excepción a la regla general (...); pero esta excepción no autoriza a una interpretación, que más allá de la existencia de un único Comité de empresa para todos los centros y establecimientos de cada Consellería, Instituto u Organismo Autónomo, radicados en la misma provincia, imponga un único macrocomité para todos los trabajadores dependientes de las citadas Consellería, Institutos u Organismo Autónomo, y ello aunque mediante regulación singular para el personal laboral, la representación resultante pudiera diferir de la representación propia del personal funcionario”.

#### **4. GRUPO DE EMPRESAS**

##### **A) Elementos y requisitos necesarios para que la existencia del grupo tenga relevancia laboral**

La identificación de los elementos necesarios para que la simple existencia de un grupo empresarial produzca efectos en el ámbito laboral más allá de los derivados de la vinculación formal entre el trabajador y su empresario son, una vez más, objeto de examen por la **STSJ de Cataluña de 21 de mayo de 2004**, I.L. J 2062. Trayendo a colación la ya consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la cuestión, en particular la STS

### III. Empresario

de 26 de enero de 1998, se nos recuerda que el grupo de empresas, a efectos laborales, ha sido una creación jurisprudencial, cuya doctrina, hoy uniforme, se puede resumir de la siguiente forma: La simple pertenencia de dos empresas al mismo grupo no es por sí suficiente para derivar de ello responsabilidades conjuntas respecto a los trabajadores de cada una de ellas; para que tal consecuencia se produzca son necesarios requisitos adicionales, que la jurisprudencia ha residenciado en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: 1. Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; 2. Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias empresas del grupo; 3. Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales; 4. Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección. A ello se añade la aparente presunción de que, “salvo supuestos especiales, los fenómenos de circulación del trabajador dentro de las empresas del mismo grupo no persiguen una interposición ilícita en el contrato para ocultar al empresario real, sino que obedecen a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas; práctica de lícita apariencia, siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador, con aplicación analógica del art. 43 del Estatuto de los Trabajadores”. En este contexto, el pronunciamiento examinado concluye que es preciso estar a los hechos probados en cada caso concreto para establecer si concurren los presupuestos mencionados con la suficiente entidad y relevancia como para afirmar la existencia de una situación de unidad empresarial. En el caso de autos la respuesta será afirmativa dado que “ambas sociedades tienen el mismo domicilio social; la misma centralita telefónica; coincidencia de clientes; siendo el administrador de una de ellas el consejero delegado de la otra; se dedican a la misma actividad industrial; sus centros de trabajo se encuentran físicamente muy próximos y la actora es inicialmente contratada por una de ellas y sin solución de continuidad por la otra”, de lo que se deduce “que efectivamente se produce una clara confusión patrimonial y de plantilla (...) una clara situación jurídica de unidad empresarial que obliga a entender que en realidad estamos ante una única y sola entidad empleadora”.

Pero, con independencia de la correspondencia y reiteración que la sentencia estudiada presenta con lo que viene siendo la doctrina jurisprudencial uniforme, probablemente lo más relevante sea poner de manifiesto, de nuevo, que el planteamiento sustentado por el Tribunal Supremo, presumiendo en términos generales que la circulación de trabajadores dentro del grupo de empresas no responde a fines ilícitos sino a las propias necesidades del proceso productivo y la división del trabajo, supone, en la práctica, una suerte de admisión de fenómenos de cesión de trabajadores cuya legitimidad resulta discutible desde la óptica del art. 43 ET. Como ya comentamos ampliamente en nuestra crónica anterior, a la que nos remitimos [véase *Justicia Laboral*, núm. 22, III.3.A)], resulta dudoso que en el presupuesto de hecho del art. 43 ET se incluya elemento subjetivo de intencionalidad alguno, por lo que la mera presencia de la conducta en él descrita, “contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa”, debería llevar aparejada el juego de las medidas garantistas de los trabajadores contenidas en el precepto, con independencia de que la circulación del trabajador dentro del grupo persiga o no convertirse en un mecanismo de interposición ilícita que oculte al empresario real.

**B) Cómputo de la antigüedad**

Una de las consecuencias más reclamadas por los trabajadores en caso de constatación de la existencia de un uso fraudulento de la figura del grupo de empresas en los términos recién comentados es, junto con la declaración de responsabilidad solidaria de las diversas empresas que componen el grupo, la del reconocimiento de la antigüedad de forma global, computando a tales efectos el tiempo de servicios prestados para cada una de las entidades que conforman el grupo empresarial. A uno de estos supuestos responde la **STSJ de Cataluña de 21 de mayo de 2004**, I.L. J 2062, más arriba mencionada, que, tras concluir en la existencia de una única entidad empleadora y no propiamente de un grupo de empresas, declara que, a efectos del cálculo de la indemnización correspondiente a un despido improcedente, la antigüedad del trabajador debe computarse desde el momento en que concertó el primer contrato con una de la empresas; se da, además, la circunstancia especial de que las contrataciones realizadas con una y otra empresa habían sido por tiempo determinado, con las consiguientes peculiaridades en orden al cómputo de la antigüedad que ello puede suponer.

**C) Prestación de servicios de forma simultánea para varias empresas de un mismo grupo y despido**

La **STSJ del País Vasco de 25 de octubre de 2004**, I.L. J 2219, contempla el supuesto de un trabajador que vinculado contractualmente con una determinada empresa, presta servicios de forma simultánea para varias sociedades que se encuentran vinculadas entre sí por lazos económicos. En concreto, se trata de un jefe de programación de la cadena SER que, al crearse la cadena de televisiones Localia, asume también la dirección de la misma en una determinada ciudad, dándose la circunstancia de que ambas entidades se encuentran vinculadas entre sí, al ser propiedad en un determinado porcentaje de la misma sociedad. El trabajador desarrolla ambos cargos directivos simultáneamente, percibiendo por ello una retribución única en virtud del contrato de trabajo que le unía con la SER. Al ser despedido de la SER, despido cuya improcedencia es reconocida en acto de conciliación, el trabajador demanda a la cadena de televisión alegando que había sido despedido verbalmente. La demandada se opone, argumentando la inexistencia de relación laboral con el trabajador y, por tanto, la inexistencia de despido. La sentencia comentada mantendrá que los servicios prestados por el trabajador para Localia “derivan de su vínculo contractual con la SER”, conclusión que se extrae de los siguientes argumentos: “a) la asunción de esa tarea le vino encomendada desde la SER (...); b) tal proceder no fue exclusivo de su persona, sino que se dio con buena parte de los directores regionales de la cadena de radio; c) esa situación vino propiciada por la posición dominante que mantiene PRISA en el accionariado de ambas empresas y el propósito de que las dos cadenas actúen con unos objetivos y líneas comunes de actuación (...); d) no consta pacto alguno con Localia en el que se estipularan las condiciones del trabajo que iba a realizar; e) la prestación de servicios a ambas se ha simultaneado; f) en más de tres años de servicios efectivos y casi tres desde su nombramiento formal como (...) gerente de la demandada, no ha habido retribución específica por la asunción de esa nueva tarea, salvo el incentivo percibido en una única ocasión (abonado por la SER) (...); g) ha habido una sustancial

### III. Empresario

coincidencia cronológica en la extinción del contrato con la SER y cese en la condición de (...) gerente de Localia. Tanto el origen de esos servicios como el modo en que se han desarrollado ponen de manifiesto que si ha prestado servicios en Localia es porque se lo han encomendado en la SER (y él lo asume), pasando a formar parte de sus obligaciones laborales derivadas del contrato de trabajo que mantiene con la SER (...). Ex abundantia, la Sala señalará que una conducta de este tipo no es algo desconocido en la realidad social de nuestros días, donde es frecuente la presencia de prestaciones de servicios que, en el marco de empresas relacionadas entre sí por su pertenencia a un mismo grupo empresarial, se desarrollan de forma no respetuosa con la adscripción formal del trabajador a una de ellas, si bien se mantiene una relación laboral única con el empresario que formalmente contrata, que es quien retribuye los servicios y ejerce las facultades empresariales, sin perjuicio del cumplimiento del trabajo que se le asigna en la empresa en la que está cedido. Finalmente, la sentencia mencionada recoge una interesante relación de pronunciamientos del TS que, de una forma u otra, parten de la idea de que una prestación de servicios de estas características no implica doble contrato de trabajo.

## 5. CONTRATAS

### A) Diferencias con la cesión ilegal

Véase apartado 7.A).

### B) Responsabilidad solidaria por la compensación en metálico de las vacaciones no disfrutadas

De conformidad con el art. 42.2 ET, la responsabilidad solidaria del empresario principal en supuestos de contratas de obras y servicios comprende “las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata”. Por ello, la **STS de 23 de diciembre de 2004**, u.d., I.L. J 2346, señala que para resolver la cuestión debatida relativa a si el empresario principal debe responder solidariamente de la liquidación de las vacaciones no disfrutadas por el trabajador por haberse extinguido el contrato con anterioridad a la fecha efectiva de su disfrute, ha de determinarse la naturaleza salarial o indemnizatoria de dicho concepto. Aplicando lo previsto en el art. 26 ET sobre el alcance del concepto salario, la Sala llegará a la conclusión de que la partida cuestionada tiene naturaleza salarial, por lo que procede declarar la responsabilidad solidaria de la empresa principal. Razona el pronunciamiento señalando que:

“si el tiempo de vacaciones, es tiempo de trabajo, aunque materialmente no se trabaje, por ser tiempo de descanso, la conclusión tiene que ser la de que aquellos períodos de vacaciones, no disfrutados por extinguirse antes el contrato de trabajo, y que deben ser compensados económicamente, tienen naturaleza salarial, sin que esté comprendido dentro de los conceptos, que el art. 26.2 del ET no considera salarios, no teniendo por tanto naturaleza indemnizatoria. Esta Sala en sus sentencias de 20 de mayo de 1998 y 9 de julio de 2002, ha aplicado el art. 42.2 del ET decretando la responsabilidad solidaria de la empresa principal en materia de vacaciones no disfrutadas, en supuestos de contratas

y si bien es cierto que allí no se cuestionaba la naturaleza salarial de dicha liquidación de vacaciones, con dicha decisión implícitamente también estaba resolviendo el problema aquí planteado que es lo trascendente”.

### C) Sucesión de contratas y sucesión de empresas

Véase apartado 7.B).

## 6. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

### A) Efectos respecto al cómputo de la antigüedad

En el supuesto en que el trabajador sea contratado directamente por la empresa usuaria tras haber prestado servicios para ésta anteriormente y sin solución de continuidad como trabajador cedido por una ETT, y se aprecie la existencia de irregularidades en el uso del contrato de puesta a disposición, la **STSJ de Valencia de 23 de junio de 2004**, I.L. J 2129, afirmará, que “debe entenderse que la antigüedad debe abarcar todo el transcurso de la relación contractual de trabajo, aunque un determinado período lo hubiera sido como consecuencia de un contrato de puesta a disposición”. Interpretación, se indica, que encuentra también apoyo, además de en el propio art. 16.3 LETT, en el art. 7.2 de la misma norma, en el que se establece que “si a la finalización del plazo de puesta a disposición el trabajador continuara prestando servicios para la empresa usuaria, se le considerará vinculado a la misma por un contrato indefinido”, de lo que se desprende que “la relación laboral fue única y continua, por lo que la indemnización debe abarcar la totalidad del tiempo de tal contratación”.

Situación similar e idéntica solución se recogen en la **STSJ de Valencia de 7 de abril de 2004**, I.L. J 2121. En este caso, el trabajador suscribe contrato de trabajo indefinido con la empresa usuaria después de haber estado prestando servicios para ella bajo la cobertura de un contrato de puesta a disposición con una ETT. Despedido el trabajador y declarado aquél improcedente, el debate se centra en la delimitación de la cuantía de la indemnización correspondiente, en concreto en determinar si para su cálculo ha de computarse el tiempo de trabajo prestado para la empresa usuaria como trabajador en misión. Después de citar la jurisprudencia del TS que señala que “el tiempo de servicio a que se refiere el art. 56.1.a) del ET sobre indemnización del despido improcedente debe computar todo el transcurso de la relación laboral de trabajo, siempre que no haya habido una solución de continuidad significativa en el desenvolvimiento de la misma”, la sentencia comentada, ante el dato fáctico de que entre la fecha de finalización del contrato eventual firmado con la empresa de trabajo temporal y la suscripción del contrato indefinido con la empresa usuaria apenas medió un intervalo de cuatro días, llegará a la conclusión de que:

“la indemnización derivada del reconocimiento de improcedencia del despido debió abarcar todo el transcurso de la relación contractual de trabajo aunque un determinado período lo hubiera sido como consecuencia de un contrato de puesta a disposición”.

### III. Empresario

Interpretación que, con idéntica argumentación que la sentencia anteriormente mencionada, se dice que encuentra también apoyo en lo dispuesto en el citado art. 7.2 LETT.

#### **B) Supuestos en los que juega la responsabilidad solidaria**

Pese a su aparente simplicidad y claridad, la redacción del art. 16.3 de la Ley 14/1994, que establece como regla general la responsabilidad subsidiaria de la empresa usuaria y, de forma excepcional, el carácter solidario de aquélla en los supuestos en que el contrato de puesta a disposición se haya celebrado incumpliendo lo previsto en los arts. 6 y 8 de la citada norma, ha dado origen a cierta litigiosidad, cuyo epicentro ha descansado en la determinación de la existencia o no de un uso abusivo del contrato de puesta a disposición y la correspondiente consecuencia que ello comporta en cuanto al alcance de la responsabilidad. A uno de estos supuestos responde la **STSJ de Valencia de 23 de junio de 2004**, I.L. J 2129; en ella se indica que “la limitación de responsabilidad a que se refiere el art. 16.3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, debe interpretarse como aplicable exclusivamente a aquellos supuestos en que la puesta a disposición responde a una causa cierta y legal, pero no cuando, sin connivencia o con ella, la empresa usuaria utiliza la intermediación, no como medio de obtener un trabajador por necesidades coyunturales, sino como una manera de eludir las consecuencias establecidas en el Estatuto de los Trabajadores, en su art. 43 cuando se regulan las consecuencias de esa intermediación de manera distinta a la legalmente establecida, pues sólo esta interpretación posibilita el mantenimiento de los derechos laborales plasmados en el ET”. En el caso de autos se da la circunstancia de que la empresa usuaria había recurrido a la contratación temporal directa del trabajador después de que éste hubiera prestado servicios para la misma en el marco de sendos contratos de puesta a disposición con una ETT; de este dato, señala el pronunciamiento comentado, “puede razonablemente sospecharse la existencia de una irregularidad, pues en principio, la propia esencia y naturaleza de los contratos temporales casan mal con una permanencia tan prolongada en el mismo puesto de trabajo, pero, además, en el presente supuesto concurre una prestación ininterrumpida donde los trabajadores han mantenido la misma prestación bien a través de (...), ETT, bien a través, de (...) (la empresa usuaria), sin que se acreditara concurrir causa de eventualidad ninguna”.

La inexistencia del requisito de la contradicción impide a la **STS de 30 de septiembre de 2004**, u.d., I.L. J 1825, pronunciarse acerca de si procede o no declarar la responsabilidad solidaria de ETT y empresa usuaria en un supuesto de despido de varias trabajadoras contratadas para obra o servicio determinado por la ETT para prestar servicios en el marco de un concreto proyecto de la empresa usuaria, dándose la circunstancia de que la empresa usuaria no respeta el objeto del contrato de puesta a disposición ni ejerce debidamente su poder de dirección de la actividad de las trabajadoras, pues nunca prestaron servicios en el proyecto para el que se acudió a la ETT y cuya conclusión, por otra parte, originó y justificó el despido de aquéllas. La carencia de contradicción es igualmente la causa que impide que la **STS de 11 de noviembre de 2004**, u.d., I.L. J 2328 entre a conocer el fondo del asunto y decida si existe responsabilidad solidaria en el caso de trabajadores que contratados por la ETT bajo la modalidad de obra o servicio determinado, ven rescindidos sus contratos al comunicar la empresa usuaria a la ETT la finalización de la obra o servicio, pese a que, no obstante, más tarde la empresa usuaria adjudica el mismo servicio a otra ETT.

**C) La responsabilidad solidaria excluye la situación de litisconsorcio pasivo necesario**

La STSJ de Valencia de 23 de junio de 2004, I.L. J 2129, aborda el supuesto de una empresa usuaria que es condenada a la readmisión o indemnización por despido improcedente de determinados trabajadores que, si bien durante un tiempo estuvieron prestando servicios para ella como trabajadores cedidos por una ETT, posteriormente los contrata temporalmente de forma directa. La empresa usuaria recurre la sentencia de instancia alegando, entre otros motivos, el de nulidad de actuaciones, por supuesta infracción del art. 80.1.) LPL, pretendiendo la existencia de la figura del litisconsorcio pasivo necesario respecto de la ETT, que no fue llamada en la demanda. La Sala, recordando pronunciamientos judiciales precedentes, dictados en casos de grupos de empresas, señalará que la responsabilidad solidaria “tiene relevancia sólo material, en cuanto constituye exclusivamente el título jurídico que legitima pasivamente en la causa del pleito a todos los miembros del grupo, pero carece de trascendencia funcional y no establece en modo alguno condiciones de litisconsorcio necesario, sencillamente porque aquella legitimación sustantiva queda a libre disposición del acreedor que puede elegir a su arbitrio entre los deudores solidarios a los que más útil o interesante le resulte demandar, sin incurrir en vicio o defecto alguno por ello, tal como dispone el art. 1144 CC”; de ahí, continúa la Sala, que:

“la jurisprudencia haya precisado que en el supuesto de responsabilidad solidaria no existe la situación de litisconsorcio pasivo necesario, pues la acción puede dirigirse contra cualquiera de las personas obligadas por ser deudores por entero de las obligaciones, lo que no excluye la posible repetición con acción y efectos interpartes (...) Y dicha posición es perfectamente aplicable al supuesto de cualquier responsabilidad solidaria, la cual tiene como presupuesto que, con independencia del derecho del condenado a repetir posteriormente con aquel que crea debe compartir responsabilidad que no ha sido llamado al proceso, el condenado como único demandado deberá satisfacer la totalidad de la responsabilidad declarada”.

Con los anteriores argumentos y apreciada en el supuesto enjuiciado la existencia de responsabilidad solidaria entre la ETT y la empresa usuaria –tal como hemos indicado en el apartado precedente–, la conclusión no puede ser otra que la de rechazar el motivo alegado pues “estando en el supuesto de responsabilidad solidaria no cabe hablar de litisconsorcio pasivo necesario”.

**7. CESIÓN ILEGAL****A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencias con la contrata**

Como viene siendo habitual, la delimitación de los criterios distintivos entre la lícita contrata de obras y servicios y la ilegal cesión de mano de obra constituye una de las principales cuestiones objeto de tratamiento judicial en materia de cesión de trabajadores. Como ya hemos comentado en muchas ocasiones, y recuerda la STSJ de Cantabria de 8

### III. Empresario

de octubre de 2004, I.L. J 2161, la doctrina unificada del Tribunal Supremo ha dejado sentado que, aún tratándose el contratista de un empresario real y no ficticio, “existe cesión ilegal de trabajadores, cuando la aportación de éste en un supuesto contractual determinado se limita a suministrar la mano de obra sin contribuir con otros elementos materiales y personales que conforman su estructura empresarial, siendo la facultad disciplinaria un elemento revelador de la existencia de un real empresario”. De ahí que en el supuesto enjuiciado, pese a que queda demostrado que la contratista es una empresa real del sector de logística, con substrato patrimonial y empresarial, creada años antes de la suscripción del contrato de arrendamiento de servicios cuestionado y del contrato de trabajo del actor, sin embargo se señala que ello no excluye la existencia de cesión ilegal “si se dan los supuestos previstos legal y jurisprudencialmente, ya que, la mera constancia de un contrato formal de arrendamiento de servicios no es suficiente para obviar los efectos del art. 43 del ET, siendo preciso que las estipulaciones del mismo se establezcan sin atender directamente a la interposición de una empresa frente a la real, en un contrato de trabajo”. Al objeto de determinar si en el caso analizado se dan esos supuestos que legal y jurisprudencialmente se califican como cesión ilegal pese a la presencia en ellos de un empresario real y no ficticio, la sentencia comentada acude al mecanismo indiciario, acogiendo en esta ocasión como parámetro indicador el de la propiedad de los instrumentos de trabajo que los empleados deben utilizar, que según recaiga en el empresario principal o en la contratista podrá inclinar la balanza en un sentido u otro. En el supuesto examinado, la Sala señalará que “siendo la propiedad de la principal un elemento indiciario de cesión ilegal lo que concurre en las presentes actuaciones, pues la propiedad de la carretilla utilizada por el actor en su trabajo habitual es de la empresa principal, pactándose el arrendamiento de estos útiles de trabajo, deducidos del precio previsto en el arrendamiento de servicio lo que constituye un mero artificio”. Por ello, aunque la contratista proporcione al empleado la ropa de trabajo y equipos individuales de protección, “el valor y relevancia para el trabajo ejecutado de éstos, en comparación con el de aquella [la carretilla] es muy inferior”. No obstante, pese a la importancia de este factor en la argumentación de la sentencia, también se reconoce la presencia en el supuesto de hecho de otros elementos de interés a la hora de concluir en la existencia de cesión ilegal; así se señala que el actor recurrente coincide únicamente, salvo la visita cada 15 o 20 días del encargado de la contratista, con los empleados de la empresa principal, que aun no constando el ejercicio de la facultad disciplinaria por la principal ni por la contratista, el empleado necesariamente debe atender a los mandos de la empresa principal que son los que están presentes a diario, y que aunque no consta la intervención de la empresa principal en el contrato de trabajo del actor y en sus condiciones laborales, “las incidencias diarias y vicisitudes contractuales habituales son resueltas por la empresa principal, puesto que los mandos de la contratista no están presentes ni se relacionan habitualmente a diario, o con frecuencia similar, con la principal o con el actor”.

Solución contraria será la mantenida por la STSJ de Asturias de 16 de abril de 2004, I.L. J 2040, que no aprecia la existencia de cesión ilegal en la prestación de servicios como soldador que el actor, trabajador de la contratista, realizaba para la empresa principal en el marco del contrato de obras y servicios que ambas empresas habían suscrito. En esta ocasión la argumentación de la Sala, más breve y algo errática pues en ocasiones se fundamenta en la doctrina del TJCE en materia de sucesión de contratistas y subrogación

empresarial, se centrará en el dato de que la empresa contratista “es una empresa auxiliar que cuenta con patrimonio, organización y medios propios, sin que se trate de una mera ficción o apariencia que encubra el fraude de los derechos laborales de los trabajadores”, que desarrolla “una actividad específica, diferenciable de la propia actividad de la empresa principal, y asumible por parte del contratista”, sin que se haya podido demostrar que la actividad de la contratista esté limitada al suministro de mano de obra a la empresa principal.

Por su parte, la **STSJ de Madrid de 13 de julio de 2004**, I.L. J 1801, evocando la ya conocida doctrina en casación del TS sobre la distinción entre la lícita contrata y la cesión ilegal y que acabamos de comentar, concluirá que en el caso examinado existe cesión ilegal, pues aunque la contratista cuenta con patrimonio, organización y medios propios, consta “que los actores han realizado sus funciones para (...) (la empresa principal) en igual forma que los trabajadores de esta entidad, recibiendo instrucciones de un empleado de la misma que es quien organiza el trabajo y los turnos y resuelve toda clase de incidencias, siendo los materiales y maquinaria igualmente de (...) (la empresa principal)”.

### **B) Posibilidad o no de acreditar en proceso de despido la existencia de cesión ilegal**

La **STSJ de Madrid de 13 de julio de 2004**, I.L. J 1801, debe pronunciarse acerca de si es posible en un proceso de despido alegar la existencia de una cesión ilegal del trabajador despedido o, por el contrario, ello constituye una acumulación de acciones vedada en los procesos de despido por el art. 27.2 LPL. Frente a esta cuestión, la Sala, recordando la doctrina unificada contenida en la sentencia del TS de 8 de julio de 2002, señala que si bien es cierto que el tenor literal del art. 43.3 ET obliga a entender que la acción de fijeza electiva que el precepto reconoce al trabajador ilegalmente cedido ha de ejercitarse necesariamente “mientras subsista la cesión”, de modo que “concluida la cesión no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquélla haya sido ilegal”, sin embargo,

“ello no es obstáculo para que cuando el despido se produce mientras subsiste la cesión, pueda el trabajador al accionar frente a aquél, alegar la ilegalidad de la cesión para conseguir la condena solidaria de las empresas cedente y cesionaria a responder de las consecuencias del despido; ni tampoco para que en el proceso de despido deban extraerse las consecuencias inherentes a esa clase de cesión, siempre que ésta quede acreditada en juicio”.

Los argumentos que llevaron al Tribunal Supremo a tal conclusión y que aparecen recogidos en la sentencia que comentamos son los siguientes:

a) La evidente conexión e interdependencia que puede existir entre el despido y la cesión ilegal en los supuestos en los que el trabajador es despedido mientras está vigente la cesión; en tales casos, la única acción ejercitada es la de despido, si bien el debate sobre la cesión ilegal deviene imprescindible, sin que ello suponga el ejercicio conjunto de dos

### III. Empresario

acciones en contra de lo previsto en el art. 27.2 LPL. Distinto es el supuesto en el que el despido se produce por la empresa cedente una vez concluida la cesión, pues en este caso no podría prosperar la acción de cesión ilegal al no existir la conexión inmediata entre despido y cesión. Tal tesis, añade la Sala, resulta coherente con la doctrina unificada del TS, que en muchas ocasiones, ha resuelto recursos de casación en procesos de despido en las que las sentencias recurridas habían abordado con carácter previo la existencia o no de cesión ilegal para identificar quién era el empleador real sobre el que proyectar las consecuencias del despido, de tal manera “que la determinación de la existencia de una posible cesión ilegal adquiere en los procesos de despido el carácter de una cuestión previa —o prejudicial interna (...)— sobre la que es necesario decidir, por mandato de la Ley de Procedimiento Laboral, para establecer las consecuencias del despido en los términos que autorizan los arts. 43 y 56 ET”; como sucede de igual forma en los casos en los que en el proceso de despido se discute sobre cuestiones conexas determinantes del contenido del fallo, como pueden ser el importe del salario, la antigüedad real, la existencia de una sucesión de empresa o un grupo empresarial, que deben resolverse en dicho proceso sin que ello implique ejercicio de otras acciones distintas a la del despido, ni su acumulación indebida a éste.

b) De no realizarse la interpretación propuesta, podría dejarse en la más absoluta desprotección al trabajador despedido, pues podría suceder que si opta por la acción de fijez del art. 43.3 ET como paso previo para conseguir la condena solidaria de la cesionaria en las consecuencias del despido, que la acción no prosperara al entenderse que con su despido el trabajador dejó de estar sometido al tráfico prohibido, pudiendo, además, caducar la posterior acción de despido; y que si optara directamente por la acción de despido, habría de mantenerla exclusivamente frente a la empresa cedente, dada la falta de pronunciamiento anterior sobre la ilegalidad de la cesión, sin el cual no sería posible lograr la condena solidaria de la cesionaria.

Cuestión diferente, pero ligada a la anterior es la relativa a los efectos prácticos del ejercicio de las opciones legales previstas en caso de declaración de improcedencia del despido y su eventual incongruencia con la declaración de responsabilidad solidaria de las dos empresas. En concreto, aludimos al motivo esgrimido por la recurrente en el sentido de que la condena solidaria contenida en la sentencia de instancia es incoherente con las obligaciones derivadas del art. 56 ET, ya que si las dos empresas condenadas optaran por la indemnización, jugaría con toda virtualidad el principio de solidaridad recogido en el fallo, pero si las dos optaran por readmitir o una sola de ellas decidiera la reincorporación, el trabajador debería tener en ese momento el derecho a elegir si prefiere el dinero del que ofrece la indemnización o el puesto de trabajo del que opta en tal sentido, reconociéndose así a los trabajadores una opción que no está prevista en el ordenamiento laboral para el procedimiento por despido sino para el declarativo de cesión ilegal. La Sala rechaza el motivo esgrimido, alegando que:

“la opción del trabajador por su empleador, es previa a la opción de éste respecto a su readmisión o la indemnización, de manera que corresponde primero a cada trabajador elegir si la empresa llamada a situarse en la posición de empleadora es (...) (una u otra), habiendo optado expresamente por la primera y, efectuada ya esta opción, es evidente que

a ésta, que, por decisión del demandante es ya la única empresa, ha de decantarse por la readmisión o la indemnización”.

## 8. SUCESIÓN DE EMPRESAS

### A) Elementos del supuesto de hecho

Pese a que existe una muy abundante jurisprudencia acerca de los elementos y requisitos necesarios para que se entienda producido el supuesto de hecho del art. 44 ET y, por consiguiente opere la subrogación en él prevista, lo cierto es que el número de pronunciamientos judiciales acerca de si en el caso concreto existe sucesión de empresa o no sigue siendo muy abundante. Probablemente la configuración técnica de esos factores sea en exceso ambigua, particularmente por lo que al denominado elemento objetivo respecta, lo que posibilita una fuerte litigiosidad.

En este contexto, la **STS de 23 de noviembre de 2004**, u.d., I.L. J 2323, vuelve a reiterar que en la interpretación y aplicación del art. 44 ET, la tradición jurídica del TS ha exigido “que concurrieran los dos elementos o requisitos subjetivo y objetivo consistentes respectivamente en la sustitución de un empresario por otro en una misma actividad empresarial y en la transmisión del primero al segundo por cualquiera de los medios admitidos en derecho de los elementos patrimoniales necesarios para continuar la actividad empresarial”. Ahora bien, la Sala admite también que, por mor de la jurisprudencia del TJCE, el entendimiento de ese elemento patrimonial que ha de transmitirse ha cambiado, pues lo fundamental en estos momentos para determinar si existe o no sucesión es que se haya transmitido “una entidad económica organizada de forma estable”, constatación que puede derivar no sólo de la transmisión de elementos patrimoniales “sino del hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, que se haya transmitido o no la clientela o del grado de analogía entre las actividades ejercitadas antes y después de la transmisión”. En suma, como indica la Sala, “hoy lo importante y trascendental es que se haya producido aquella sustitución subjetiva de empresarios o entidades, lo que habrá que concretar en cada caso a partir de las particulares circunstancias concurrentes”. En el caso enjuiciado se estimará que no existe sucesión de empresa por cuanto el nuevo empresario adquiere tan sólo el inmueble sobre el que se asentaba la explotación anterior, sin maquinaria ni otros enseres necesarios para su continuidad, por lo que “no se puede deducir de ello que se haya producido la transmisión de un conjunto organizado de elementos que reúna las características de una explotación autónoma”.

Por su parte, la **STSJ del País Vasco de 26 de octubre de 2004**, I.L. J 2118, confirma la sentencia recurrida que, en relación a la presencia o no de sucesión empresarial, afirma que si bien en el caso examinado “no existe transmisión directa de elementos patrimoniales”, sin embargo concurren factores o circunstancias que le llevan a concluir que se trata de una sucesión de empresa. En concreto tales factores son la existencia de un socio mayoritario en la empleadora de la actora que es ahora el empresario individual,

### III. Empresario

la continuidad por el empresario individual de la misma actividad que la sociedad, la remisión de mercancías dirigidas a ésta al empresario individual, ... De estas circunstancias la sentencia de instancia deduce que lo que “se pretende es continuar el negocio de la empleadora pero excluyendo las responsabilidades contraídas por la empresa”, propósito que es precisamente el que trata de evitar el art. 44 ET. La sentencia dictada en suplicación, mantendrá la misma posición, afirmando que “en definitiva es la actuación fraudulenta del empresario individual la que conduce a apreciar la extensión de responsabilidad a éste vía sucesión empresarial”; apreciación del fraude que corresponde, continúa la Sala, de modo primordial, al juzgador de instancia, cuya conclusión, por otra parte, debe ser mantenida en trámite de suplicación, habida cuenta del carácter extraordinario de ésta, que no constituye una segunda instancia.

La STS de 22 de diciembre de 2004, u.d., I.L. J 2414, se refiere también a la eventual existencia de subrogación empresarial en el supuesto de hecho contemplado, si bien la falta de contradicción, y consiguiente desestimación del recurso, impide que se pueda extraer de ella doctrina adicional alguna sobre los presupuestos delimitadores del art. 44 ET.

#### **B) Sucesión de contratas y concesiones administrativas y sucesión de empresas**

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 4 octubre de 2004, I.L. J 2100, aborda el supuesto de la adjudicación sucesiva a varias empresas del servicio público de asistencia domiciliar y las eventuales consecuencias que tal circunstancia puede acarrear en lo que concierne a la subrogación de la nueva adjudicataria en las relaciones laborales de los trabajadores pertenecientes a la empresa saliente. La sentencia en examen, aplicando la que podemos denominar doctrina clásica del TS sobre esta cuestión, a la que hemos hecho alusión en muchas ocasiones, argumentará, sobre la base de que en estos supuestos la subrogación contractual deriva no de la directa aplicación del art. 44 ET, sino de lo previsto en su caso por la norma convencional o lo establecido en el pliego de la concesión administrativa, por lo que el alcance de tal subrogación vendrá determinado por lo que en tales acuerdos se establezca. De esta forma, la Sala, acogiendo el motivo esgrimido por el recurrente, mantendrá que el nuevo adjudicatario no responde de las obligaciones salariales vencidas y devengadas antes de la subrogación, pues, de conformidad con lo previsto en la norma convencional de referencia, “los trabajadores y trabajadoras percibirán con cargo exclusivo a la empresa cesante al finalizar la adjudicación la liquidación de los haberes pendientes que les pudiera corresponder, previsión convencional excluyente de la responsabilidad solidaria del nuevo empresario al imponer con cargo exclusivo a la empresa saliente la liquidación de los haberes pendientes (...); parece pues claro que la subrogación, tal como se regula en el comentado art. 27 del Convenio Colectivo aplicable, comporta ciertamente el respeto del status laboral de los trabajadores adscritos procedente de la empresa saliente pero no comprende la responsabilidad solidaria respecto de las deudas salariales vencidas y devengadas antes de la subrogación cuyo pago por tanto incumbe exclusivamente como dice el apartado cuarto del citado artículo a la empresa saliente”.

De mayor interés, no sólo por provenir del TS sino por lo que de novedoso contiene, resulta la **STS de 27 de octubre de 2004**, u.d., I.L. J 1910. En ella se contempla también el caso de la sucesión de varias adjudicatarias en la prestación del servicio de mantenimiento en la Ciudad Deportiva Gran Canaria, discutiéndose acerca de la existencia o no de sucesión empresarial y consiguiente subrogación. Al objeto de solventar la cuestión, y rechazada la eventual aplicación de la norma convencional del sector de limpieza que contiene previsiones específicas en la materia, por tratarse de una actividad de mantenimiento, el Tribunal Supremo realiza un detenido análisis de la normativa y jurisprudencia comunitaria y nacional sobre los presupuestos aplicativos de la sucesión de empresa; análisis que llevará a nuestro Alto Tribunal a sostener, con todo tipo de reservas y casi “a regañadientes”, la existencia de sucesión empresarial en el caso examinado. De esta forma, se produce un notable giro en la reticente doctrina del TS sobre los requisitos exigibles para que opera la subrogación, particularmente en lo que respecta a la necesidad de transmisión de un mínimo soporte patrimonial. Resulta de interés recoger algunas de las reflexiones del TS. Así, reproduciendo el contenido de un pronunciamiento anterior de 20 de octubre de 2004, el TS señala que el criterio acogido en las últimas sentencias del TJCE sobre la cuestión (Allen, Temco Service e Industries, SA), calificado como “sucesión de plantilla”, suscita las mismas reservas que en su día originó la doctrina de la denominada “sucesión en la actividad” (que fue revisada en la sentencia Süzen), pues “difícilmente puede ser la asunción de la plantilla un criterio válido para determinar la existencia de una transmisión de empresa, con los efectos que de ella se derivan en nuestro ordenamiento. La primera dificultad consiste en que el efecto de la transmisión es precisamente la asunción de la plantilla de la empresa cedente por la cesionaria, con lo que no cabe, en principio, transformar ese efecto en causa determinante de la transmisión (...) basta no contratar a los trabajadores del anterior contratista para evitar la sucesión, cuando la función de ésta consiste en garantizar que los trabajadores del empresario cedente mantengan sus contratos con el cesionario (...) La segunda dificultad de la doctrina de la sucesión en la plantilla se relaciona con la cesión de los contratos y con las garantías de los trabajadores frente a descentralizaciones productivas estratégicas. La subrogación en los contratos está vinculada a la transmisión de la empresa, porque de esta forma se establece una garantía frente a la pérdida del empleo que se produciría si los contratos se mantuviesen con un empresario que ya no cuenta con un establecimiento productivo”. Estas consideraciones, según la Sala, “muestran los inconvenientes de aplicar el criterio de la sucesión de plantilla como un supuesto de transmisión de empresa incluido en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores y en las Directivas comunitarias, con independencia de que esta Sala deba seguir ese criterio por el principio de vinculación a la doctrina comunitaria”. Desde otra perspectiva, estas consideraciones tienen también importante trascendencia en orden a la solución jurisprudencial que se viene manteniendo en los casos de sucesión en el servicio de *handling* en los aeropuertos derivado del proceso de liberalización del transporte aéreo. Sobre esta cuestión volveremos en el apartado 8.E).

### III. Empresario

#### C) Efectos de la subrogación

En el contexto del análisis del reconocimiento de la antigüedad que tenían en la empresa cedente a los trabajadores sometidos a sucesión empresarial, la **STS de 15 de diciembre de 2004**, I.L. J 2337, precisará, en relación con el alcance del art. 44 ET, que lo que impone el citado precepto al nuevo empresario “es la asunción de cuantas obligaciones laborales y de seguridad social gravitaban sobre la empresa de origen, pero no la inversa atribución de los derechos generados en aquélla a los trabajadores provenientes de ésta”.

#### D) Venta judicial

Entre los negocios jurídicos que implican cambios de titularidad en una determinada entidad productiva y que, por tanto, puede provocar los efectos subrogatorios previstos en el art. 44 ET, figura la venta judicial de la empresa; así lo dispone expresamente el art. 51.11 ET, precepto que, por otra parte, permanece invariable y sin modificaciones, con lo que ello puede significar, después de las profundas alteraciones operadas en la materia por la Ley Concursal de 2003.

Un supuesto de venta judicial, si bien producido con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley Concursal, es justamente el analizado en la **STS de 23 de noviembre de 2004**, u.d., I.L. J 2323, sobre la que ya hemos realizado algunas indicaciones en el apartado 8.A). En concreto, se trata de la venta judicial de un inmueble en el que había estado funcionando una empresa dedicada a la producción y envasado de harinas que es declarada en quiebra, dándose posesión del inmueble al acreedor hipotecario que la había adquirido, quien, sin embargo, no se hizo cargo de los enseres y maquinaria existentes en dicho establecimiento. El recurrente argumenta, para sostener la existencia de sucesión empresarial, que la hipoteca de la que derivó la venta del inmueble incluía también en garantía del préstamo hipotecario concedido a la empresa quebrada la maquinaria y los enseres, por lo que en realidad se había producido la transmisión de todos los elementos necesarios para continuar la producción. La Sala del TS rechazará la pretensión señalando que la subasta y el remate alcanzó exclusivamente al bien inmueble, por lo que “si no se puede hablar en este caso de venta de una empresa ni de una unidad productiva autónoma porque lo vendido no permite seguir con aquella explotación empresarial, tampoco el art. 51.11 ET puede servir para defender en el caso la existencia de sucesión”.

#### E) Subrogación contractual

En numerosas ocasiones hemos hecho referencia a la especial problemática que, a los efectos de aplicación de la subrogación empresarial, ha planteado el proceso de liberalización del servicio de asistencia en tierra de aeronaves y pasajeros. La muy abundante doctrina unificada del TS sobre el particular ha dejado sentando que en estas ocasiones no estamos ante un supuesto del art. 44 ET, sino ante una cesión de contratos entre empresas que, de acuerdo con el art. 1205 Código Civil, exige para su validez el consentimiento del trabajador afectado, sin que aquél pueda ser sustituido por el de los representantes legales o sindicales de los trabajadores que intervinieran en el acuerdo celebrado entre ambas empresas (**STS de 26 de octubre de 2004**, u.d., I.L. J 2315; **STS de 26 de noviembre de**

2004, u.d., I.L. J 2237; STS de 21 de octubre de 2004, u.d., I.L. J 1953; STSJ de Baleares de 11 de octubre de 2004, I.L. J 2376). Pero, amén de las diferencias en cuanto a la fundamentación y origen de la subrogación, “el efecto jurídico es idéntico en ambos casos: la entrada en la relación contractual de un nuevo empresario en sustitución del primitivo, sin que la novación subjetiva afecte al complejo contenido obligacional de la relación de trabajo, el cual subsiste en su plenitud sin variación alguna” (STSJ de Baleares de 11 de octubre de 2004, I.L. J 2376).

Sin embargo, probablemente lo más relevante de estos nuevos pronunciamientos no sea tanto la solución finalmente acogida, que se mantiene, cuanto la argumentación que en ellos se recoge. En particular nos referimos al hecho de que estas sentencias aluden a la recién comentada [ver apartado 8.B)] doctrina del TJCE sobre la existencia de sucesión de empresa en los casos de “sucesión en la plantilla”, y si bien en un primer momento parecen rechazar de forma frontal tal tesis, incluyendo afirmaciones como que “a juicio de esta Sala difícilmente puede ser la asunción de la plantilla un criterio válido para determinar la existencia de una transmisión de empresa, con los efectos que de ella se derivan en nuestro ordenamiento”, sin embargo, más adelante, se producirá un giro en el enfoque de la argumentación; pues ya no se trata de censurar el criterio de la “sucesión en la plantilla”, cuanto de mantener que en el supuesto examinado tal sucesión no se ha producido. En esta línea, dirá la STS de 21 de octubre de 2004, u.d., I.L. J 1953, que “la decisión de una empresa de transferir su plantilla a otra no equivale a la asunción de plantilla que la doctrina comunitaria considera como un supuesto de transmisión de empresa, porque tal asunción tiene que ser pacífica, efectiva y real, y esto no sucede cuando se trata de una mera decisión unilateral de una parte que, como es conocido, ha sido impugnada por un gran número de trabajadores y que ha dado lugar incluso a conflictos colectivos”. En el mismo sentido, STS de 26 de octubre de 2004, u.d., I.L. J 2315; STS de 26 de noviembre de 2004, u.d., I.L. J 2237 y STS de 28 de diciembre de 2004, u.d., I.L. J 2371.

JESÚS CRUZ VILLALÓN

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

**IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN****Sumario:****1. Consideración preliminar. 2. Cuestiones generales en materia de contratación.**

A) Promesa de contrato. B) Período de prueba. **3. Contratación temporal.** A) Supuestos.

a) Contrato para obra o servicio determinado. b) Contrato de interinidad. B) Reglas generales. a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales. b) Conversión en indefinidos. c) Tratamiento de la extinción contractual. **4. Contratos formativos: contratos en prácticas.** **5. Contratación a tiempo parcial y fijos discontinuos.** A) Contrato a tiempo parcial. B) Contrato fijo discontinuo. **6. Contratación en la Administración Pública.**

A) Contratos laborales y contratos administrativos. B) Contratación laboral: Irregularidades en la contratación laboral.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

Entre las sentencias analizadas en este período (las publicadas en los números 13 a 16 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia) merece la pena destacar varios pronunciamientos. En primer lugar, la **STC de 22 de diciembre de 2004**, I.L. J 2066, que anula el art. 12.4 ET en su redacción vigente en 1995. Y, en segundo lugar, la **STS de 13 de octubre de 2004**, I.L. J 1897, en punto a la no exclusión de los trabajadores temporales de determinadas prestaciones complementarias previstas en convenio colectivo.

**2. CUESTIONES GENERALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN****A) Precontrato**

En doctrina judicial de suplicación, cabe reseñar la **STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de julio de 2004**, I.L. J 1986, que confirma el derecho de un trabajador, que había renunciado voluntariamente a su puesto de trabajo en otra empresa, a una indemnización por daños y perjuicios materiales y morales ante el incumplimiento empresarial del compromiso o promesa de contrato de trabajo.

**B) Período de prueba**

En el período analizado, conviene destacar algunos pronunciamientos que en relación con el período de prueba modalizan aspectos concretos de su régimen jurídico en función del tipo de contrato. Resulta interesante, en primer término, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de octubre de 2004**, I.L. J 2215, que, en un supuesto de un contrato a tiempo parcial, entiende que el cómputo del período de prueba –cifrado en el caso de autos en 15 días– debía hacerse por días laborables dada la configuración del contrato donde se había pactado que el trabajador acudiría a trabajar únicamente determinados días a la semana. En segundo lugar, la **STSJ del País Vasco de 13 de octubre de 2004**, I.L. J 2217, se ocupa de determinar la normativa aplicable en relación con el período de prueba de un contrato en prácticas. En el caso en concreto, el convenio colectivo de aplicación había fijado un plazo general de seis meses de prueba para los titulados superiores. Sin embargo, el Tribunal Superior mantiene la interpretación de que para los contratos en prácticas existiría una remisión a la normativa general por lo que dicho plazo no resultaría aplicable a este tipo de contratos. Dentro de estas coordenadas, la sentencia añade una doctrina más general, en los siguiente términos:

“el legislador ha querido concretar en los contratos en prácticas un período de prueba concreto y específico, fuera del contexto general del art. 14 del mismo texto estatutario. Ésta es la premisa desde la que partimos, y por ello para que pueda existir una vinculación de las partes a un período de prueba colectivo que soslaye la duración, superior o inferior, a la fijada en el Estatuto, que es la que ha recogido el reglamento, art. 18 del RD 488/1998, de 27 de marzo; para ello, debe existir en el Convenio Colectivo un pacto o cláusula específica que disponga que en los contratos de prácticas el período de prueba tiene una duración delimitada”.

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

Una cuestión que se debe remarcar de las sentencias dictadas en el período analizado es el número de pronunciamientos que en unificación de doctrina, enjuician la validez de estos contratos en supuestos donde la temporalidad se vincula esencialmente a la falta de una dotación presupuestaria estable. De entrada, una primera sentencia que da cuenta de esta doctrina es la **STS de 23 de noviembre de 2004**, I.L. J 2276, donde se señala que la falta de asignación presupuestaria por parte de la Administración no es una condición suficiente para la validez de los contratos de obra o servicio determinado. El Alto Tribunal pondera el dato de que en estos supuestos la Administración podría recurrir a la extinción del contrato por la vía del art. 52.e) ET. En íntima relación con esta solución, en las **SSTS de 22 de junio y 21 de octubre de 2004**, I.L. J 1872 y 1955, se afirma que la ejecución de

#### IV. Modalidades de Contratación

la obra o prestación de servicios supeditada a una asignación presupuestaria, en los casos de autos de campañas ganaderas con contratación de veterinarios para la Junta de Castilla y León, no es determinante por sí misma de la validez de la contratación temporal, sobre todo, por cuanto se trata de una actividad habitual y ordinaria. En fin, esta misma doctrina, sostenida inicialmente para contrataciones realizadas en administraciones públicas, es aplicada en la **STSJ de Aragón de 29 de junio de 2004**, I.L. J 2032, una empresa privada, en concreto, a una fundación dedicada a impartir cursos de formación dependientes de subvenciones concedidas por organismos públicos, cuando los contratos de obra o servicio cubren necesidades permanentes de la empresa. Sin embargo, si la contratación responde a una necesidad extraordinaria, como la elaboración de un censo en el Instituto Nacional de Estadística sujeto a condiciones especiales, sí está justificado el recurso a esta modalidad de contratación (**STS de 14 de junio de 2004**, I.L. J 1807).

Por otra parte, existe un segundo grupo de pronunciamientos interesantes que resuelven las dudas existentes en relación con la terminación de contratos de obra o servicio en supuestos donde dicha obra no estaba suficientemente identificada. En primer lugar, conviene destacar la **STS de 15 de noviembre de 2004**, I.L. J 2227, donde se analiza la finalización de un contrato de obra cuya extinción se vincula a la terminación de una obra distinta de la que justifica el contrato dentro de un contexto de una empresa cuya actividad se ejecuta mediante contrata. El Tribunal Supremo estima que el despido es improcedente, por cuanto si bien se admite como criterio consolidado la utilización de estos contratos para actividades normales de las empresas contratistas, la duración de estos contratos ha de vincularse al concreto servicio u obra que justifica esta contratación. En segundo término, aunque desestima el recurso de unificación de doctrina al entender que no se producía la necesaria contradicción, también merece la pena reseñar la **STS de 11 de noviembre de 2004**, I.L. J 2328. En el enjuiciamiento de la identidad de los supuestos de hecho de las sentencias, se pone de manifiesto que en ambos casos se trataba de trabajadores contratados por empresas de trabajo temporal y cedidos a una empresa usuaria a través de contratos de puesta a disposición para obra o servicio determinado, y que al comunicar la empresa usuaria la finalización de la obra o servicio a la empresa de trabajo temporal vieron rescindidos sus contratos, adjudicando más tarde la empresa usuaria el mismo servicio a otra empresa de trabajo temporal. Sin embargo, es interesante destacar que la distinta solución se justifica en el hecho de que en uno de los supuestos se hacía constar expresamente como fecha de finalización el de la obra o servicio, sin que el hecho de que posteriormente se otorgara una nueva obra distinta, pudiera servir como argumento de que no había finalizado la obra o servicio determinado.

También en relación con la finalización de la obra o servicio determinante de la contratación, pero ya en doctrina judicial de suplicación, la **STSJ del País Vasco de 2 de febrero de 2004**, I.L. J 2115, reitera la interpretación de que si bien el contrato de obra o servicio determinado permite la fórmula de extinciones escalonadas, no coincidentes con el fin definitivo de la obra, ello es admisible siempre que se hubiese pactado expresamente. Fuera de estos supuestos, el cese anticipado y producido antes de la finalización de la obra, constituye un despido improcedente. Esta misma doctrina es la aplicada en la **STSJ de Galicia de 24 de mayo de 2004**, I.L. J 1861, donde se considera el despido de los trabajadores improcedente, ya que se produjo su cese sin que la obra o servicio objeto de

la contratación –limpieza en la playa de los residuos del Prestige– estuviese terminada, ni se acreditase en qué concretas playas o zonas materialmente trabajaron los trabajadores y que en ellas no había necesidad de limpieza por los vertidos.

Por su parte, la **STSJ del País Vasco de 23 de noviembre de 2004**, I.L. J 2393, considera insuficiente la vinculación del contrato de un contrato de obra o servicio a un programa de reinserción social en el que el objeto del contrato se delimita por la realización de todas las actividades relacionadas con el metal que puedan llevarse a cabo en un Ayuntamiento. El Tribunal estima que el contrato no identifica suficientemente la obra, por lo que deviene improcedente el cese del trabajador.

También, tiene cierto interés la **STSJ de Extremadura de 6 de febrero de 2004**, I.L. J 2111, en la que se dilucida la naturaleza de la contratación de una profesora de guardería que durante varios años sucesivos es contratada, bajo el amparo formal de un contrato de obra o servicio desde principios de septiembre hasta el 31 de julio. El pronunciamiento aplica la doctrina del Tribunal Supremo sobre la consideración del carácter fraudulento de este tipo de contratos que se constituyen en la actividad natural y ordinaria del centro, por lo que considera que la contratación había devenido indefinida, sin que pudiera considerarse como una relación fija discontinua, pues la prestación de servicios se extendería a toda la anualidad, exceptuando al mes de agosto.

Pocas novedades en fin se aportan en punto al encadenamiento de contratos de obra, que si están debidamente identificados, de suerte que cuando uno termina, se sucede otro para obra distinta, no implica fraude de ley en la contratación al no constar divergencia alguna entre la obra contratada y aquella en la que se prestan servicios efectivos (**STSJ de la Comunidad Valenciana de 9 de junio de 2004**, I.L. J 2127).

## **b) Contrato de interinidad**

Al abordar el examen de la doctrina judicial en relación con este contrato, debe reseñarse en punto a la interinidad por sustitución, la **STSJ de Galicia de 26 de abril de 2004**, I.L. J 1990, que declara improcedente el cese de un trabajador interino cuyo contrato fue denunciado por la declaración de incapacidad permanente del trabajador sustituido pero tres años después de producirse la misma, habiéndose acreditado que la empresa tuvo oportuno conocimiento de este dato.

Por otra parte, ya en punto a la interinidad por vacante, existe 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 Navarra de 15 de abril de 2004**, I.L. J 2182, se ocupa del límite temporal de tres meses aplicable a este tipo de contratos, que como es sabido, no se aplica si el empleador ostenta la condición de Administración pública. Atendiendo a la transformación de la naturaleza jurídica del organismo de Correos y Telégrafos, la sentencia establece como criterio el de que a estos efectos, resulta de aplicación la normativa reguladora vigente en el momento de la contratación. Y, en consecuencia,

## IV. Modalidades de Contratación

como quiera que en el caso de autos, la empresa demandada ostentaba la condición de Administración pública en el momento de contratación, se concluye que no resulta de aplicación el límite general de tres meses para la interinidad por vacante, límite que según la sentencia “sí le vincularía, una vez producida la conversión de la Entidad Pública Empresarial en Sociedad Anónima, a los contratos suscritos con posterioridad”.

Por lo demás, muy específica es la doctrina contenida en la **STSJ de Aragón de 21 de julio de 2004**, I.L. J 2035 que, a efectos de antigüedad, reconoce el derecho al cómputo de los servicios prestados como médico estatutario interino y sin retribución alguna.

### B) Reglas generales

#### a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales

Ante todo, es preciso destacar la **STS de 22 de noviembre de 2004** (recurso 5790/2003), que sienta doctrina general sobre la interpretación de una cláusula del convenio colectivo aplicable en “Correos y Telégrafos”, donde se concede el derecho de opción en casos de despido improcedente al trabajador fijo de origen. Pese al cambio de naturaleza jurídica de la entidad empleadora, el Alto Tribunal mantiene una doctrina sostenida en anteriores pronunciamientos. De esta suerte, se afirma que dicha cláusula —que privaba inicialmente de este derecho a los trabajadores que vieron transformado su contrato por irregularidades en la contratación— debe continuar interpretándose literalmente, admitiendo por consiguiente la exclusión de este derecho de opción a los trabajadores contratados como temporales aunque posteriormente devengan fijos.

Por otra parte, hay que dar cuenta de algunos pronunciamientos que aplican el principio de igualdad establecido en el art. 15.6 ET, para garantizar que los trabajadores con contratos de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con duración indefinida. Así, en primer término, destaca la **STS de 13 de octubre de 2004**, I.L. J 1897, donde interpretando un convenio colectivo de una entidad bancaria se reconoce el derecho de los trabajadores temporales con antigüedad de menos de dos años a una prestación complementaria consistente en una reserva material o en un seguro colectivo de vida, señalando que interpretación distinta de la norma paccionada supondría un trato desigual y no razonable para estos trabajadores temporales.

En segundo término, el principio de igualdad reconocido en el art. 15.6 ET para los trabajadores temporales tiene implicaciones en punto a negar la legalidad del reconocimiento únicamente a los trabajadores indefinidos del derecho a determinados complementos como el de plus de convenio o antigüedad en el Convenio de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos (**STSJ de Aragón de 7 de julio de 2004**, I.L. J 2034). En la misma línea, se abunda en el reconocimiento del complemento de antigüedad y en el cómputo con los mismos criterios para todos los trabajadores sean fijos o temporales [**SSTSJ de Castilla y León (Valladolid) de 11 y 18 de octubre de 2004**, I.L. J 2165 y 2166].

**b) Conversión en indefinidos**

En relación con los supuestos de contratación temporal sucesiva, aparte de la **STSJ de Extremadura de 23 de enero de 2004**, I.L. J 2109, donde se reitera que de la sucesión de contratos temporales no cabe presumir una situación de fraude de ley, tiene cierto interés la **STSJ de Cataluña de 28 de junio de 2004**, I.L. J 1916, que establece que el plazo de veinte días utilizado como mecanismo de interrupción para romper la homogeneidad de la relación, no es un plazo inalterable y que puede ser ampliado en casos de fraude. En este sentido, el Tribunal estima que el transcurso de treinta días, por el período vacacional, no interrumpe la unidad de la relación laboral.

Por lo demás, cabe reseñar la **STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de octubre de 2004**, I.L. J 2214, que desestima la pretensión de convertir la relación laboral en indefinida pese a la falta de formalización por escrito del inicial contrato de trabajo, a la posterior utilización errónea de una modalidad contractual temporal por otra y a la falta de consignación de su objeto. El Tribunal, que no hace cuestión de ello, entiende que la presunción sobre la naturaleza indefinida de la relación quedaba desvirtuada por la acreditación de la naturaleza temporal de la relación.

**c) Tratamiento de la extinción contractual**

Entre las sentencias examinadas, varias se ocupan de determinar la antigüedad a efectos de determinar la indemnización por despido improcedente. Así, en primer término, insiste en que a estos efectos, debe tenerse en cuenta el total del período de tiempo de prestación de servicios, aunque existan períodos con discontinuidades superiores a 20 días hábiles (**STSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de junio de 2004**, I.L. J 2200). En la misma línea, la **STSJ de Cataluña de 21 de mayo de 2004**, I.L. J 2062, computa la antigüedad desde el inicio de la relación laboral, sin atender a las interrupciones entre los diversos contratos temporales, que no habían superado el plazo de veinte días, salvo la correspondiente al mes de vacaciones en agosto, y que los diferentes finiquitos firmados a la finalización de cada contrato, eran meros recibos de liquidación de las cantidades pendientes de pago, sin que existiese voluntad alguna de poner fin a la relación laboral de mutuo acuerdo.

Quizá la aportación más interesante en este terreno sea la de las **SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de abril y 23 de junio de 2004**, I.L. J 2121 y 2129, en las que se señala que para el cálculo de la indemnización por despido cabe integrar todo el período de tiempo que la trabajadora prestó en la empresa, y ello aunque una parte del mismo lo fuera en virtud de un contrato de puesta a disposición.

**4. CONTRATO FORMATIVOS: CONTRATO EN PRÁCTICAS**

Descartando la **STS de 22 de diciembre de 2004**, I.L. J 2400, que desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina al constatar la falta de identidad sustancial entre

## IV. Modalidades de Contratación

los supuestos resueltos que versaban sobre la legalidad de contratos en prácticas para la entidad “Televisión Española, SA”, llevados a cabo por trabajadores con título de FP 2, que iban referidos a trabajadores con distintas categorías y funciones, únicamente cabe reseñar la STSJ de Cantabria de 18 de octubre de 2004, I.L. J 2162, que determina la legalidad de la contratación en prácticas realizadas con un trabajador al estimar que, de un lado, los trabajos desempeñados guardan relación con el nivel de estudios y, de otro, que la atribución de tareas con responsabilidad no implica fraude de ley.

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

#### A) Contrato a tiempo parcial

Además de la ya citada STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de octubre de 2004, I.L. J 2215, sobresale la STC de 22 de diciembre de 2004, I.L. J 2066, en relación con la protección social de este tipo de contratos. Resuelve cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 12.4 del ET, en su redacción vigente en 1995. El Tribunal Constitucional anula este precepto por establecer un trato diferenciado entre los trabajadores a tiempo parcial respecto a los trabajadores a tiempo completo en el cómputo de los períodos de cotización para causar derecho a las prestaciones contributivas de la Seguridad Social. Se estima que si bien no resulta contrario al art. 14 CE que el trabajo a tiempo parcial conlleve una pensión de cuantía inferior, por su menor esfuerzo contributivo, no ocurre igual con los períodos de cotización, donde la regla de proporcionalidad estricta de computar únicamente la horas o días efectivamente trabajados conduce a resultados desproporcionados, pues dificultaría el acceso a determinadas prestaciones. En apoyo de esta interpretación, el Tribunal alude, primero, a la propia evolución normativa en la protección social de estos trabajadores, donde el legislador ha introducido reglas correctoras de este criterio de proporcionalidad estricta y, segundo, a una posible discriminación indirecta por razón de sexo.

En segundo lugar, debe destacarse la STS de 19 de noviembre de 2004, I.L. J 2379, que resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina sobre las posibilidades de acceso al desempleo de un médico que compatibiliza un trabajo a tiempo parcial como personal estatutario –con presencia de dos horas y media pero con posibilidad de expectativa de avisos–, con un trabajo principal en una clínica privada. La sentencia recurrida había desestimado la compatibilidad de esta prestación entendiendo que el contrato como personal estatutario no podía equipararse a un contrato de trabajo a tiempo parcial de acuerdo con el art. 211.1 LGSS. El Tribunal Supremo entiende que la prestación de servicios del demandante no puede ser considerada como tiempo completo, sino parcial, pues el tiempo de localización en ningún caso puede equipararse con el tiempo de trabajo efectivo.

Por otra parte, también es remarcable la STS de 15 de julio de 2004, I.L. J 1816, que señala que quien ostenta la condición de consejero delegado y mantiene una relación de tipo mercantil, no puede ser contratado a tiempo parcial –y paralelamente, afiliarse a tiempo parcial–, sino que debe figurar en principio como afiliado y en alta a tiempo

completo. La doctrina al respecto, reiteración de la anteriormente sentada por el propio Tribunal Supremo, es la siguiente:

“no es concebible, en términos de generalidad, que pueda desarrollar su trabajo a tiempo parcial, dadas las complejas gestiones que encierra tal género de actividad y la total dedicación que exigen. De modo que su alta en Seguridad Social deberá formalizarse a tiempo completo. Excepcionalmente, la afiliación y alta a tiempo parcial, sólo será posible en aquellos supuestos en que quede cumplidamente acreditado que (...) presta sus servicios para varias empresas, puesto que entonces no cabe exigirle su alta a tiempo completo en todas ellas; pero aun entonces, el conjunto de tiempos asegurados deberá alcanzar la jornada completa que en todo caso le es exigible”.

Pocas novedades, en fin, aporta la **STSJ de Madrid de 4 de mayo de 2004**, I.L. J 1793, donde se aplica la regla de que el incremento del tiempo de trabajo de los trabajadores a tiempo parcial tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo del art. 41 del ET. De este modo, la negativa del trabajador a cumplir la nueva jornada, no constituye desobediencia justificativa del despido.

### **B) Contrato fijo discontinuo**

Muchos pronunciamientos establecen doctrina conocida sobre los contratos reiterados de un mismo trabajador con la Agencia Tributaria para realizar labores de asistencia al contribuyente en la confección de la declaración del Impuesto sobre la Renta. Atendiendo a la homogeneidad y reiteración cíclica de la actividad que se desarrolla se considera que el contrato eventual por circunstancias de la producción no podía dar cobertura legal a este tipo de contratación, por lo que en realidad, la relación laboral era indefinida discontinua (**SSTS de 26 de octubre, 12 de noviembre, 26 de noviembre y 2 de diciembre de 2004**, I.L. J 1904, 2091, 2025 y 2308).

Existen, en fin, pronunciamientos de escaso interés relacionados con aspectos concretos. Así, en primer lugar, y dentro de las coordinadas que analizan la legalidad de esta modalidad contractual, la **STSJ de Murcia de 25 de octubre de 2004**, I.L. J 2179, determina la conversión de un contrato en indefinido al identificar que los servicios prestados tenían carácter estructural o permanente, pues se prestaban durante todo el año ya que se trataba de una labor –mantenimiento de maquinaria– necesaria o estructural dentro del ciclo productivo de la empresa, y que por consiguiente, no se hallaba sujeta a factores estacionales. En segundo término, debe reseñarse la **STSJ de Murcia de 18 de octubre de 2004**, I.L. J 2178, que resuelve un recurso de suplicación en relación con un conflicto colectivo que afecta a trabajadores fijos discontinuos como consecuencia del traslado de un centro de trabajo a otro. El Tribunal estima la necesidad de establecer una lista única confeccionada por riguroso orden de antigüedad a los efectos de fijar el orden de llamamiento de estos trabajadores. Igualmente, referida a una cuestión específica la **STSJ de**

## IV. Modalidades de Contratación

Castilla y León (Valladolid) de 2 de noviembre de 2004, I.L. J 2252, rechaza el derecho de los trabajadores fijos discontinuos con salario diario, al derecho a un complemento de atención continuada, previsto exclusivamente para trabajadores fijos, con salario mensual. Finalmente, la STSJ de Madrid de 5 de julio de 2004, I.L. J 1999, rechaza la pretensión de anular algunas cláusulas de los contratos de trabajadores fijos discontinuos, donde se determinaba la jornada máxima de este tipo de trabajadores.

### 6. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

#### A) Contratos laborales y contratos administrativos

Las sentencias recaídas en este ámbito siguen, en buena medida, criterios absolutamente consolidados. Esto se ejemplifica perfectamente en la STS de 11 de noviembre de 2004, I.L. J 2140, donde se abunda en la doctrina de desestimar la equiparación económica del personal laboral con el personal funcionario homólogo del mismo nivel y grupo por su distinto régimen jurídico.

En relación con el personal estatutario, cabe reseñar la STS de 23 de noviembre de 2004, I.L. J 2223, que resuelve un recurso sobre la interpretación del Acuerdo de 25 de octubre de 2000, adoptado por la Mesa Sectorial de la Sanidad entre la Administración y sindicatos, relativo a la distribución de plazas y criterios de cese del personal no fijo. La sentencia unifica doctrina en el sentido de que los criterios del mencionado acuerdo no se aplican respecto al personal fijo en servicio activo, aunque éste ocupe plaza en comisión de servicios.

#### B) Contratación laboral: Irregularidades en la contratación laboral

En relación con la figura jurisprudencial del contrato indefinido pero no fijo de plantilla debe mencionarse la STSJ de Cataluña de 7 de mayo de 2004, I.L. J 2053, en la que se admite el cese de una trabajadora con esta condición por la amortización o supresión de la plaza ocupada con tal carácter por la trabajadora. Es importante destacar que el tribunal estima que el cese puede producirse por este motivo, y no únicamente cuando se ha procedido a la cobertura reglamentaria de la plaza. Asimismo, el tribunal entiende que la falta de audiencia a los representantes de los trabajadores en este proceso de amortización, constituía una irregularidad no relevante al no haber causado indefensión.

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) Relación laboral especial de penados. Salario mínimo “suficiente” para satisfacer necesidades propias y familiares. El tope inferior del salario no puede estar por debajo de lo que se considere “suficiente”. B) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación.

a) Equiparación de trabajadores fijos y temporales a efectos de percepción de complemento de antigüedad. C) Fondo de Garantía Salarial. a) Excepción de prescripción opuesta por el FOGASA, respecto de la deuda que los trabajadores reclaman al empresario, en el proceso seguido frente a la empresa como obligada directa, y en el que fue citado cumpliendo con el mandato del artículo 23.2 LPL: respuesta expresa en el fallo de la sentencia a la excepción planteada por el FOGASA. b) Responsabilidad subsidiaria. Indemnización por despido im-

procedente y salarios de tramitación acordados en acto de conciliación judicial: tratamiento diferenciado. c) Responsabilidad directa: no procede. Despido objetivo que afecta a la totalidad de la plantilla de la empresa compuesta por más de cinco trabajadores. **2. Jornada de**

**trabajo.** A) Calendario. a) Fijos discontinuos. B) Descanso semanal. a) Incumplimiento de distribución del tiempo de descanso continuado. C) Horario. a) No constituye modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo respecto de lo pactado en convenio colectivo, posibilitar a los trabajadores que así lo deseen flexibilidad en la hora de entrada y salida de la empresa. D) Horas extraordinarias. a) Cambio de criterio doctrinal.

No cabe pactar en convenio colectivo una retribución inferior a la fijada en el artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores. E) Horas de presencia. a) No cabe exigir su retribución si se percibe un complemento de disponibilidad horaria regulado en convenio colectivo. **3. Pacto de permanencia.** A) La formación real y efectivamente especializada como requisito de va-

lidez del pacto. **4. Clasificación profesional.** A) Auxiliares sanitarios de centro ocupacional provenientes del INSERSO: funciones. B) Proceso de clasificación profesional: delimitación.

**5. Movilidad funcional.** A) Movilidad ascendente. a) Concurrencia del supuesto legal.

b) Garantías del trabajador. B) Cambio de puesto de trabajo por razones de salud.

**6. Movilidad geográfica.** A) Traslado de centro de trabajo. El desplazamiento al nuevo centro desde su residencia es notablemente gravoso para el trabajador lo que le exigiría el cambio de residencia. B) Movilidad geográfica. Empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes

no resulta de aplicación el artículo 40.4 ET. Decisión de la empresa sobre traslado nula y sin fuerza vinculante. **7. Modificación sustancial de condiciones de trabajo.** A) Modificación

sustancial de condiciones de trabajo. Extinción. Cambio de jornada. Indemnización. Desestimación por falta de acreditación de la existencia de perjuicios. B) Modificación sus-

tancial de las condiciones de trabajo. Determinación de la forma de recuperar el tiempo de trabajo por retrasos en la entrada o en los descansos de comida. Facultades organizativas del

empleador. Inexistencia.

## CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 13 a 16 de 2004 de la Revista de Información Laboral-Jurisprudencia (marginales I.L. J 1785 a 2261).

### 1. SALARIO

#### A) Definición y composición de la estructura salarial

**a) Relación laboral especial de penados. Salario mínimo “suficiente” para satisfacer necesidades propias y familiares. El tope inferior del salario no puede estar por debajo de lo que se considere “suficiente”**

La cuestión planteada versa sobre si en la relación laboral especial de penados el empleador puede apartarse del salario mínimo interprofesional. Al respecto, el artículo 33.1.c) de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que la Administración “velará por que la retribución sea conforme al rendimiento, categoría profesional y clase de actividad desempeñada”. Sin embargo, ni el artículo 147 del Reglamento Penitenciario, ni el artículo 15 del RD 782/2001, tiene en cuenta la clase de actividad desempeñada.

La STSJ de Cataluña de 22 de julio de 2004, I.L. J 1923, resuelve la cuestión afirmando que el derecho al trabajo comprende el derecho a una remuneración suficiente para satisfacer las propias necesidades de la persona trabajadora y su familia. El artículo 25.2 CE

## V. Dinámica de la Relación Laboral

incluye la condición de remunerado del trabajo del interno y no puede dudarse que la remuneración del trabajo del interno es la misma a la que se hace alusión en el artículo 35, de forma que ha de trasladarse a este tipo de relación el concepto de suficiente de la remuneración. Es éste el concepto que recoge el citado artículo 33.1.c) de la Ley General Penitenciaria, que recoge de modo claro ese espíritu de la norma constitucional, así como del artículo 4 de la Carta Social Europea que incluye el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente para asegurar a ellos y sus familias una vida decente.

De todo lo anterior, se deduce que la determinación del salario ha de hacerse también en esta relación especial tomando en consideración ese mínimo, de suerte que, atendidas las circunstancias de la prestación y la actividad en la que se desarrolla, el tope inferior del salario no puede estar por debajo que lo que se considere remuneración suficiente para cubrir las necesidades en términos constitucionales. Una interpretación contraria a éstos y el desarrollo reglamentario que no respete esos parámetros infringirá el principio de jerarquía normativa y el de asimilación al trabajo en libertad.

### **B) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación**

#### **a) Equiparación de trabajadores fijos y temporales a efectos de percepción de complemento de antigüedad**

Las SSTSJ de Valencia de 24 de junio de 2004 y Castilla y León (Valladolid) de 11 y 18 de octubre de 2004, I.L. J 2200, 2165 y 2166, establecen respecto del cómputo del complemento de antigüedad que los trabajadores con contratos temporales tienen los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida, de manera proporcional, en función del tiempo trabajado. Esta doctrina se apoya en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que con fundamento en la Directiva 1999/70 CEE, del Consejo, de 29 de junio, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración indefinida y en el artículo 15.6 ET, ha afirmado el principio de igualdad de trato entre fijos y temporales sin más excepciones que las contenidas en previsiones legales o en razones objetivas suficientemente justificativas de la diferencia de trato (SSTS de 7 y 23 de octubre de 2002).

En este punto, conviene recordar que la cláusula 4.4 de la Directiva 1999/70/CE dispone que los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los trabajadores con contrato de duración determinada que para los trabajadores fijos, salvo que criterios de antigüedad diferentes vengan justificados por razones objetivas. Y el artículo 15.6 ET señala que los trabajadores temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato de trabajo y de aquellas expresamente previstas en la Ley en relación con los contratos formativos y con el contrato de inserción. Cuando un determinado derecho o condición de trabajo esté atribuido en las disposiciones legales o reglamentarias y en los convenios colectivos en función de una previa antigüedad del trabajador, ésta deberá computarse según los mismos criterios para todos los trabajadores cualquiera que sea su modalidad de contratación.

**C) Fondo de Garantía Salarial****a) Excepción de prescripción opuesta por el FOGASA, respecto de la deuda que los trabajadores reclaman al empresario, en el proceso seguido frente a la empresa como obligada directa, y en el que fue citado cumpliendo con el mandato del artículo 23.2 LPL: respuesta expresa en el fallo de la sentencia a la excepción planteada por el FOGASA**

En el supuesto que resuelve la STS de 24 de noviembre de 2004, I.L. J 2431, se cuestiona si el FOGASA tiene o no derecho a alegar la excepción de prescripción respecto de la deuda que los trabajadores reclaman al empresario y a recibir en la sentencia un pronunciamiento expreso sobre ella. Se trata en este caso de un proceso de reclamación de cantidad entablado entre los trabajadores y la empresa como obligada directa, en el que fue citado el Fondo, cumpliendo con el mandato del artículo 23.2 LPL. La empresa no alega la prescripción que sí es alegada por el FOGASA.

Para responder a la cuestión planteada, se reitera la doctrina unificada establecida en STS de 22 de octubre de 2002, I.L. J 2451. En esta Sentencia, el TS analiza primero la condición jurídica del FOGASA, su posición en el proceso y las facultades que le corresponden en orden a su defensa, para concluir posteriormente, teniendo en cuenta tales datos, que en los casos del artículo 23.2 LPL, aunque el FOGASA es sólo parte formal o procesal, puesto que la titularidad de la única relación jurídico-material discutida en el proceso corresponde en exclusiva al o los trabajadores y al o los empresarios demandados, la doctrina correcta es dar respuesta expresa en el fallo a la excepción planteada por el FOGASA, superándose así la doctrina jurisprudencial anterior, recaída en procedimientos iniciados antes de la reforma introducida por la LPL de 1990 que, por primera vez, confiere al Fondo la cualidad de parte en el proceso, y que había venido manteniendo que en este tipo de procesos no cabe condenar ni absolver al FOGASA.

La Sentencia señala también que, superada la doctrina jurisprudencial anterior, dictada cuando legalmente la posición del Fondo en el proceso era muy distinta, deben concretarse los pronunciamientos que deben emitirse, y que son los siguientes:

“A) Cuando proceda la absolución de la empresa por inexistencia o prescripción de la deuda, no se hará, como es lógico, ninguno respecto del Fondo, puesto que si no surge la responsabilidad directa de la empresa, tampoco nace la suya subsidiaria. B) Si la oposición de la empresa y del Fondo no prosperan, deberá condenarse explícitamente a este último, en su condición de responsable legal subsidiario, a estar y pasar por la condena que se imponga a la empresa; con ello no se hace, en definitiva, más que llevar a sus últimas consecuencias, las que se derivan del efecto preclusivo que hasta ahora se imponía al Fondo. C) Si es el Fondo el único que alega la excepción al amparo del artículo 1973 Código Civil y ésta es acogida, habrá de emitirse un pronunciamiento declarativo para hacer constar que respecto de la institución de garantía la deuda está prescrita; y

## V. Dinámica de la Relación Laboral

ello aunque se condene a la empresa, bien porque opte por no alegar o renunciar a la prescripción, bien porque no esté presente en el juicio. D) Procederá análogo pronunciamiento declarativo a favor de la institución de garantía, cuando ésta 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 será óbice para la condena a la empresa, cuando así proceda. E) Finalmente, en ningún caso podrá emitirse pronunciamiento alguno, ni tan siquiera declarativo, referido a la relación jurídico-material del Fondo con los trabajadores, aún no nacida y ajena al pleito; y que deberá debatirse, en su integridad, en el ulterior proceso que pueda suscitarse entre ellos.”

Se refiere también el TS a los principios de celeridad y economía procesal que deben orientar toda contienda laboral y que abonan tales soluciones, en tanto que diferir la solución de la excepción de prescripción al segundo proceso por un formalista respeto a figuras jurídico-procesales civiles en las que el órgano de garantía no tiene correcto encaje, sería tanto como dilatar sin razón alguna, una solución que puede conseguirse en el primero con todas las garantías procesales, duplicar innecesariamente la actuación de los órganos judiciales, entorpecer la gestión administrativa del Fondo e imponer a los trabajadores la carga de acudir a un expediente administrativo y eventualmente a un segundo proceso, con la consiguiente pérdida de tiempo y dinero, para debatir allí lo que pudo decidirse, válida y definitivamente, en el primero.

### **b) Responsabilidad subsidiaria. Indemnización por despido improcedente y salarios de tramitación acordados en acto de conciliación judicial: tratamiento diferenciado**

En STSJ de Cataluña de 22 de enero de 2004, I.L. J 2105, se cuestiona la responsabilidad del FOGASA en aquellos supuestos en que las cantidades económicas debidas al trabajador son acordadas en acto de conciliación judicial.

Como adecuadamente se expone en la Sentencia comentada, cada uno de los dos conceptos reclamados merece un tratamiento diferenciado. Así, por lo que respecta a la indemnización, el artículo 33.2 ET concreta que el FOGASA responde de las “indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia o resolución administrativa”, de forma que el título conciliatorio alegado no es suficiente para que opere la responsabilidad prevista en el mencionado precepto legal, aunque no sucede lo mismo, sin embargo, en el caso de los salarios de tramitación.

Por lo que respecta a estos últimos, el TSJ de Cataluña aplica la doctrina mantenida por el TS, en recientes Sentencias de 26 de diciembre de 2002, I.L. J 2716, dictada en Sala General, y de 17 de marzo de 2003, I.L. J 472, en donde siguiendo la doctrina contenida en Sentencia del TJCE de 12 de diciembre de 2002, se diferencian aquellos supuestos en que el título habilitante de la reclamación contra el FOGASA procede de una conciliación administrativa o preprocesal, en cuyo caso no responde el FOGASA, de aquellos otros en que el título procede de conciliación judicial, en cuyo caso se mantiene la solución contraria. En la mencionada Sentencia del TJCE se declara expresamente que:

“1) Los créditos correspondientes a salarios de tramitación deben considerarse créditos a favor de los trabajadores asalariados, derivados de contratos de trabajo o de relaciones laborales, y que se refieren a la retribución, en el sentido de los artículos 1º, apartados 1, y 3, apartado 1, de la Directiva 80/987 CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, con independencia del procedimiento en virtud del cual se fijen, si, con arreglo a la normativa nacional aplicable, tales créditos, reconocidos mediante resolución judicial, generan la responsabilidad de la institución de garantía y si un trato diferente de créditos idénticos, acordados en un acto de conciliación, no está objetivamente justificado.

2) El juez nacional debe dejar sin aplicar la normativa nacional que, vulnerando el principio de igualdad, excluye del concepto de ‘retribución’, en el sentido del artículo 2º, apartado 2, de la Directiva 80/987, los créditos correspondientes a salarios de tramitación, pactados en una conciliación celebrada ante un órgano jurisdiccional y aprobada por él, y debe aplicar a los miembros del grupo perjudicado por dicha discriminación el régimen vigente para los trabajadores asalariados cuyos créditos del mismo tipo estén comprendidos, en virtud de la definición nacional del concepto de ‘retribución’, en el ámbito de aplicación de dicha Directiva.”

### **c) Responsabilidad directa: no procede. Despido objetivo que afecta a la totalidad de la plantilla de la empresa compuesta por más de cinco trabajadores**

En STS de 16 de noviembre de 2004, I.L. J 2027, se aplica el criterio contenido en STS de 24 de septiembre de 2002, I.L. J 1899, en donde señaló el TS que para que se le pueda exigir al FOGASA el pago de la cantidad correspondiente a las extinciones por despido objetivo del artículo 52.c) ET o por despido colectivo del artículo 51 ET a que se refiere el artículo 33.8 ET se requiere del cumplimiento del supuesto de hecho descrito en la norma.

Por ello, si la extinción supera los baremos fijados para despedir por circunstancias objetivas, y se lleva a cabo acogiendo el empresario a lo que dispone el artículo 52.c) ET, no existe legalmente despido objetivo, puesto que para ello, no sólo se han de cumplir las exigencias formales del artículo 53 ET, sino que además es preciso que se respeten con rigor y exactitud los límites numéricos y temporales que establecen los artículos 52.c) y 51.1 ET. En este caso, si no existe despido objetivo ni tampoco se ha tramitado el procedimiento de regulación de empleo que exige el despido colectivo, no puede aplicarse, en consecuencia, la responsabilidad que le asigna al FOGASA el mencionado artículo 33.8 ET.

Asimismo STS de 24 de abril de 2002, I.L. J 1003, que aplica el mismo criterio para los supuestos a que se refiere el artículo 51.1, último párrafo, ET.

### 2. JORNADA DE TRABAJO

#### A) Calendario

##### a) Fijos discontinuos

¿Deben los contratos de los trabajadores fijos discontinuos recoger, en todo caso, la distribución diaria de su jornada y descansos, o es ésta una materia que puede remitirse en su concreción al calendario laboral?

Ésta es la cuestión que analiza la **STSJ de Madrid de 5 de julio de 2004**, I.L. J 2000, en la que se defiende la adecuación a derecho de las cláusulas de los contratos de trabajadores fijos discontinuos formalizados por el Instituto Madrileño del Deporte, en los que no se recoge distribución horaria de la prestación de servicios pactada, sino que remite la regulación de esta materia a su fijación anual, con motivo del llamamiento del trabajador.

Pretendía la parte social que se condenara a la empresa a redactar citados contratos de trabajadores fijos discontinuos, concretando horas de contratación días de la semana a trabajar y horario diario.

No comparte esta tesis la Sala de lo Social del TSJ, la cual convalida las cláusulas contractuales impugnadas, a pesar de señalar que el artículo 15.8 del ET obliga a que los contratos de estos trabajadores recojan aún a título orientativo, la jornada laboral estimada y su distribución horaria.

La Sentencia remite, en definitiva, la concreción de la distribución horaria al calendario laboral que debe negociarse anualmente en cada centro de trabajo.

Esta solución parece que pueda ser discutida, a la vista de lo preceptuado en el artículo 8.5 del Estatuto de los Trabajadores y en la norma que lo desarrolla (RD 1659/1998, de 24 de julio), conforme la cual en los contratos de trabajo de duración superior a 4 semanas, el empresario deberá informar al trabajador por escrito de la duración y distribución de la jornada ordinaria de trabajo, siempre que citada información no venga recogida en el propio contrato de trabajo.

Luego, con carácter general, la duración y distribución ordinaria de trabajo es un elemento esencial del contrato, que en principio debería fijarse en el cuerpo del mismo. Así lo dispone con carácter específico para esta figura contractual el artículo 15.8 del Estatuto de los Trabajadores cuando dispone que el contrato del trabajador fijo discontinuo deberá formalizarse por escrito, conteniendo entre otros extremos “ la jornada laboral estimada y su distribución horaria”; en todo caso, y si este dato se omitiera en el contrato de trabajo, el empresario vendría obligado a notificárselo al trabajador en el plazo máximo de dos meses desde que se inicia la relación laboral [artículo 2.f) del RD 1659/1998].

**B) Descanso Semanal****a) Incumplimiento de distribución del tiempo de descanso continuado**

La STSJ de Madrid de 17 de mayo de 2004, I.L. J 1851, analiza las consecuencias que debe merecer el incumplimiento por parte del antiguo INSALUD (hoy INGESA) del descanso continuado de 36 horas a aquellos facultativos que realizan guardias de presencia física durante el sábado y que concluyen el domingo a las 8 horas.

En el litigio, se parte del indiscutible derecho de estos facultativos a un descanso continuado de 36 horas, ya que así lo recoge un Acuerdo de la mesa sectorial aprobados por Resolución del Consejo de Ministros de fecha 10 de junio de 1992 (BOE de 3 de julio); e igualmente, tampoco se discute que el antiguo INSALUD otorgaba descanso continuado desde el domingo a las 8 horas hasta el lunes a las 8 horas. Por lo tanto, se incumple el descanso continuado en 12 horas.

Sobre estos datos, solicitaba la parte actora la consideración de estas 12 horas no descansadas de forma ininterrumpida como horas extraordinarias.

Desestima el Tribunal la pretensión, distinguiendo entre descanso semanal y jornada. Y ello, porque los recurrentes no acreditaron que la ausencia de este descanso semanal ininterrumpido suponga superación de la jornada anual. En palabras del tribunal “se han realizado las horas que se tenían que trabajar, aunque a destiempo y se ha descansado cuando no se debía, es decir, no se ha trabajado ni una hora de más, ni ordinaria ni extraordinaria”.

Pese a desestimar la demanda, la Sentencia que comentamos deja abierta la puerta a una posible compensación y reparación del daño causado por este incumplimiento interesando la correspondiente indemnización por el perjuicio causado al amparo de lo dispuesto en el artículo 1101 del Código Civil, siempre que se acredite el daño producido y la relación de causalidad que une al incumplimiento de la obligación con el daño que se alega.

Así señala la Sala lo siguiente:

“No cuestionamos que el incumplimiento por parte del INSALUD de la obligación que tiene de facilitar a los actores un descanso semanal ininterrumpido de 36 horas, aplicable también tras haber realizado guardia de presencia física en sábado, cuyo designio, según los propios Acuerdos de 22 de febrero de 1992, es atender tanto la salud de los profesionales como evitar riesgos innecesarios, pudo irrogar a alguno o algunos de los demandantes diversos perjuicios de índole material o incluso moral. Más nada de esto se hacer valer expresamente en las demandas (...)”

### C) Horario

#### a) **No constituye modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo respecto de lo pactado en convenio colectivo, posibilitar a los trabajadores que así lo deseen flexibilidad en la hora de entrada y salida de la empresa**

¿Vulnera el derecho a la negociación colectiva o infringe lo dispuesto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores el que una empresa otorgue a sus trabajadores retrasar en media hora la hora de entrada y salida fijada en el Convenio Colectivo?

Entiende la **STSJ de Madrid de 24 de junio de 2004**, I.L. J 2004, que no, toda vez que la introducción de la posibilidad de flexibilidad horaria no supone la creación de un nuevo régimen horario, distinto de los que expresamente contempla la norma pactada. En palabras de la Sala:

“Estamos pues, ante una posibilidad —téngase en cuenta su carácter absolutamente voluntario— que redundará en claro beneficio de quien está adscrito al tipo de horario ordinario, ya que le permite organizarse mejor el tiempo de entrada al trabajo, así como la duración de la pausa que precisa para comer y cenar. No existe, por tanto, injerencia de ninguna clase en la regulación que los representantes de los trabajadores y de la empresa convinieron en su día en materia de horarios, tratándose si bien se mira de una modalización del horario ordinario sólo en punto a dotar al personal que tiene asignado esta clase de horario de una cierta tolerancia en la forma de cumplirlo, que, además, es totalmente voluntaria para quien opte por acogerse a ella (...)”

### D) Horas extraordinarias

#### a) **Cambio de criterio doctrinal. No cabe pactar en convenio colectivo una retribución inferior a la fijada en el artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores**

Resulta de alto interés la **STS de 28 de noviembre de 2004**, I.L. J 2384, en la medida que establece como nueva doctrina la imposibilidad de que por medio de convenio colectivo se fije una retribución para la hora extraordinaria, por debajo de lo que marca el artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores, es decir, por debajo del valor de la hora ordinaria.

El fundamento no es otro que el principio de legalidad recogido en el artículo 85.1 del Estatuto de los Trabajadores y que impone, el sometimiento del convenio a la ley. En el caso que nos ocupa, el derecho a la negociación colectiva recogido en el artículo 37 del Texto Constitucional tendría como límite infranqueable en la regulación de la hora extraordinaria, el valor mínimo de la hora ordinaria.

El artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores opera así como suelo de negociación al ser una norma de derecho necesario que sólo admite modificación al alza en la negociación colectiva.

Contiene la Sentencia que comentamos, un análisis pormenorizado de la evolución de la doctrina del TS sobre esta materia; Evolución que anuda a las modificaciones normativas sufridas en la regulación legal de esta materia.

Se afirma así que en Sentencias anteriores (entre otras de 30 de noviembre de 1994, recurso 1030/1994) y 27 de febrero de 1995 (recurso 981/1994) la Sala había ofrecido una solución distinta, admitiendo las cláusulas de convenios colectivos que regulaban las horas extraordinarias por debajo de lo que marcaba el Estatuto de los Trabajadores, si bien justifica esta postura doctrinal hoy superada, en el encarecimiento que en cuanto al valor de la hora extraordinaria supuso la modificación introducida por el RD-L 1/1986, de 14 de marzo, el cual impuso una retribución de la hora no inferior al 75% respecto del valor de la hora ordinaria.

Este excesivo encarecimiento de la hora extraordinaria, impulsó la doctrina anterior de la Sala admitiendo como válidas las cláusulas de los convenios colectivos que regulaban la hora extraordinaria en un porcentaje inferior al 75%.

Posteriormente, cuando la reforma de la Ley 11/1994 disminuyó la retribución de la hora extraordinaria al valor mínimo de la hora ordinaria (y sin perjuicio de su mejora por convenio colectivo), no se encuentra motivo para seguir admitiendo su negociación por debajo del mínimo legal lo que justifica el cambio doctrinal.

Como puede fácilmente comprobarse eran criterios de equidad y no de estricta técnica jurídica los que sustentaban la doctrina casacional anterior, felizmente superada.

## **E) Horas de presencia**

### **a) No cabe exigir su retribución si se percibe un complemento de disponibilidad horaria regulado en convenio colectivo**

La STSJ de Galicia de 4 de junio de 2004, I.L. J 1864, analiza una reclamación de horas de presencia, de un trabajador empleado por la Xunta de Galicia y al que le es aplicable el convenio colectivo de ésta.

Citado convenio ha regulado un denominado complemento de disponibilidad cuya definición es prácticamente idéntica a la que se recoge en el artículo 6 del RD 1561/1995 respecto a las horas de presencia. Así, la disponibilidad regulada en esta norma colectiva retribuiría el tiempo de presencia que el conductor por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta y otras similares, aunque no presta trabajo efectivo, se encuentra a disposición de la Xunta de Galicia.

Concurre que la retribución de este complemento de disponibilidad es muy inferior al que resultaría de abonar las horas de disponibilidad como de presencia; igualmente, el

## V. Dinámica de la Relación Laboral

convenio de la Xunta excluye el percibo de horas extraordinarias si se percibe este complemento de disponibilidad.

La Sala del TSJ de Galicia concluye la no sumisión del convenio colectivo a la normativa del RD 1569/1995, por su carácter reglamentario.

Postura que creemos admite otro punto de vista, toda vez que el principio de legalidad impediría a la negociación colectiva redefinir los conceptos salariales previstos en las normas, posibilitando así una retribución inferior de los mismos. Y este principio de legalidad recogido en el artículo 85 del Estatuto de los Trabajadores exige el respeto a las Leyes y a los reglamentos que las desarrollan. En este sentido, el Real Decreto 1561/1995 no es sino un desarrollo reglamentario del artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores, que pretende ordenar la duración de la jornada de trabajo y de los descansos para aquellos sectores y trabajos que por sus peculiaridades así lo requieran.

Repárese, en que más allá del aspecto retributivo el RD 1561/1995 limita el número de horas de presencia a desarrollar en un número de 20 semanales, límite que no juega en la regulación del complemento de disponibilidad en el convenio colectivo de la Xunta de Galicia.

### 3. PACTO DE PERMANENCIA

#### A) La formación real y efectivamente especializada como requisito de validez del pacto

En materia de pacto de permanencia, la STSJ de Cataluña de 24 de febrero de 2004, I.L. J 2176, reitera doctrina en el sentido de que constituye requisito esencial para la validez de tal pacto que la formación dada por la empresa sea real y efectivamente especializada, de manera que consista en una especialización profesional para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico, no siendo por lo tanto válida como causa del pacto cualquier tipo de formación ordinaria que no reúna tal carácter. La formación profesional ordinaria que el trabajador recibe de la empresa es un derecho del mismo que reconoce el artículo 4.2, letra b) ET, a la vez que constituye un provecho y beneficio para el propio empresario que con ello verá incrementada la calidad y cantidad del trabajo, y en suma, la productividad del trabajador. Corresponde al empresario la carga de probar este extremo.

En el supuesto concreto no se ha acreditado una formación especializada cuando resulta que el trabajador ya fue contratado como programador junior informático, con lo que obviamente ya contaba con importantes conocimientos de esta materia, y la formación en que se pretende sustentar el pacto de permanencia consiste tan sólo en nueve sesiones que se le impartieron de un determinado programa informático, sobre cuyas características y supuesto alto nivel profesional no se ha aportado el más mínimo elemento probatorio, por más que la empresa insista en afirmar que los conocimientos impartidos constituyen una formación especializada de alto nivel muy valorada en el mercado de trabajo, porque versa sobre el uso de una herramienta informática de enorme valor. A lo que se debe añá-

dir que ni siquiera se ha alegado que el trabajador fuese luego destinado a la puesta en marcha de un determinado proyecto o a la ejecución de un específico trabajo, por lo que no concurren los requisitos que exige el artículo 21.4 ET para la validez del pacto.

#### 4. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

##### A) Auxiliares sanitarios de centro ocupacional provenientes del INSERSO: funciones

La STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de septiembre de 2004, I.L. J 1913, justifica en razones de excepcionalidad, “por la trascendencia negativa que tendría la no administración del medicamento al residente”, y en ausencia de ATS, la atribución a los auxiliares sanitarios de un Centro Ocupacional, anteriores cuidadores del INSERSO, de la función de administrar los medicamentos orales y tópicos previamente preparados por el ATS.

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

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

Siguiendo la estela marcada por la STS de 2 de diciembre de 2002, I.L. J 2584 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1153/2002) en la tarea de delimitar el objeto del proceso especial de clasificación profesional, la STS de 6 de octubre de 2003, I.L. J 1481 (recurso 6/2003) reafirma el criterio del Alto Tribunal al manifestar que la modalidad procesal de clasificación profesional “debe utilizarse exclusivamente cuando la reclamación de categoría profesional esté fundada en el desempeño de actividades de categoría superior en la que son determinantes ‘los hechos y circunstancias del trabajo efectivamente desarrollado’, pero no cuando la clave de la decisión jurisdiccional se encuentra en la interpretación de preceptos” (FJ 2º) o del convenio colectivo. Es decir, no cuando la resolución judicial no “depende o al menos no depende ‘exclusivamente’ de los cometidos laborales realizados por la actora, sino que ha de tener en cuenta otras consideraciones ‘de derecho’ y no ‘de hecho’”, consideraciones que en el caso de autos se correspondían con el encaje de las antiguas categorías profesionales de los distintos convenios colectivos del personal laboral de las Administraciones Públicas en los grupos profesionales del Convenio colectivo único del personal laboral de la Administración General del Estado. Consideraciones que se reproducen en las SSTS de 27 de enero de 2004, Sala Cuarta, 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 4 de octubre de 2004, I.L. J 1826 (recurso u.d. 4588/2003).

### 5. MOVILIDAD FUNCIONAL

#### A) Movilidad ascendente

##### a) Concurrencia del supuesto legal

Según la doctrina sentada, entre otras, por las SSTS de 1 de diciembre de 1967 y 17 de diciembre de 1970, para que concurra la figura de la encomienda de funciones superiores no es preciso que se ejecuten todas y cada una de las tareas de la categoría superior, pero sí se han de realizar cuanto menos las *funciones básicas y esenciales* de la misma. No es suficiente a estos efectos que las funciones ejercidas excedan claramente “de las que son atribuidas a la categoría propia, sino que es preciso que entren de lleno en las asignadas a la categoría superior y sean llevadas a cabo no sólo en posesión de un título sino en función del título que de modo específico habilita o capacita para su realización” (STSJ de Asturias de 27 de octubre de 2000, I.L. J 2293, recurso 3307/1999). La STS de 22 de noviembre de 2000, u.d., I.L. J 2617 (recurso 2828/1998) puntualiza la anterior afirmación advirtiendo que no existe realización de funciones de categoría superior cuando las nuevas funciones se corresponden a un puesto de libre designación, de naturaleza no necesariamente laboral y no regido por el convenio colectivo. Es además 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)].

##### b) Garantías del trabajador

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 la 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 este 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. Para que exista derecho a percibir retribuciones superiores al desempeño de funciones de encuadramiento profesional superior lo importante es la realización material de las mismas en los términos vistos, no que se haya ejercido de forma regular el poder de dirección. En caso contrario “se estaría produciendo un enriquecimiento sin causa cuando se encarga un trabajo que se realiza por el trabajador, cumpliendo órdenes de sus superiores y luego no se retribuye, alegando que su encomienda se ha efectuado de forma irregular” [STS de 28 de octubre de 2004, I.L. J 2005 (recurso u.d. 6167/2003)].

**B) Cambio de puesto de trabajo por razones de salud**

La importancia de las previsiones convencionales en relación con esta cuestión se observa, entre otros pronunciamientos, en las SSTSJ de Baleares de 22 de mayo de 2001, I.L. J 1273 (recurso 213/2001) y TSJ de Castilla y León, de 12 de junio de 2001, I.L. J 1590 (recurso 837/2001) que proclaman el derecho de los trabajadores a cambiar sus funciones por motivos de salud cuando así estuviere previsto en el convenio colectivo de aplicación cumpliéndose unos mínimos requisitos. La **STSJ de Castilla y León de 11 de octubre de 2004**, I.L. J 2164, ahonda en este ámbito estableciendo que el reconocimiento convencional –Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado de 1998– de la capacidad unilateral del empresario, Administración, para mover de manera descendente al trabajador por razones de salud, justifica que dicha movilidad conlleve la percepción de las retribuciones básicas de la categoría de origen pues en caso contrario “se podría ocasionar un grave perjuicio al trabajador que, por una circunstancia ajena por completo a su voluntad, tiene que soportar, no sólo un cambio de puesto de trabajo a otro de categoría inferior, impuesto por la Administración, sino también una drástica disminución de sus retribuciones”.

**6. MOVILIDAD GEOGRÁFICA****A) Traslado de centro de trabajo. El desplazamiento al nuevo centro desde su residencia es notablemente gravoso para el trabajador lo que le exigiría el cambio de residencia**

En el supuesto que se examina la empresa trasladó la empresa de Barcelona a Masquefa, toda vez que el Ayuntamiento de Barcelona ordenó cesar la actividad contaminante o perturbadora en cuanto a ruidos. Tal nueva localidad está comunicada con Barcelona por tren que tarda 48 minutos y luego desde la estación hasta el centro de trabajo hay unos 200 metros. Una de las demandantes solicitó cesar en la empresa lo que fue admitido y firmó finiquito. Ambas interesaron la extinción del contrato. La **STSJ de Cataluña de 21 de julio de 2004**, I.L. J 1922, examina la cuestión y respecto a la primera trabajadora, dicha sentencia recuerda la dictada con fecha 8 de octubre de 2002, señalando que “en este tipo de rescisión la efectiva extinción de la relación laboral sólo se produce con la sentencia firme que la reconoce, de modo que hasta el momento de la resolución judicial, el trabajador sigue obligado a la prestación de servicios y el empresario a su remuneración”, por ello al constar el cese de dicha demandante con anterioridad a la fecha del reconocimiento del derecho, no procede la declaración de extinción con la indemnización prevista. Respecto a la otra trabajadora, señala la citada sentencia que concurren los requisitos necesarios para reconocer el derecho a extinguir el contrato de trabajo, pues partiendo aproximadamente de una distancia de 50 Km que supone un tiempo de desplazamiento de 48 minutos, lo que supone un desplazamiento diario desde su residencia hasta el centro de trabajo como notablemente gravoso, y de hecho, para evitar dicha situación le exigiría el cambio de residencia, por ello procede la opción prevista en el artículo 40 ET y acordar

## V. Dinámica de la Relación Laboral

la extinción del contrato con derecho a la indemnización de 20 días de salario por año de servicio.

### **B) Movilidad geográfica. Empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes no resulta de aplicación el artículo 40.4 ET. Decisión de la empresa sobre traslado nula y sin fuerza vinculante**

La empresa MN se dedica como actividad a la de montajes industriales desarrollando la misma en diversos centros y lugares ubicados en todo el territorio nacional en función de las obras contratadas. Los trabajadores demandantes han venido prestando servicios en diversos centros de trabajo y lugares. La empresa dirigió comunicación a los trabajadores en la que les decía que “por haber transcurrido un tiempo superior a 12 meses (dentro de los 3 últimos años) en situación de desplazado desde su destino a las obras de Tarragona o proximidades, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.4 ET la referida situación de desplazamiento ha pasado a convertirse en otra de traslado, por ello a partir del día siguiente a cumplirse 30 días desde la entrega de la presente comunicación, la empresa considera que queda usted trasladado en las referidas obras de Tarragona, dejando por ello de devengar dietas por desplazamientos mientras se mantenga tal circunstancia”. Los trabajadores reclaman las dietas que entienden tienen derecho a percibir. La **STS de 14 de octubre de 2004**, I.L. J 2320, examina la aplicación o no del artículo 40.4 ET, y parte de al oscuridad del precepto, y señala que la misma no dispone que el desplazamiento que supere el límite temporal que en ella se señala, queda automáticamente convertido en traslado; lo que tal disposición ordena es que ese desplazamiento tendrá el tratamiento previsto por Ley para los traslados. La causa de la dificultad interpretativa reside en la frase “a todos los efectos” que en la norma se expresa. Señala la sentencia examinando el antecedente de la norma (artículo 40.3 ET) que permitía que el empresario en incumplimiento de la limitación temporal desplazando al trabajador 11 o 12 meses, disponer su regreso manteniéndolo 2 o 3 meses en su destino y volverlo a desplazar, así sucesivamente, por ello se introdujo la modificación del artículo 40.4 en su redacción actual, completando o perfilando el límite temporal, pero sin alterar, la finalidad y objetivos que ese límite de tiempo tuvo desde un principio. Por tanto el precepto responde a una finalidad protectora de los derechos e intereses de los trabajadores, y por tal significa que para que el empresario pueda seguir manteniendo el desplazamiento de un trabajador, a pesar de haber sobrepasado 12 meses en un período de 3 años, es la exigencia de que ese empresario cumpla con toda exactitud los requisitos materiales y formales que, para llevar a cabo un traslado, impone el artículo 40.1 ET; de ahí que, si el empresario no ha cumplido esa fundamental exigencia, el desplazamiento no podrá extenderse más allá de los 12 meses iniciales, pudiendo el trabajador oponerse a tal extensión temporal del desplazamiento, o incluso negarse a seguir llevándolo a cabo, una vez que han transcurrido esos 12 primeros meses. Por el contrario nos se puede interpretar el artículo 40.4, párrafo 4º, de modo que se aumenten las facultades y derechos del empresario en detrimento y merma de los derechos de los operarios y de su protección, pues tal clase de interpretación se opone frontalmente a la razón de ser de esta norma y la desnaturaliza. “Todo traslado requiere que el trabajador pase a realizar su función a un nuevo ‘centro de trabajo distinto de la misma empresa’ que le exija cambio de residencia, tal como claramente precisa el artículo 40.1. Ello implica que es requisito principal y definitorio del traslado ese hecho específico de cambio de centro de trabajo, pasando a realizar el servicio el

empleado trasladado a un nuevo y único centro de trabajo, con la intención empresarial de que el trabajo a desarrollar en ese nuevo centro tenga un sentido o vocación de permanencia. Si el cambio no se refiere a un solo centro de trabajo, sino a varios diferentes en los que el interesado va desarrollando su labor de forma sucesiva, unos pocos meses en cada uno, no existe ningún tipo de traslado, sino varios desplazamientos continuados; sin que esta conclusión pueda modificarse por el hecho de que esos distintos centros de trabajo estén situados en la misma provincia”. En estos casos no hay traslado alguno, ni se le puede aplicar el tratamiento previsto a la ley para los mismos. Si lo que se ha producido son varios desplazamientos en diferentes centros de trabajo, no puede entrar en acción el artículo 40.4, pues no se da presupuesto.

## 7. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

### A) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Extinción. Cambio de jornada. Indemnización. Desestimación por falta de acreditación de la existencia de perjuicios

La empresa por necesidades de producción procedió a alterar la jornada pasando a un nuevo horario a turno partido (9,30 a 14 y 16 a 19,30). El trabajador comunicó a la empresa la opción por la extinción del contrato de trabajo al amparo del artículo 41.3 ET. La STSJ de Castilla y León de 28 de septiembre de 2004, I.L. J 2103, señala que siendo el cambio de jornada una modificación sustancial de condiciones de trabajo [artículo 41.1.a) y c) ET] se impone siempre que “resultase perjudicado por la modificación sustancial” y es claro que la existencia de tales perjuicios no se presume por la ley (a diferencia de los supuestos de traslado del artículo 40.1, párrafo 4º, ET) sino que ha de acreditarse por quien extinguió el contrato, criterio no sólo devenido de la norma sino también de la doctrina jurisprudencial (STS de 18 de marzo de 1996). En el presente supuesto al margen de la incomparecencia de la empresa el trabajador no acredita los perjuicios.

### B) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Determinación de la forma de recuperar el tiempo de trabajo por retrasos en la entrada o en los descansos de comida. Facultades organizativas del empleador. Inexistencia

La STS de 17 de diciembre de 2004, I.L. J 2366, examina el supuesto de la implantación de un nuevo sistema de gestión del tiempo de trabajo, por el que se fija un horario flexible permitiendo una flexibilidad en la entrada de trabajo de 30 minutos o bien un incremento de duración en las pausas para la comida o la cena, con la consecuencia lógica de que el trabajador debe compensar su disfrute mediante la prolongación de la jornada del día en que haya utilizado este derecho hasta complementar su jornada ordinaria. “Se trata de una modalización del horario ordinario sólo en cuanto a dotar al personal que lo tiene asignado de una cierta flexibilidad en su cumplimiento”; “flexibilidad horaria en los términos prefijados, que de otra parte tiene carácter voluntario, y que, naturalmente, exige su control informático dentro de un sistema de organización”. Tal modificación no supone ningún tipo de modificación sustancial de las condiciones de trabajo del ar-

## V. Dinámica de la Relación Laboral

título 41 ET, “lo único que hace la norma litigiosa, con una cierta dosis de flexibilidad en el cumplimiento de la jornada de trabajo, y dentro de las facultades organizativas del empleador, es la forma de recuperar el tiempo de trabajo por retrasos producidos en el horario de trabajo o ampliación de las pausas para comida o cena, cuando el trabajador, en forma voluntaria ha optado por el horario flexible”.

JESÚS R. MERCADER UGUINA

CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO

ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ

DAVID LANTARÓN BARQUÍN

FERNANDO BREÑOSA ÁLVAREZ DE MIRANDA

ANA BELÉN MUÑOZ RUIZ

MONTSERRAT RUIZ CUESTA



**VI. DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO****Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. Extinción contractual y despido.** A) Causas de extinción contractual. B) Despido. Generalidades; presupuestos básicos y supuestos específicos. Validez del contrato. Calificación de la relación jurídica. **3. El despido disciplinario. Causas que lo motivan. 4. Extinción del contrato por causas objetivas.** A) Configuración y alcance de las causas. La decisión empresarial de amortizar uno o varios puestos de trabajo. Artículo 52.c) ET. B) Modalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación. **5. El ejercicio de la acción y la modalidad procesal del despido.** A) La caducidad de la acción. B) El procedimiento por despido. **6. Calificación judicial del despido: Procedencia. 7. Calificación judicial del despido: Improcedencia.** A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia. B) La indemnización: cuantía y cálculo. **8. Calificación judicial del despido: Nulidad.** A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

Esta crónica recoge la doctrina judicial relativa a la extinción del contrato de trabajo y al despido, emanada del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, incluida en la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, números 13 a 16 del año 2005.

La sistemática observada en ella intenta separar, en la medida de lo posible, la exposición de las cuestiones relativas a la extinción del contrato de trabajo, en general, de aquellas otras, más específicas, concernientes al despido. Estas últimas se desglosan atendiendo a las tres categorías que de este último contempla el legislador, reseñando los aspectos

que en cada una de ellas son objeto de consideración –con mayor o menor profusión o intensidad– en la doctrina judicial. Posteriormente, se abordan los aspectos relativos a la impugnación del despido, que afectan no sólo al ejercicio de la acción y las cuestiones que plantea, sino también a las posibles calificaciones judiciales del mismo y las consecuencias derivadas de ellas.

## 2. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESPIDO

### A) Causas de extinción contractual

La primera de las causas de extinción del contrato de trabajo, el *Mutuo acuerdo de las partes* [artículo 49.1.a) ET] que se documenta a través del denominado “Finiquito”, es analizada en las SSTs de 22 de noviembre de 2004 y 18 de noviembre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 1193 y 2381 (recursos de casación para unificación de doctrina 642/2004 y 6438/2004), que le otorgan valor liberatorio al enjuiciar el supuesto de la válida extinción contractual dentro del período de prueba. La Sala argumenta en su FJ 2º:

“La negación de la eficacia liberatoria del finiquito se ha producido en otros supuestos por completo distintos del presente, tales como: finiquitos tras contratos temporales fraudulentos, o firmados entre contrato y contrato que se suceden en una cadena, o suscritos a la finalización de períodos de trabajo fijo discontinuo (en acciones de despido) y también en casos en que claramente no se ha incluido un concepto determinado o se producen diferencias salariales por convenio posterior con efectos retroactivos (en acciones de reclamación de cantidad). Por lo que se refiere a los finiquitos firmados a la conclusión de un contrato por no superación del período de prueba, se ha declarado su ineficacia cuando tal período era inexistente, por haber sido rebasada su duración o por no haberse pactado por escrito, así en la sentencia del TS de 19 de junio de 1990 y en el supuesto contemplado en la Sentencia del TS de 5 de octubre de 2001. Pero ya se ha dicho que el caso analizado era diferente por las razones expuestas, por lo que se ha de dar plena validez al finiquito.”

Relativa a la extinción del contrato de trabajo *por voluntad del trabajador* (artículo 50 ET), la STSJ de Galicia de 12 de mayo de 2004, (recurso 1534/2004), I.L. J 1852, y la STSJ de Madrid de 6 de julio de 2004, (recurso 1469/2004), I.L. J 2002, niegan la existencia de dimisión de sendos trabajadores, ante el retraso en el pago de salarios, que no tiene carácter grave, siendo abonados con anterioridad al acto de juicio. La Sala justifica el fallo en los siguientes términos:

“El artículo 50.1.b) del ET recoge la falta de pago de salarios o retrasos en el pago de los mismos como una de las causas de extinción del contrato de trabajo a instancias del trabajador. Ahora bien, requiere que tanto unas como otros sean continuados, lo que ha sido interpretado por la jurisprudencia en el sentido de que ha de concurrir gravedad para que la falta o el pago retrasado se inscriban en el citado precepto legal.”

## VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

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

En el análisis judicial del despido, se observan diversas resoluciones que analizan la naturaleza jurídica de la relación de trabajo, valorando en su caso los distintos requisitos necesarios para la existencia de una relación laboral. La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 13 de octubre de 2004** (recurso 1876/2004), I.L. J 2101, desestima la existencia de despido ante la inexistencia de relación laboral entre la actora y la empresa, al considerar que la misma no desempeña funciones de “limpieza” en una propiedad de la empresa demandada. La Sala señala al respecto:

“Independientemente de las vicisitudes que puedan producirse en un ámbito distinto sobre el desahucio de la vivienda que ocupaba la actora dentro del recinto de la Cooperativa demandada, el objeto de esta resolución, queda circunscrito a determinar si existe una relación laboral indefinida como casera entre la actora y la demandada, y de las pruebas que han sido valoradas objetivamente por el Magistrado de instancia, ha de llegarse a la misma conclusión, es decir que no ha quedado demostrada la existencia de una relación laboral entre ambas partes, y ello es así por cuanto existiendo las notas del contrato de trabajo, la dependencia, la prestación de servicios por cuenta ajena y la retribución, en el caso que nos ocupa, no ha quedado averada la existencia de ninguna de ellas, pues no queda constancia de la existencia de tal dependencia, no se han especificado, ni se ha probado realizar las labores que como presunta casera hubiera debido realizar la actora en el Centro de Trabajo, ni por supuesto la existencia de una retribución o salario, por cuanto aun cuando se permite que parte del salario sea satisfecho en especie, el artículo 26 ET no permite en ningún caso que el salario en especie supere el 30% de las percepciones económicas a percibir por la actora según su categoría profesional, por lo cual, y al no haber quedado acreditada tal relación laboral, procede confirmar íntegramente la resolución impugnada.”

Asimismo, la **STS de 11 de noviembre de 2004**, Sala Cuarta, (recurso de casación para unificación de doctrina 4033/2002), I.L. J 2328, rechaza la realidad de despido ante la finalización de un contrato de trabajo por obra o servicio determinado, debido a la rescisión parcial de la contrata. Con este motivo, la Sala resume los requisitos y características que deben estar presentes en esta relación laboral. La Sala argumenta:

“Todo lo anterior, responde sin duda a la reducción de personal pactada, y por lo mismo, no alegando siquiera preferencia en el mantenimiento de empleo sobre lo otros trabajadores adscritos al servicio, no constituye despido.”

### 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 Castilla-La Mancha de 20 de febrero de 2004 y de Cantabria de 6 de octubre de 2004**, (recursos 2218/2003 y 883/2004), I.L. J 2172 y 2160, enjuician la procedencia de sendos despidos disciplinarios efectuados a dos trabajadores que, en situación de incapacidad temporal, teniendo

prescrito reposo, realizaron varias conductas transgresoras del tratamiento médico prescrito, que los actores, tenían la obligación de respetar.

#### 4. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS

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

La STS de 7 de octubre de 2004, Sala Cuarta (recurso de casación para unificación de doctrina 4523/2003), I.L. J 1893, declara improcedente la extinción por causas objetivas del contrato de trabajo por causas objetivas del trabajador demandante, al no estar justificada ni haberse acreditado la concurrencia de la causa alegada para extinguir la relación contractual. La empresa no explicita el motivo por el que se prescinde del trabajador. Para ello, la Sala, razona:

“La reorganización de la actividad empresarial debe estar ligada a una determinada finalidad, cual es el mantenimiento de la actividad empresarial, por lo que habrán de ofrecerse los términos de conexión entre una y otra para poder calificar de procedente la decisión extintiva”.

De otro lado, la STSJ de La Rioja de 9 de noviembre de 2004 (recurso 280/2004), I.L. J 2397, falla la procedencia del despido efectuado a una trabajadora ante el caso en que el puesto de la actora había quedado vacío de contenido concurriendo causas organizativas y de producción para su amortización. Conforme al FJ 2º de la Sentencia:

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

La STSJ de Madrid de 25 de mayo de 2004 (recurso 420/2004), I.L. J 1795, revoca la sentencia de instancia y declara la procedencia del despido efectuado a un trabajador por faltas de asistencia al trabajo ante un supuesto de enfermedad y fallecimiento de un familiar. La Sala argumenta:

“La empresa no puede supeditar su viabilidad a la actitud de sus trabajadores ante sus propios problemas personales. El juez ha de realizar un juicio de valor sobre la gravedad y culpabilidad de las faltas (artículo 54 ET) y para ello tiene que examinar la adecuación de las conductas imputadas a la descripción de las faltas que se recogen en el cuadro sancionador correspondiente de la norma reglamentaria o convencional aplicable al caso. Si

## VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

ésta coincide con la descripción de las muy graves habrá de declarar que la calificación empresarial es adecuada y no debe rectificar la calificación impuesta, pues de acuerdo con el contenido del artículo 58 del ET, corresponde al empresario la facultad de imponer la sanción que estime apropiada.”

La interpretación de la causa de despido económico o por necesidades técnicas, organizativas o de producción de la empresa [artículo 52.c) ET] se plantea en la **STSJ del País Vasco de 16 de noviembre de 2004** (recurso 2052/2004), I.L. J 2395. Frente a la sentencia de instancia, que declaró la improcedencia de la extinción del contrato de trabajo de la trabajadora demandante fundado en causas objetivas, la Sala declara la procedencia de la extinción del contrato de trabajo por tales causas, como consecuencia de la pérdida de los cuatro clientes que la empresa tenía en la provincia, la disminución importante de la facturación, el descenso del número de trabajadores dados de alta y dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa. Para ello, la sala, en su FJ 2º, razona:

“Deben entenderse que han quedado constatadas las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa, a las que alude el artículo 52.c) ET como requisito de aplicación de la figura del despido objetivo (...) De modo que como se ha señalado también con reiteración, el ámbito del control judicial sobre la decisión empresarial extintiva basada en alguna de las causas mencionadas, debe ir dirigido a determinar la razonabilidad de la medida adoptada, es decir, que el juez deberá llegar a la convicción de que las medidas empresariales adoptadas son, razonablemente interpretadas, necesarias para la consecución de los fines pretendidos por el empresario. Y en el presente supuesto (...) la medida adoptada no puede calificarse de irrazonable o arbitraria pues (...) la decisión de amortizar el único puesto de trabajo que la empresa tenía dedicado a la gestión administrativa en esa provincia se vislumbra como una decisión razonable en cuanto apoyada en las circunstancias descritas (...) Lo expuesto conduce a la estimación del recurso interpuesto por la empresa en el sentido de declarar la procedencia de la extinción del contrato de trabajo de la trabajadora demandante.”

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

La **STSJ de Valencia de 7 de abril de 2004** (recurso 155/2004), I.L. J 2121, al analizar, en un despido por causas objetivas, el ofrecimiento de indemnización legalmente exigida, expone que la carga de la prueba corresponde al empresario, siendo irrelevante su ofrecimiento ante el SMAC, pues ha de realizarse al entregar la carta de despido [artículo 53.1.b) ET], dado que el ofrecimiento ulterior no subsana el incumplimiento de los requisitos legales.

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

### A) La caducidad de la acción

Las **STS de 17 de diciembre de 2004**, Sala Cuarta, (recurso de casación para unificación de doctrina 6005/2003), I.L. J 2339, estima la excepción de caducidad en el cómputo

del plazo, en el supuesto en el que dos trabajadores, tras firmar su renuncia a proseguir desempeñando su puesto de trabajo en la empresa en fecha 21 de abril de 2002, deciden interponer demanda por despido el 17 de mayo del citado año. En el supuesto analizado, la Sala estima la excepción de caducidad fundamentando el fallo en que “ya se había superado el plazo de 20 días hábiles que para la caducidad de la acción de despido se establece en el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores”.

### **B) El procedimiento por despido**

La **STS de 26 de noviembre de 2004**, Sala Cuarta, (recurso de casación para unificación de doctrina 4529/2003), I.L. J 2272, con ocasión de la infracción de las normas esenciales del procedimiento de despido, analizan los requisitos necesarios del mismo. La Sala, reiterando la doctrina judicial del Tribunal Supremo, argumenta:

“Es preciso recordar que, como constante doctrina emanada del Tribunal Supremo ha establecido, para que pueda tener viabilidad el motivo basado en la infracción de normas esenciales del procedimiento es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos: A) que se haya infringido una norma procesal; B) que se cite por el recurrente el precepto que establece la norma cuya infracción se denuncia; C) que el defecto no sea invocado por la parte que lo provoca, pues sólo el perjudicado puede denunciar el defecto; D) que la infracción de la norma procesal haya producido indefensión; E) que se haya formulado protesta en tiempo y forma, pidiendo la subsanación de la falta, con el fin de que no pueda estimarse consentida.”

## **6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA**

Diversas resoluciones judiciales declaran la procedencia de distintos despidos disciplinarios fundados en acoso sexual a compañeras de trabajo. Así las **SSTSJ de Madrid de 18 de mayo de 2004 y de Valencia de 7 de abril de 2004** (recursos 457/2004 y 104/2004), I.L. J 1852 y 2122, determinan la procedencia de sendos despidos efectuados a dos trabajadores con motivo del acoso sexual a que sometían a sus compañeras de trabajo. Sus conductas se basaron en la observancia de una conducta libidinosa no deseada ni deseable por las trabajadoras destinatarias, infringiendo con ello el contenido del artículo 4.2.e) del ET, relativo al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual.

Asimismo, la **STSJ de Cataluña de 10 de mayo de 2004** (recurso 289/2004), I.L. J 2054, falla la procedencia de un despido disciplinario, basado en la transgresión de la buena fe contractual, analizando el caso de un trabajador que incurre en competencia ilícita o concurrencia desleal, debido a que él mismo, sin autorización ni consentimiento de la empresa, trabaja y gestiona otra entidad cuyo objeto social es idéntico cumpliendo las mismas funciones que en la empresa demandante.

## VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

Finalmente, la STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2004 (recurso 422/2004), I.L. J 2056, declara la procedencia de un despido disciplinario, basado, asimismo, en la transgresión de la buena fe contractual, debido a la conducta fraudulenta del actor que, una vez finalizada la situación de incapacidad temporal, prosigue sin acudir a supuesto de trabajo.

### 7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

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

Diversas resoluciones judiciales, al fallar a favor de la improcedencia del despido, analizan el requisito de proporcionalidad entre el hecho determinante del mismo y la sanción que ha de mediar para la calificación de un despido procedente. Así, la STSJ de Cataluña de 28 de junio de 2004 (recurso 3243/2004), I.L. J 1915, analiza el requisito de culpabilidad y gravedad contenido en el artículo 54.2 ET. Según la Sala:

“Para constituirse en causa de despido y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 54.2 del ET las infracciones a que se refiere dicho precepto deben, en todo caso, alcanzar cotas de culpabilidad y gravedad suficiente. Suficiencia que, además no puede determinarse bajo meros criterio objetivos, exigiéndose, por el contrario un análisis individualizado de cada conducta.”

En sentido análogo, las SSTSJ de Madrid de 18 de mayo de 2004 y STSJ de Galicia de 27 de abril de 2004 (recursos 428/2004 y 1255/2004), I.L. J 1794 y 1857, al fallar la improcedencia de los despidos efectuados a sendos trabajadores, cuya actuación indisciplinada no afecta a la confianza de los clientes de las empresas, analizan el requisito de gravedad contenido en el artículo 54.2 ET. Las Salas determinan que la actuación de los trabajadores no está revestida de la gravedad suficiente contenida en el artículo 54.2.b) del ET como para ser merecedora de un despido disciplinario, basado en la indisciplina o desobediencia en el trabajo.

Asimismo, la STSJ de Galicia de 26 de abril de 2004 (recurso 1291/2004), I.L. J 1990, tomando en consideración la duración total de todos los contratos eventuales dentro del período de referencia previsto en la Ley o en el Convenio Colectivo, falla la improcedencia del despido efectuado en un supuesto de contratación temporal reiterada. La Sala lo fundamenta en los siguientes términos:

“El artículo 15, que experimentó sensibles modificaciones por la Ley 11/1994, de 7 de mayo y la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, regula en su número 1, apartado b) el denominado contrato eventual, motivado por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aun tratándose de la actividad normal de la empresa; tal definición pone de manifiesto que la temporalidad de este tipo de contratación es causal y contingente, pues en el proceso productivo o en la prestación de servicios se produce de manera transitoria un desajuste entre los trabajadores vinculados a la empresa y la actividad que deben desarrollar, permitiendo la ley la posibilidad de acudir a la contratación temporal para superar esa necesidad de una mayor actividad, sin incrementar la plantilla más de lo

preciso, evitando el inconveniente de una posterior reducción de la misma si, superada la situación legalmente prevista, se produjera un excedente de mano de obra. De ahí que si esa actividad normal de la empresa persiste y se transforma en permanente, el tipo de contratación permitido ya no será el temporal, sino el contrato por tiempo indefinido. Éste es el sentido de la norma para el Tribunal Supremo, que en Sentencia de 21 de diciembre de 1990 declaró que el criterio decisivo en esa modalidad contractual es el carácter temporal, coyuntural u ocasional del trabajo, como circunstancia que exige a la empresa un incremento de mano de obra con ese mismo carácter eventual.”

La **STSJ del País Vasco de 23 de noviembre de 2004** (recurso 1523/2004), I.L. J 2393, declara 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”. Asimismo, la **STSJ de Galicia de 24 de mayo de 2004** (recurso 1817/2004), I.L. J 1861, falla en favor de la improcedencia del despido efectuado a un trabajador contratado por obra o servicio determinado, en un supuesto en el que la decisión extintiva es adoptada cuando la obra o servicio estaba suspendida, no terminada.

Por el contrario, la **STS de 21 de octubre de 2004**, Sala Cuarta, (recurso de casación para la unificación de doctrina 4921/2003), I.L. J 1955, estima la improcedencia del despido efectuado a un trabajador, objeto de sucesivos contratos para obra o servicio determinado y desestima el recurso de casación por no identificar el núcleo básico de la contradicción ni la infracción legal alegada con la necesaria precisión.

Para ello, la Sala, en su FJ 2º único, alega:

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

## VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

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

La **STSJ del País Vasco de 13 de octubre de 2004** (recuso 1741/2004), I.L. J 2217, analiza la improcedencia del despido efectuado a un trabajador con posterioridad a la finalización del período de prueba, en un supuesto en el que el trabajador comienza a prestar sus servicios para la empresa con anterioridad a la firma del contrato de trabajo. La Sala expone:

“Parte del contrato es ajustado a la ley y por ello, acreditado que el actor no pudo comenzar a prestar servicios con anterioridad a la fecha de su otorgamiento, el cese se produce dentro del período de prueba pactado. En este sentido, tomando como fecha inicial de la relación de trabajo el que se dice en la sentencia es evidente que el cese, acordado más allá del tiempo fijado por las partes como período de prueba, ha de tacharse de despido improcedente. En este sentido el Tribunal Supremo tiene declarado, Sentencia de 5 de abril de 1991, que habiendo pactado un período de prueba de x días, comunicada la decisión extintiva dentro del plazo de vigencia del citado lapso, estableciendo el artículo 14 del ET la facultad potestativa de terminar la relación sin consecuencias derivadas de tal extinción, conforme establece el artículo 14.2 del cuerpo legal mencionado, es evidente que no se han cometido las vulneraciones acusadas lo que, en el presente caso, no ocurre. Ello es así por cuanto las posibilidades del artículo 14 quedan ceñidas al ámbito temporal fijado como de ‘prueba’ por lo que, según constante jurisprudencia y como se resume en la STS de 18 de febrero de 2002 dicho cómputo ha de contarse de fecha a fecha, por aplicación del artículo 5 del Código Civil, debiendo calificarse como despido improcedente el cese acordado una vez que se ha completado dicho período de prueba.”

Asimismo, la **STSJ de Cataluña de 6 de julio de 2004** (recurso 9290/2003), I.L. J 1920, declara la improcedencia del despido disciplinario efectuado a un trabajador, al confirmarse que la riña no fue provocada por él sino por otro compañero, por considerar en tal supuesto “que la sanción de despido excede de la gravedad que exige el convenio colectivo en la previsión transcrita, cuando se refiere a originar riñas o pendencias con los compañeros basta una sola vez cuando se produzcan lesiones”.

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

La **STSJ de Cantabria de 10 de marzo de 2004** (recuso 189/2004), I.L. J 2095, 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 correspon-

dientes 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

La STSJ de Murcia de 12 de diciembre de 2004 (recurso 808/2004), I.L. J 2113, 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 falla 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).”

Por el contrario, la STSJ de Galicia de 6 de mayo de 2004 (recurso 1478/2004), I.L. J 1858, declara la nulidad del despido efectuado a un trabajador, delegado de sección sindical en la empresa, cuando la misma solapa el verdadero motivo de despido, en forma de despido objetivo. Para ello, la Sala descarta la justificación del despido objetivo y declara la nulidad del mismo.

“Cuando menos habría de reputarse precipitada la decisión empresarial tomada en base a un simple dictamen médico (...) que revela que la dolencia es reversible, aun paliada en la actualidad con un cambio de puesto de trabajo adecuado a sus condiciones presentes (...) No habiéndose probado que la decisión empresarial de despido objetivo obedezca a causa justificada y acreditado el conocimiento por la empresa de la condición de delegado o secretario de la sección sindical de CCOO por parte del actor y su actuación en calidad de tal, ha de llegarse a la misma conclusión que el Juzgador de instancia y el recurso ha de desestimarse.”

Las SSTSJ de Madrid de 25 de mayo de 2004 (recurso 371/2004), I.L. J 1853, y de Galicia de 14 de mayo de 2004 (recurso 1636/2004), I.L. J 1860, argumentan la nulidad de

## VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

las cláusulas convencionales que regulan la edad de jubilación forzosa de los trabajadores de dos empresas, al declarar la nulidad del despido efectuado a sendos trabajadores, por haber superado la edad de jubilación regulada en dicho convenio, por discriminación por razón de la edad. Al efecto las Salas resuelven que:

“el convenio colectivo puede mejorar las previsiones del Estatuto de los Trabajadores, que es una norma de mínimos, pero no cercenar o rebajar los derechos reconocidos en él, no pudiendo, por tanto, regular ni limitar derecho fundamental alguno. Está vedado a los convenios el establecimiento de una edad de jubilación forzosa de la misma manera que lo está el determinar cuál sea la edad mínima para acceder al mercado de trabajo”.

Por el contrario, la **STSJ de Asturias de 30 de abril de 2004** (recurso 3795/2004), I.L. J 2043, falla a favor de la inexistencia de nulidad de un despido, al no concurrir el hecho del que pueda derivarse una presunción o apariencia de discriminación. La Sala argumenta:

“(…) habiendo sido iniciado expediente de invalidez permanente, el cual había manifestado a sus compañeros de lista y a algún encargado de la empresa que iba a dejar su cargo, no habiendo comunicado en ningún momento dicha circunstancia a la empresa demandada; por lo tanto si toda argumentación respecto al despido nulo que hace el recurrente está orientada a que la empresa conocía que el candidato elegido iba a renunciar a su cargo y que éste le iba a sustituir, habiendo quedado suficientemente acreditado que la empresa no conocía esta circunstancia, no concurre el hecho del que pueda derivarse una presunción o apariencia de la discriminación alegada, es por ello por lo que el motivo ha de ser desestimado”.

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



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

### Sumario:

**Consideración preliminar. 1. Libertad sindical.** A) Actividad sindical. B) Denominación de los sindicatos. C) Elecciones sindicales. D) Régimen interno de los sindicatos. E) Proceso de tutela de libertad sindical. **2. Representación unitaria.** A) Delegados de personal. B) Comité intercentros. C) Derechos y garantías de los representantes de los trabajadores. **3. Conflictos colectivos.** A) Objeto del proceso de conflicto colectivo. **4. Derecho de huelga.** A) Huelga novatoria.

### CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica da cuenta de las sentencias recogidas en los números 13 a 16 de 2005 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales I.L. J 1785 a 2431).

### 1. LIBERTAD SINDICAL

#### A) Actividad sindical

Son numerosas las sentencias a través de las que se ha tratado de clarificar el alcance del derecho de los sindicatos a participar en determinadas Comisiones o en la fijación de ciertos Acuerdos. Precisamente este problema es el que se plantea en la **STS de 19 de octubre de 2004**, I.L. J 1900. En este caso, el sindicato UGT impugnó, como Convenios colectivos, determinados acuerdos adoptados por el Comité Estatal de Seguridad y Salud constituido en la empresa AENA conforme a lo establecido en su Convenio colectivo, por entender vulnerados sus derechos de negociación colectiva y libertad sindical al no haber participado en las reuniones del referido Comité, pues no había suscrito el citado Convenio colectivo.

Como presupuesto para la resolución de la cuestión debatida, la Sala analizó el alcance y el carácter de dicho Comité y de sus acuerdos, en el entendimiento de que, conforme a la doctrina constitucional (SSTC 73/1984, 39/1986, 184/1991 y 213/1991) y a la propia

jurisprudencia Social (SSTS de 11 de julio de 2000, 30 de abril de 2001, 8 de junio de 2001 y 13 de marzo de 2002), el establecimiento de “comisiones cerradas” reservadas a las partes del Convenio Colectivo” supone una vulneración de los derechos de negociación colectiva y de libertad sindical de las organizaciones con legitimación negociadora cuando tienen funciones de regulación *ex novo* o de modificación del Convenio, y no, por el contrario, cuando tienen funciones de administración y ejecución de lo pactado.

Partiendo de esta consideración y tras analizar el carácter y la regulación convencional del Comité Estatal de Seguridad y Salud cuyos acuerdos se impugnan, y el alcance y contenido de éstos, también en relación con lo establecido en el Convenio, la Sala concluyó que se trataba de actuaciones de ejecución y concreción de las previsiones convencionales, desestimando en consecuencia la pretensión del sindicato actor y recurrente.

Adicionalmente, también se desestimó la alegada y pretendida vulneración del art 5.1.b) de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, por entenderse que al hacer referencia este precepto a la participación de las organizaciones sindicales más representativas en la elaboración de la política preventiva dirige su mandato a las instituciones públicas y no a las empresas.

Una cuestión distinta, pero conectada con la actividad sindical es la que se plantea en la **STS de 28 de octubre de 2004**, I.L. J 2271. En esta sentencia el asunto acerca del cual se discute es la legitimación de una asociación, la Asociación Española de Técnicos en Radiología, para interponer una demanda solicitando la nulidad del destino. La demanda se interpuso contra el Servicio Gallego de Salud que había destinado a cuatro empleados con titulación de ATS/DUE al Servicio de Radiología que no estaban en posesión de la Especialidad en Radiología y Electrología. El Juzgado de instancia estimó parcialmente la demanda, pero recurrida la sentencia en Suplicación se resolvió que el demandante, la Asociación Española de Técnicos en Radiología, no estaba legitimada para interponer dicha demanda. Interpuesto el correspondiente recurso de casación en unificación de doctrina el TS, en cambio, entendió que dicha Asociación sí estaba legitimada para interponer la demanda. El motivo por el cual el TS reconoció legitimación para interponer el recurso a esta Asociación fue su carácter sindical, constituida al amparo de la Ley 19/1977. El TS entendió que esta Asociación tiene el carácter de Sindicato y, por tanto, cuenta con el derecho de acción sindical del que forma parte la “legitimación para la defensa de los intereses económicos y sociales que le son propios”. Así pues, la cuestión a resolver es si esta Asociación cuenta con un interés legítimo en la defensa del derecho que se discute. Para llegar a esta conclusión el TS se apoyó en la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual se diferencian tres niveles de relación entre un derecho y el ejercicio de una acción para preservarlo que son: la existencia de un interés genérico y abstracto, la existencia de un interés que sí atañe de forma directa al ámbito de actuación de la persona física o jurídica que actúa y un tercer nivel que manifiesta quién se atribuye la condición de titular del derecho subjetivo que se discute en el pleito. Tras observar en el caso enjuiciado que existe una clara conexión entre la organización que acciona y la pretensión que se ejercita, el Tribunal concluyó la existencia de legitimación.

## VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

### B) Denominación de los sindicatos

Entre las potestades que se atribuyen a quienes constituyen un sindicato está la de elegir la denominación a través de la cual va a ser conocido. Precisamente, el ejercicio de esta potestad dio lugar al problema que se resolvió en la **STS de 13 de octubre de 2004**, I.L. J 1835. En el caso, el Sindicato Andaluz de Funcionarios de Justicia (SAFJ), junto con la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSI-CSIF), en la que aquél se integró en 1992, impugnaron los estatutos del Sindicato Andaluz de Funcionarios de la Junta de Andalucía (SAF), en relación con su denominación, pretendidamente coincidente en parte con la de aquél, y susceptible por ello de inducir a confusión, en contra de lo establecido en el artículo 4.2.a) de la LOLS. Con carácter previo, el sindicato demandado cuestionó la legitimación procesal de la Central Sindical de funcionarios y la propia existencia del Sindicato autonómico demandante y recurrido, como consecuencia de su integración en la repetida Central Sindical. Con base en el mismo hecho de la integración sindical, la Sala desestimó tales alegaciones, toda vez que la misma confiere legitimación a esta última Confederación en relación con el objeto de debate sin pérdida de la personalidad jurídica del Sindicato autonómico demandante.

Respecto de la cuestión de fondo y con fundamento en la doctrina constitucional sobre denominación de partidos políticos (SSTC 85/1986 y 106/1991), en la jurisprudencia sobre marcas (SSTS, Sala Primera, de 14 de abril de 1986 y 20 de julio de 2000), y en la anterior sentencia de la Sala Cuarta de 16 de diciembre de 2002, el Tribunal estimó la existencia de la coincidencia y de la confusión que originan las denominaciones cuestionadas, dada la similitud de los acrónimos o siglas de los sindicatos afectados (SAFJ y SAF) y su coincidencia de ámbito de actuación territorial (Andalucía) y, parcialmente, funcional (funcionarios, aun de Justicia, en el caso del Sindicato demandado y recurrente).

### C) Elecciones sindicales

En la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 21 de noviembre de 2004**, I.L. J 2102, se planteó un importante problema relacionado con el cómputo de trabajadores a efectos de asignar un determinado número de representantes en el marco de las elecciones sindicales que la Unión General de Trabajadores promovió en el Excmo. Ayuntamiento de Béjar. Como se sabe, el número de representantes se determina en función de la plantilla del centro y en este caso se había incluido a los trabajadores pertenecientes a los Programas de promoción de Empleo, que están fuera del Convenio Colectivo del Ayuntamiento. Ante dicha inclusión, el Ayuntamiento de Béjar trató de corregir el censo presentado a través de la impugnación del proceso de elección, pero dicho recurso fue desestimado por extemporáneo. Así pues, el Ayuntamiento de Béjar interpuso demanda en la que solicitaba la aplicación del art. 67 ET y la corrección del error. Sin embargo, y ésta es la idea a destacar, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León puso de manifiesto que dicho precepto no resultaba aplicable al caso enjuiciado porque el art. 67 ET está previsto para aquellos casos en los que se ha producido una disminución significativa de la plantilla de la empresa una vez celebradas las elecciones, razón por la cual se desestimó la pretensión planteada.

La determinación de la unidad electoral es una cuestión que en algunas ocasiones también es objeto de discusión. Así en la **STS de 17 de septiembre de 2004**, I.L. J 2203, las entidades sindicales demandantes pretendían que se declarase que, en las elecciones a órganos de representación u órganos de representación del personal laboral que preste servicios en la Generalitat Valenciana, todos los servicios y unidades administrativas radicadas en una misma provincia sean consideradas, a efectos electorales, como unidad electoral o único centro de trabajo. Esta pretensión, que fue desestimada por la Sala de lo Social del tribunal Superior de Justicia de Valencia, se planteó ante el TS, que, en casación para unificación de doctrina, entendió que la solicitud de los actores no podía admitirse. De entre todos los argumentos esgrimidos por el TS merece la pena destacar aquel según el cual la fijación del término “centro de trabajo” establecido a efectos de representación del personal laboral en el sector público de la generalitat Valenciana no se acomoda a lo que solicitan los actores quienes defienden que la circunscripción electoral sea única por provincia.

#### **D) Régimen interno de los sindicatos**

Como se sabe, el funcionamiento interno de los sindicatos, así como la convivencia de diferentes sindicatos en el seno de la empresa origina situaciones litigiosas, sobre todo en los casos en los que hay repartir bienes limitados o establecer preferencias. En el supuesto que se planteó en la **STSJ de Cataluña de 30 de abril de 2004**, I.L. J 2057, se cuestionaba la fórmula a utilizar para repartir los excedentes de un fondo económico, constituido por la empresa para cubrir los gastos derivados de las actuaciones representativas del comité de empresa, entre las dos secciones sindicales existentes en la empresa y pertenecientes a los dos sindicatos que integran dicho Comité (UGT y CCOO).

La administración y distribución del referido fondo se había pactado por unanimidad entre los miembros del comité de empresa y las secciones sindicales en 1999, pero posteriormente, por acuerdo de la mayoría de los miembros del comité, representantes de UGT, se decidió su distribución entre las secciones sindicales en función de su nivel de implantación en la empresa (por el número de afiliados). Partiendo del citado acuerdo sobre administración y distribución del fondo debatido, adoptado por unanimidad en 1999 y posteriormente alterado por la mayoría del comité de empresa, y del origen empresarial del mismo, y desde una perspectiva aparentemente más transaccional que jurisdiccional, la Sala estimó que el reparto de los excedentes entre las secciones sindicales afectadas debía hacerse en proporción a la representatividad de los sindicatos en la empresa y no en proporción al nivel de afiliación, por tratarse de un criterio más lógico y equitativo para la repercusión de un fondo económico cedido por la empresa en beneficio de la representación de la totalidad de los trabajadores.

#### **E) Proceso de tutela de libertad sindical**

En el supuesto de la **STC de 15 de noviembre de 2004**, I.L. J 1785, se cuestiona, en amparo, la validez del despido de un representante de los trabajadores, presidente del comité

## VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

de empresa de la sociedad Mare Nostrum Resort, SL y secretario de organización del Sindicato Insular Canario de Comercio, Hostelería y Turismo de Comisiones Obreras, a la luz del derecho de libertad sindical, en su vertiente funcional, en relación con los derechos de libertad de expresión e información (arts. 28.1, 37.2 y 20.1 CE), y en un contexto de conflictividad laboral en la empresa, manifestado fundamentalmente en la convocatoria de una huelga y en la presentación de una demanda de conflicto colectivo y de otra de tutela de la libertad sindical.

La decisión extintiva estuvo motivada fundamentalmente por tres escritos presentados por el citado representante, actor y demandante en amparo, en los que informaba de la situación de conflicto colectivo existente en la empresa, imputando a ésta determinados incumplimientos de la normativa laboral y del Convenio colectivo. En particular, en el primero de ellos, publicado en el “Diario de Avisos”, a raíz de la convocatoria, en el mismo medio, de determinadas ofertas de empleo por parte de la empresa, se informaba a los trabajadores de hostelería de los referidos y pretendidos incumplimientos empresariales, alegando igualmente, aun de manera indirecta, que las citadas ofertas de empleo pretendían la sustitución de 150 trabajadores despedidos por secundar una huelga. En los otros dos escritos, entregado, uno, a los clientes del hotel en una concentración realizada por los trabajadores, y remitido, el otro, a las agencias y empresas proveedoras del complejo hotelero, se informaba igualmente de la situación de conflicto y de los pretendidos incumplimientos laborales, invitándose indirectamente al uso de otros centros.

Tras descartarse la imputación colectiva de las actuaciones sancionadas y la vulneración del principio de igualdad, pretendidas por el demandante por habersele sancionado sólo a él y no a otros representantes y partícipes en tales acciones, por apreciarse una individualización en su actuación y no concurrir ninguna causa de discriminación prohibida en la sanción privada impuesta, el Tribunal Constitucional estimó el amparo solicitado, siguiendo en su razonamiento tres pasos. En primer lugar, y con carácter más general, vinculando los derechos de libertad de expresión e información al contenido esencial y funcional del derecho de libertad sindical, y, consecuentemente, a la indemnidad de los representantes de los trabajadores por actos derivados de su actuación sindical. Posteriormente y ya en relación con el supuesto particular planteado, analizando el alcance y licitud constitucional del ejercicio de los derechos de libertad de expresión e información por parte del demandante en amparo y ponderando el ejercicio de sus derechos fundamentales afectados con la libertad de empresa.

Respecto de estos dos últimos extremos, el Alto Tribunal contextualiza el ejercicio de los derechos de libertad de expresión e información, en relación con la libertad sindical del actor, en el marco del conflicto colectivo laboral vivido en la empresa (“acción sostenida de presión sindical sobre la empresa”), atenuando en ese sentido las exigencias de veracidad de la información proporcionada en los distintos escritos, también por el carácter valorativo y no técnico-jurídico de algunas de sus manifestaciones y opiniones, y justificando por ello, igualmente, la dureza de algunas de sus expresiones, teniendo en cuenta, además, que los cuestionados actos de comunicación se refieren tan sólo a la empresa en su posición de empleadora, y no como productora y gestora de bienes y servicios. Desde esta perspectiva, y una vez que por la empresa tampoco se alegan ni acreditan daños efec-

tivos concretos derivados de la actuación sindical sancionada, el juicio de ponderación entre los derechos fundamentales de libertad sindical, de información y de expresión y la libertad de empresa, en relación con el despido impugnado, no supera para el máximo intérprete constitucional las exigencias de proporcionalidad que condicionan la licitud constitucional de esta decisión empresarial.

Desde una perspectiva eminentemente procesal, una de las cuestiones de mayor trascendencia y que presenta un carácter preliminar es saber qué tribunales resultan competentes para conocer de los asuntos litigiosos que, en su caso, se planteen. En la **STSJ de Madrid de 1 de julio de 2004**, I.L. J 1929, se cuestionó la competencia de la jurisdicción social para conocer de la impugnación de unos Acuerdos sobre jornada de trabajo y derechos sindicales del personal que presta servicios en las instituciones sanitarias transferidas a la Comunidad Autónoma de Madrid, adoptados por la Mesa General de Negociación, y por medio de los cuales se ratificaron los suscritos por la Mesa Sectorial de Sanidad de esta Comunidad Autónoma. El Tribunal, que en este caso se apoyó en la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (SSTS de 24 de enero de 1995, 23 de enero de 1998, 6 de octubre de 2001 y 13 de abril de 2004), declaró la incompetencia de dicha jurisdicción por tratarse de Acuerdos relativos al personal estatutario y funcional, adoptados en el seno de sus específicos órganos de representación, participación y negociación (Leyes 9/1987, de 22 de junio, y 7/1990, de 19 de julio, con cita que declara la incompetencia de la jurisdicción social para el conocimiento de la impugnación de determinados Acuerdos sobre jornada de trabajo y derechos sindicales del personal que presta servicios en instituciones sanitarias), lo que lleva a que la impugnación se inste ante la jurisdicción contencioso-administrativa, incluso cuando pueda cuestionarse un eventual exceso en su ámbito subjetivo de aplicación y en su extensión respecto del personal laboral.

Entrando ya en las peculiaridades del proceso de tutela de libertad sindical y en aplicación de la regla sobre distribución de la carga de la prueba en procesos de impugnación de decisiones empresariales pretendidamente lesivas de los derechos de libertad sindical (art. 179.2 LPL), la **STSJ de Galicia de 6 de mayo de 2004**, I.L. J 1858, declaró la nulidad del despido de un trabajador, candidato a representante de los trabajadores en su empresa por el Sindicato Comisiones Obreras, por concurrir un panorama de indicios de discriminación sindical y no haberse acreditado suficientemente la existencia de una causa de despido ajena al móvil antisindical. En este sentido, como indicios de discriminación sindical se valoró la proximidad temporal entre el conocimiento por parte de la empresa de la afiliación del trabajador y de su intención de presentarse a las elecciones sindicales en marcha y la decisión extintiva, así como el despido de otro de los candidatos del referido sindicato, cuya improcedencia fue aceptada por la empresa; estimándose insuficiente las causas de despido alegadas por la empresa en su carta.

La regla sobre la inversión de la carga de la prueba ante una potencial lesión del derecho de libertad sindical también se cuestiona en la **STSJ de Cataluña de 30 de junio de 2004**, I.L. J 1917. En el caso se discutía la calificación del despido de un candidato independiente a miembro del comité de empresa, aunque afiliado al Sindicato Comisiones Obreras,

## VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

en relación con una pretendida lesión de sus derechos de libertad sindical, igualdad e indemnidad, y la determinación de a quién corresponde la opción entre la indemnización y la readmisión cuando el despido se califica como improcedente y en la fecha del despido no existe aún una proclamación formal y válida de la candidatura.

En este supuesto en aplicación de la regla sobre la distribución de la carga de la prueba en procesos en los que se debate sobre la vulneración de derechos fundamentales, la resolución de la instancia había calificado el despido como nulo, por haberse constatado un panorama indiciario conformado por una actitud de la empresa de manifiesto rechazo frente a la representación de los trabajadores, al menos frente al comité de empresa anterior, y la proximidad temporal entre la decisión de despido y la presentación del actor como candidato en las nuevas elecciones sindicales, sin que por la empresa se hubiera justificado el despido con base en causas ajenas a móviles antisindicales, teniendo en cuenta, a este respecto, que había aceptado la improcedencia en conciliación, sin avenencia del trabajador.

En términos restrictivos, la Sala de suplicación revocó la referida resolución judicial de instancia y declaró la improcedencia del despido impugnado, por no apreciar un panorama indiciario de discriminación sindical, al entender que la citada actitud de la empresa, reacia a la representación de los trabajadores, se había constatado respecto del comité anterior, al que era ajeno el actor; ni la falta de racionalidad de la medida empresarial cuestionada, toda vez que antes de la presentación de la candidatura del actor ya se le había remitido un correo electrónico en el que se aludía a la disminución de la calidad del trabajo del departamento del que era responsable, que posteriormente se verificó como causa del despido.

Una vez calificado el despido como improcedente, la Sala resolvió sobre a quién correspondía la opción legal entre la indemnización y la readmisión. Partiendo de la compleja sucesión de acontecimientos sufrida por el proceso electoral al que concurría el actor (la convocatoria de este proceso –30 de mayo de 2003–, y la presentación inicial del actor como candidato fue anterior a la fecha del despido –8 de septiembre–), se reconoció el derecho de opción a la empresa porque al haberse anulado el proceso electoral por sendos laudos arbitrales de 17 de junio y 10 de octubre de 2003, se estimó que el actor no tenía la condición formal de candidato en el momento del despido, por lo que no le resultaba aplicable la garantía de opción contemplada en el art. 56.4 del ET para los representantes de los trabajadores y extendida por la jurisprudencia a los candidatos (STS de 20 de junio de 2000), siempre y cuando tengan tal condición en la fecha del despido (STS de 30 de octubre de 2000).

En relación con el proceso de tutela de libertad sindical, merece la pena destacar la **STSJ de Madrid de 5 de julio de 2004**, I.L. J 1930, que gira en torno a cuál puede ser el objeto de dicho proceso. En el caso se había utilizado el proceso de tutela de libertad sindical para determinar la constitucionalidad y la adecuación a este derecho fundamental de la negativa de la dirección de un centro sanitario de la Comunidad de Madrid respecto de una solicitud del sindicato CGT de un local para la celebración de una asamblea informativa con los trabajadores en la que se iba a tratar acerca de las medidas a adoptar frente un expediente disciplinario en curso. El Tribunal antes de entrar en el fondo del asunto y tras hacer referencia a otra cuestión de carácter procesal como es la falta de legitima-

ción del sindicato demandante, puso de manifiesto que la posibilidad de convocatoria de asambleas en el ámbito de las Administraciones públicas por parte de las organizaciones sindicales, conforme a lo establecido en el art. 41 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, no puede ser objeto de debate en el proceso especial de tutela de los derechos de libertad sindical, por tratarse de un derecho reconocido por una ley ordinaria.

Por último, en la **STSJ de Madrid de 17 de mayo de 2004**, I.L. J 1850, se cuestionó la legalidad de una negativa de la empresa AENA a una solicitud de reciclaje y reclasificación profesional instada por un trabajador, miembro del comité de empresa por el Sindicato FSP/UGT, conforme a lo establecido en Convenio colectivo, en relación con el derecho a acceder a puestos públicos en condiciones de igualdad (arts. 23.2 y 103.3 CE). En concreto, se planteaba la posible colisión entre la actuación empresarial y el derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE) y el principio de igualdad y no discriminación (art. 14 CE).

Frente a la resolución de la instancia precedente, la Sala de suplicación estimó aplicable el citado art. 23.2 CE, por tratarse de una empresa pública y de un puesto de ese carácter, al menos extensivamente, y, conforme a la regla de distribución de la carga de la prueba en procesos de tutela de la libertad sindical y de otros derechos fundamentales, estimó la vulneración alegada y declaró la nulidad de la resolución denegatoria del reciclaje objeto de impugnación. A tal efecto y una vez que el reciclaje debatido se encontraba reglado convencionalmente, se apreciaron como indicios de la lesión alegada la concurrencia de las causas y las autorizaciones de las representaciones de los trabajadores, previstas en Convenio para la realización de tal proceso, y el hecho de que, en tales circunstancias, venía siendo habitual la aceptación empresarial del reciclaje; no apreciándose, por el contrario, una suficiente justificación empresarial en la negativa, puesto que inicialmente se reconoció la autorización y posteriormente y sin motivación ni justificación expresa se revocó.

A pesar de estimarse la pretensión principal del actor y recurrente, se desestimó la indemnización resarcitoria solicitada, por no haberse propuesto por su parte los elementos necesarios para la determinación de su procedencia y cuantía, y no constituir, tal indemnización, una consecuencia automática de la declaración de existencia de la vulneración del derecho de libertad sindical (arts. 15 LOLS y 180.1 LPL), conforme a la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (STS de 21 de julio de 2003, entre otras).

Una de las cuestiones más discutidas en relación con el proceso de libertad sindical es la que se plantea en la **STSJ de Murcia de 6 de noviembre de 2004**, I.L. J 2112. En esta sentencia se reitera la consolidada doctrina del TS acerca de la posibilidad de cobrar una indemnización por daños morales cuando se alega la vulneración del derecho de libertad sindical. Una vez más, se pone de manifiesto que no es suficiente que quede acreditada la vulneración de la libertad sindical para que el juzgador tenga que condenar automáticamente a la persona o entidad conculcadora, al pago de una indemnización.

Por último, antes de finalizar este apartado en el que se agrupan un conjunto de sentencias en las que se aclaran ciertos aspectos del proceso de libertad sindical, hay que

## VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

detenerse en la STSJ de Cataluña de 26 de enero de 2004, I.L. J 2108. En este caso, el trabajador, que era miembro del comité de empresa por la candidatura presentada por la CGT, había demandado a la empresa por conducta antisindical. El actor trabajaba como gestor de empresas, pero tras la fusión de la entidad bancaria para la que trabajaba con otra entidad del mismo sector en la que no existía dicho cargo, los 26 gestores de empresa existentes pasaron a ocupar puestos de Director o Subdirector de sucursal, con la única excepción del actor, que pasó a desarrollar funciones de inferior categoría. Como consecuencia de dicha actuación, el actor interpuso demanda por conducta antisindical, que fue estimada. La empresa, en cambio, entendió que no había quedado acreditada la vulneración del derecho de libertad sindical y por ello interpuso demanda contra la sentencia estimatoria, pero el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria consideró que no se había proporcionado una justificación objetiva y razonable que pudiera eliminar los indicios de discriminación que sí había aportado el trabajador.

### 2. REPRESENTACIÓN UNITARIA

#### A) Delegado de personal

En la STSJ de Aragón de 19 de junio de 2004, I.L. J 2033, se cuestiona la validez de una asamblea y de un acuerdo de revocación del mandato representativo del delegado de personal de una empresa, en relación con la composición de dicha reunión, con su presidencia, y con su motivación.

Respecto de la composición de la asamblea y la exigencia legal de que el acuerdo de revocación se adopte por mayoría de los electores (art. 67.3 ET), el Tribunal estimó que debía referirse al momento de la revocación y no al de la elección del delegado censurado, por lo que es válida a tal efecto la participación de los trabajadores que han sido contratados con posterioridad a la elección.

En cuanto a la presidencia de la asamblea revocatoria y a pesar de la exigencia legal de que sea asumida mancomunadamente por los delegados de personal (art. 77.1 ET), se estimó válidamente constituida cuando, dado el objeto de la misma (revocar el mandato de uno de aquéllos), se renunció expresamente por el mismo y por otro de sus compañeros a asumir tal actuación, manifestándose igualmente la conformidad con que la presidencia se ejercitase tan sólo por otro de los delegados del personal. A este respecto, también se valoró esta conformidad del delegado revocado, que posteriormente, y en contra de sus propios actos, impugnó el acuerdo de revocación. Finalmente se estimó que la existencia de discrepancias en la negociación del Convenio, entre el delegado revocado y sus compañeros de representación, como causa de la revocación, no viciaba el proceso democrático de esta actuación de censura.

#### B) Comité intercentros

En algunas ocasiones la no aportación de los datos oportunos impide a los tribunales entrar en el fondo de los asuntos que se les plantea. Esto es lo que ocurre en el caso que

dio lugar a la **STS de 5 de julio de 2004**, I.L. J 1814. El TS desestimó una pretensión del sindicato UGT sobre cálculo y distribución proporcional de la representación en el comité intercentros de un grupo de empresas porque no se habían aportado los datos necesarios para determinar la representación existente en los distintos centros de trabajo y en las distintas empresas del grupo. Sin la constancia del número de representantes que cada sindicato tiene en todos y cada uno de los centros de trabajo afectos por el convenio colectivo en el que se creó el comité intercentros, no es posible establecer una representación proporcional, que era lo que pretendía el sindicato actuante.

### **C) Derechos y garantías de los representantes de los trabajadores**

El litigio que se resuelve en la **STS de 27 de octubre de 2004**, I.L. J 2266, tiene su origen en una supuesta conducta antisindical que el Coordinador Territorial de USIPA atribuía a la Administración del principado de Asturias. Dicha conducta consistía en no poner a disposición del Sindicato un local adecuado, así como los medios necesarios para desarrollar su actividad sindical, cinco meses después de la celebración de las elecciones sindicales cuyo resultado había proporcionado a este sindicato tres de los cinco miembros del comité de empresa. Así mismo, se alegaba en la demanda la existencia de una conducta discriminatoria por parte de la Administración, pues otros comités de empresa, que operan dentro del ámbito de la Administración del Principado de Asturias, sí cuentan con los locales e instrumentos necesarios para llevar a cabo su actividad sindical. El asunto fue resuelto por el TS en términos de legitimación, pues en la medida en que el derecho al local corresponde al comité de empresa, es éste, y no el sindicato, el único sujeto legitimado para solicitar el cumplimiento del derecho y, por ende, para alegar la existencia de una supuesta conducta discriminatoria. Además, tampoco existía ningún poder otorgado por el comité de empresa a favor del Sindicato USIPA.

Como se sabe, uno de los derechos con que cuentan los representantes de los trabajadores es el crédito horario. Son numerosos y de variada índole los problemas que surgen en torno al disfrute de este derecho. Un interesante supuesto, por la forma en que están asignadas las tareas a realizar, se planteó en la **STSJ de Baleares de 5 de octubre de 2004**, I.L. J 2052. En el caso, las actoras prestaban servicios como Coordinadoras del Servicio de Ayuda a Domicilio para una empresa que prestaba dicha actividad al Ayuntamiento de Palma de Mallorca. Las actoras (3) formaban parte del comité de empresa. Su horario era de 37,5 horas semanales, tenían asignadas la tramitación de un número máximo de 100 expedientes y cuando una coordinadora miembro del comité realizaba funciones sindicales, si durante ese tiempo surgían incidencias respecto de sus expedientes, lo resolvía la coordinadora que realizaba la permanencia. Teniendo en cuenta esta particular forma de actuación, lo que solicitaban las actoras era que se disminuyesen sus tareas laborales proporcionalmente al tiempo que dedicaban al ejercicio de funciones representativas en uso de las 20 horas de crédito mensual que les correspondían. El Tribunal estimó la pretensión de las actoras, si bien no se pronunció sobre qué tareas de todas las que realizaban las trabajadoras debían ser objeto de reducción, pues esa cuestión tenía que ser resuelta por la empresa en el ejercicio de sus facultades directivas.

## VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

Otra sentencia en la que se plantea un problema respecto del crédito horario, es la **STSJ de Cantabria de 18 de octubre de 2004**, I.L. J 2163. En concreto, se discutía acerca de la posibilidad de acumular el crédito horario de un liberado de un sindicato a favor de un miembro del comité de empresa de dicho sindicato. La cuestión a resolver es, en realidad, si el crédito horario del que dispone un miembro del comité de empresa que está liberado de prestar servicios efectivos en virtud de la normativa laboral de la empresa, puede ser acumulado para su disfrute por otro miembro del comité de empresa. La empresa demandante, FEVE, sostenía que ello no era posible porque si el titular del crédito horario ya está liberado no puede cederlo a otra persona. El Tribunal, en cambio, entendió que en aquellos casos en los que la acumulación de horas se pacta en convenio colectivo, el derecho deja de pertenecer a cada uno de los componentes individuales del comité y pasa a ser atribuido a uno o varios componentes concretos del mismo. Se trata de una transmisión de la titularidad del derecho y por tanto no tiene sentido negar dicha posibilidad basándose en el argumento de que el cedente ya está liberado, pues no se está discutiendo aquí el uso del derecho sino su titularidad.

Junto a las facilidades con que cuentan los representantes de los trabajadores para poder desarrollar la actividad de representación, hemos de mencionar las garantías de las que disfrutaban con el fin de proteger de forma especial su posición, algunas de las cuales entran en juego en los casos de despido. En la **STSJ de Cantabria de 6 de octubre de 2004**, I.L. J 2160, se conoce de un despido a un trabajador, que estaba afiliado al sindicato CCOO y que había sido elegido Delegado Sindical y Secretario General de la Sección Sindical de CCOO en la empresa. El motivo alegado por la empresa para justificar el despido fue la ruptura de la buena fe contractual pues el trabajador que se encontraba en situación de Incapacidad Temporal había estado arbitrando partidos de fútbol. El trabajador reclamó por despido y entre otras alegaciones el trabajador puso de manifiesto que no se había dado audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical. Sin embargo, y por lo que a la libertad sindical y los derechos que de ella se derivan se refiere, esta empresa tenía menos de 250 trabajadores, de modo que no contaba con el número de trabajadores necesario para que pudiera constituirse una sección sindical, razón por la cual no se podía admitir la improcedencia del despido basado en el incumplimiento de requisitos formales que, ciertamente, no había que cumplir.

### 3. CONFLICTOS COLECTIVOS

#### A) Objeto del proceso de conflicto colectivo

La utilización del procedimiento de conflicto colectivo, así como los sujetos legitimados para interponerlo son dos de las cuestiones que con frecuencia dan lugar a situaciones litigiosas. En principio, ha de quedar claro que no existen materias que exclusivamente hayan de ser conocidas en el proceso de conflicto colectivo. De modo que, como se afirma en la **STSJ de La Rioja de 7 de octubre de 2004**, I.L. J 2377, por más que un asunto pueda ser objeto del proceso de conflicto colectivo, siempre existe la posibilidad de acceder a la tutela judicial por la vía del conflicto individual. Obviamente, esta regla no se ve afectada por el hecho de que la interposición de una demanda de conflicto colectivo suspenda los procedimientos individuales, hasta que se resuelva el proceso de conflicto colectivo por sentencia firme, tal y como se recuerda en la **STSJ de Valencia de 24 de junio de 2004**, I.L. J 2198.

Ahora bien, sólo se puede acudir al procedimiento de conflicto colectivo cuando en el asunto planteado concurren varios elementos. En concreto, se puede utilizar este procedimiento cuando exista un interés homogéneo colectivo y global, pues de lo contrario el procedimiento de conflicto colectivo quedaría huérfano de su presupuesto básico, tal y como se afirma en la **STSJ del País Vasco de 26 de octubre de 2004**, I.L. J 2220. En esta sentencia se discutía acerca de la asignación de un trabajador de la empresa Garda Servicios de Seguridad al turno de la mañana, por haber requerido el Hospital de Galdako, lugar en el que esta empresa de seguridad prestaba servicios, que el jefe del equipo estuviera siempre en el turno de la mañana. La central sindical LSB-USO, el comité de empresa de Garda Servicios de Seguridad y CCOO interpusieron demanda de conflicto colectivo para reclamar contra dicha asignación, pero el Tribunal no entró en el fondo del asunto al admitirse la excepción de inadecuación de procedimiento, pues no concurrían los requisitos mencionados.

En cuanto a las cuestiones de legitimación en el marco del procedimiento de conflicto colectivo, la **STSJ de Cataluña de 13 de julio de 2004**, I.L. J 1921, declara la legitimación de un sindicato de empresa para interponer una demanda de conflicto colectivo sobre reconocimiento de determinados conceptos salariales a las trabajadoras de la misma empresa con jornada reducida por maternidad, con base en la existencia de un vínculo de conexión entre tal organización y la pretensión ejercitada, manifestada en su implantación en el ámbito del conflicto, como criterio diferente de la representatividad, exigida para la negociación colectiva o para la representación institucional [art. 152.a) LPL, SSTC 70/1982, 37/1983 y 210/1994, y STS de 10 de marzo de 2003].

En la **STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de septiembre de 2004**, I.L. J 1913, se reconoció la competencia de los Juzgados de lo social de Guadalajara para el conocimiento en instancia de un conflicto colectivo relativo a la delimitación de las funciones del personal laboral transferido del INSERSO a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, que presta servicios en el Centro Ocupacional Nuestra Señora de la Salud de Guadalajara, con la categoría de auxiliares sanitarios (antes cuidadores), puesto que, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo (SSTS de 6 de julio de 1994, 20 de junio de 2001, 4 de abril de 2004 y 31 de enero de 2003), la competencia funcional para el conocimiento en instancia de los conflictos colectivos, al igual que la legitimación para interponerlos, viene delimitada por el ámbito real del conflicto y no por el de aplicación de la norma interpretada (en este caso distintos Convenios y acuerdos estatales y autonómicos).

Sin embargo, la **STS de 29 de septiembre de 2004**, I.L. J 1936, estimó la inadecuación de la modalidad procesal de conflicto colectivo en relación con una pretensión del comité de empresa de las Direcciones del Área Territorial de la Consejería de Educación de la Comunidad Autónoma de Madrid, en la que se instaba la declaración de que esta Administración, y no la autoridad eclesiástica, ocupaba la posición de empleadora respecto de los profesores de religión de los centros educativos ubicados en su territorio, y era la encargada de asumir las correspondientes potestades directivas. Ciertamente, las facultades de designación y propuesta de tales profesores corresponde a los ordinarios diocesanos, y en la medida en que tal cuestión resulta incontrovertida, los problemas particulares que

## VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

puedan plantearse al respecto deben tramitarse a través de procesos individuales y no a través del procedimiento de conflicto colectivo.

### 4. DERECHO DE HUELGA

#### A) Huelga novatoria

En el supuesto de la STSJ de Galicia de 27 de mayo de 2004, I.L. J 1862, se suscita un interesante y complejo conjunto de cuestiones, tanto procesales como sustantivas, en relación con la calificación de una huelga de médicos convocada por un sindicato minoritario en el ámbito sanitario y territorial de Galicia.

Mediante una demanda de conflicto colectivo, el Servicio Gallego de Salud insta la declaración de ilegalidad de una huelga de médicos convocada por la Organización Sindical de Médicos Independientes de Galicia (O'MEGA) para todos los lunes y martes del mes de marzo de 2004, cuestionándose su regularidad desde tres puntos de vista, a saber: la legitimación para la convocatoria de la huelga del referido sindicato, minoritario en su ámbito de actuación y no legitimado para negociar Convenios estatutarios en el mismo, la falta de preaviso a la autoridad laboral, y el pretendido carácter novatorio de la huelga, en relación con un Acuerdo de la Mesa sectorial de instituciones sanitarias de Galicia sobre mejoras retributivas, carrera profesional, selección de personal y provisión de vacantes, integración de personal transferido, y creación de nuevas categorías y puestos de especial responsabilidad, dedicación o coordinación.

Con carácter previo, el citado sindicato demandado opone las excepciones de incompetencia de jurisdicción, falta de procedibilidad, inadecuación de procedimiento y litispendencia o prejudicialidad. La primera, por cuestionarse el derecho de huelga del personal estatutario, asimilado al funcionario [art. 3.1.a)] LPL y Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud). La segunda, por no haberse adoptado un acuerdo del Concello de la Xunta de Galicia, preceptivo para la interposición de demandas por parte de la Administración de esta Comunidad Autónoma (art. 34 Decreto 343/2003, de 11 de julio). La tercera, por no concurrir los elementos de generalidad que delimitan el proceso de conflicto colectivo (art.151.1 LPL). La cuarta, por encontrarse impugnado ante la Jurisdicción contencioso-administrativa el referido Acuerdo de la Mesa sectorial de sanidad. La Sala de Galicia las desestima todas.

Respecto de la primera, se afirma la competencia de la jurisdicción social y la inaplicación de la exclusión de jurisdicción del art. 3.1.a) de la LPL (libertad sindical y huelga de funcionarios y personal estatutario), por no cuestionarse el derecho de huelga del sindicato convocante, de sus afiliados o de los médicos en régimen estatutario, sino la responsabilidad de esta organización profesional por infracción de normas de la rama social del Derecho [art. 2.j) LPL], en relación con su eventual extralimitación en la convocatoria de huelga. En cuanto a la segunda excepción opuesta, también se afirma de procedencia de la acción con base en la propia regla autonómica alegada, que permite, excepcionalmente y por razones de urgencia, la omisión del referido acuerdo del Concello de la Xunta,

debiendo entenderse que concurre tal situación de urgencia cuando se cuestiona la legalidad de una huelga convocada en el sector sanitario. En relación con la tercera excepción, se estima la adecuación de la modalidad procesal de conflicto colectivo, por cuanto que las consecuencias de la eventual declaración de ilegalidad de la huelga debatida no sólo afectan a las relaciones colectivas entre el sindicato demandado y la Administración empleadora demandante, sino pueden alcanzar a quienes la hayan secundado, concurriendo por ello los elementos de generalidad propios del conflicto colectivo. Finalmente, en relación con la litispendencia y la prejudicialidad, se desestima por no aportarse datos objetivos que acrediten la existencia de un litigio ante la Jurisdicción contencioso-administrativa y que permitan analizar la posible concurrencia de las identidades subjetivas y objetivas que condicionan el reconocimiento de tal excepción.

En cuanto a la calificación de fondo de la huelga, y con prolija cita de la doctrina constitucional, la Sala de Galicia también desestima la pretensión de la Administración demandante en sus tres dimensiones. Así, reconoce que el sindicato demandante está legitimado para la convocatoria de la huelga, puesto que este derecho no se reserva legalmente a los sindicatos más representativos o con legitimidad negociadora (arts. 2 y 6 LOLS), sino a los que ostenten implantación, medida en términos de afiliación o de alguna representación, en el ámbito en el que se adopta la medida de conflicto, circunstancia que concurre respecto del sindicato convocante. También se estima que, una vez que la huelga fue preavisada a la Administración sanitaria empleadora, implicada directamente por el conflicto, el incumplimiento de esta obligación de notificación respecto de la autoridad laboral no puede llevar al extremo de convertir la huelga en ilegal, especialmente teniendo en cuenta que las finalidades del preaviso han podido verse cumplidas sin necesidad de su comunicación a la Administración de Trabajo, tanto en lo que se refiere al conocimiento de la huelga y a las implicaciones respecto de la actividad afectada, con la notificación al Servicio de Salud, como en lo relativo a la actuación mediadora de la autoridad laboral, procedente en las negociaciones previas a la convocatoria de la huelga.

Por último, respecto del pretendido carácter novatorio de la huelga, en relación con el referido Acuerdo de la Mesa sectorial de sanidad, la Sala compara la tabla de reivindicaciones del sindicato convocante de la huelga y el contenido del citado Acuerdo, para concluir, dada su parcial pero trascendente falta de coincidencia, que la medida de conflicto no pretende la alteración del pacto durante su vigencia, sin que, por lo demás, se haya alegado o acreditado la falta de correspondencia entre las referidas y expresadas reivindicaciones y la voluntad real del sindicato demandado.

ÁNGELES CEINOS SUÁREZ  
IGNACIO GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ  
CAROLINA MARTÍNEZ MORENO (COORDINADORA)  
PAZ MÉNENDEZ SEBASTIÁN

**VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA****Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Legitimación para negociar. 3. Procedimiento de negociación. 4. Ámbito funcional. 5. Sucesión de convenios. 6. Contenido “normativo” del convenio colectivo. A) Límites. B) Modificación. 7. Determinación del convenio colectivo aplicable. 8. Impugnación del convenio colectivo. A) “Directa”. B) “Indirecta”. 9. Administración del convenio colectivo. A) Por las comisiones paritarias. B) Por los Tribunales laborales.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

De las sentencias reseñadas, incluidas en la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, de Lex Nova, números 13, 14, 15 y 16, considero de especial relevancia la del TS de 7 de octubre de 2004, de Sala General y unificación de doctrina, por abrir paso a la posibilidad de aplicar a las Administraciones Públicas convenios colectivos sectoriales negociados por organizaciones empresariales. De unificación de doctrina y de interés es también la STS de 28 de noviembre de 2004, que pone fin a las divergencias mantenidas en torno a la naturaleza de derecho necesario relativo que conviene a la regla del art. 35.1 del ET, relativa a la compensación económica de las horas extraordinarias.

**2. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR**

1. Tratándose de la negociación de un convenio sectorial que afecte simultáneamente a empresas privadas y a Administraciones Públicas, 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 art. 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 Su-

premo (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 examinado 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 en la **STS de 7 octubre 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. Frente al argumento del Ayuntamiento-empileador, de que dicho convenio no le es aplicable toda vez que no estuvo representado como empresario en su gestación, apunta el TS, que “no parece existir norma legal alguna que de manera clara prohíba a las Corporaciones municipales formar parte de organizaciones empresariales a efectos de poder participar en la negociación de aquellos convenios colectivos que a dichos entes públicos pudieran afectarles en su condición de empleadores”. A partir de ahí, sigue razonando la Sala que “el hecho de no poder formar parte de ninguna organización empresarial relacionada con sus actividades regidas por el Derecho Laboral no constituye obstáculo bastante para que el recurrente deba resultar vinculado por el convenio que nos ocupa”.

No pasa desapercibido para el TS que el hecho de que una Administración cubra con trabajadores actividades de diversa naturaleza puede conducir a la aplicación de tantos convenios como actividades prestadas, lo cual “puede resultar incómodo al Ente público empleador”. Sin embargo, como advierte la Sala, “este inconveniente puede fácilmente obviarse acudiendo a la solución (...) de gestar un convenio colectivo propio o ‘de empresa’, en el que se regulen las condiciones de trabajo de todos sus asalariados (...). Lo que no resulta admisible es que el empleador decida prescindir de un convenio ‘de empresa, y a la vez pretenda no someterse a aquel o aquellos convenios que regulen cada una de las actividades en cuyo desarrollo el empleador contrate trabajadores asalariados”.

La sentencia reseñada cuenta con un voto particular que rechaza, siguiendo el criterio judicial dominante hasta la fecha en este asunto, la aplicación del indicado convenio:

“La razón fundamental por la que creemos que a pesar de lo acordado por los negociadores del convenio éste no afecta al Ayuntamiento demandado ni a ningún otro Ayuntamiento se basa en la condición pública de estas corporaciones que, en cuanto integrantes de la organización del Estado, con fines dirigidos a la satisfacción de intereses generales y con una autonomía reconocida en el art. 140 de la Constitución, consideramos que no pueden estar sujetos a normas convenidas por agentes sociales privados –organizaciones patronales y

## VIII. Negociación Colectiva

sindicales–, necesariamente guiados por intereses particulares o sectoriales que muy difícilmente podrán coincidir con aquellos intereses públicos y generales que tales corporaciones están llamadas a desempeñar, y por ello entendemos que carecen de la representatividad necesaria para extender los efectos de una negociación colectiva a tales entidades.”

2. Un supuesto de aplicación del conocido criterio judicial según el cual la impugnación de la validez de un convenio colectivo por estimarse que alguno de los sujetos suscriptores carecían de legitimación para negociarlo precisa que quien la realice acredite esta circunstancia, en **SAN de 5 de octubre de 2004**, I.L. J 2322:

“A tal efecto es preciso partir de la premisa de que se presume *iuris tantum* la validez normativa del Acuerdo y que corresponde destruir el valor del hecho presunto a la parte actora.”

La ruptura de la presunción en el caso de autos conduce a la Sala a declarar que el Acuerdo impugnado carece de valor de estatutario y, por lo tanto, su eficacia queda limitada a sus suscriptores.

### 3. PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN

La negociación de un convenio colectivo requiere la existencia de una efectiva contraposición de intereses entre la parte empresarial y social. Falta esa contraposición cuando quienes aparecen asociados a las que se aceptan como asociaciones empresariales mayoritarias en el sector resultan ser trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del convenio que se pretende negociar. Semejante circunstancia conduce a declarar nulo el convenio suscrito, por haberse llevado a cabo su negociación en fraude de ley. Así, **STS de 18 de septiembre de 2004**, I.L. J 1887; en el caso de autos, las asociaciones integradas en la asociación codemandada, firmante del convenio en representación de la parte empresarial, aparte de mayoritarias en el sector, aparecen constituidas al amparo de la Ley vasca de asociaciones (Ley 3/1988). En palabras de la sentencia, las indicadas asociaciones

“representan no sólo intereses empresariales, sino también los laborales de los trabajadores, representando más del 50% de la actividad del sector. (...) acreditada esta circunstancia, surge dentro del proceso de negociación colectiva fraude de ley que se traduce en la falta de determinados requisitos para poder negociar válidamente la parte empresarial –no confusión de intereses–, dada la particular configuración de las asociaciones que componen tal parte en el proceso negociador, que no se subsana por el hecho de que ambas partes negociadoras, al inicio del proceso se reconociesen como válidas interlocutoras (...). Por todo lo expuesto, al estar probada la ausencia de la contraposición de intereses entre la parte empresarial y la parte social en el proceso negociador, se ha de concluir que, a tenor del artículo 6.4 del Código Civil el convenio colectivo ha sido negociado con fraude de ley”.

Advertencia necesaria es la de que, en el caso de autos, el recurrente no cuestionó la legitimación de la asociación cuya intervención en la negociación figura en el origen

del conflicto, a pesar de estar formada por asociaciones constituidas al margen de la Ley 19/1977, de 1 de abril, reguladora del derecho de asociación sindical. Ello explica que la Sala no haya entrado a examinar dicha legitimación.

#### 4. ÁMBITO FUNCIONAL

Quedan incluidos en el ámbito del convenio sectorial estatal de centros de asistencia de educación infantil, en relación con los trabajadores que contraten para dedicarse a dicha actividad, los Ayuntamientos que carezcan de convenio propio (STS de 7 de octubre de 2004, I.L. J 2317).

#### 5. SUCESIÓN DE CONVENIOS

La regla del art. 82.4 del ET, según la cual el convenio colectivo posterior puede disponer de los derechos reconocidos en otro anterior, permite que las mejoras de Seguridad Social introducidas por éste puedan ser suprimidas o reducidas por el primero. Se pronuncia en tal sentido la STSJ del País Vasco de 27 de enero de 2004, I.L. J 2117, en relación con un complemento convencional de la pensión de viudedad y con cita y transcripción parcial de la jurisprudencia de la Sala de lo Social del TS que confirma la indicada posibilidad.

#### 6. CONTENIDO “NORMATIVO” DEL CONVENIO COLECTIVO

##### A) Límites

1. Imposibilidad de establecer, tras la derogación de la Disposición Adicional Décima del ET, cláusulas sobre jubilación forzosa. Se pronuncia en este sentido, siguiendo la conocida doctrina sentada por la Sala de lo Social del TS en casación para la unificación de doctrina (entre otras, Sentencia de 9 marzo 2004, I.L. J 173), la STSJ de Galicia de 14 de mayo de 2004, I.L. J 1860, en relación con una cláusula del tipo indicado incluida en el “IV convenio colectivo único para el personal laboral de la Xunta de Galicia”, suscrito con posterioridad a la expresada derogación normativa:

“Y como el IV convenio colectivo único para el personal laboral de la Xunta de Galicia es posterior a la derogación de la Disposición Adicional Décima del ET, no contaba, en la fecha de su publicación, con amparo normativo habilitante para establecer una cláusula de jubilación forzosa como la prevista en su art. 34.”

Para la Sala gallega, la extinción del contrato de trabajo decidida al amparo de una cláusula como la contemplada es constitutiva de un despido nulo, por discriminatorio.

Igual criterio, en relación con la cláusula incluida en el art. 50 del convenio colectivo del personal laboral de la Comunidad Autónoma de Madrid suscrito en 2001, también

## VIII. Negociación Colectiva

con posterioridad a la derogación de la Disposición Adicional Décima del ET, en STSJ de Madrid de 25 de mayo de 2004, I.L. J 1853.

**2. Respeto del principio de igualdad. Concorre en la fijación de un complemento salarial de importe supeditado al tiempo de permanencia en el puesto.** De acuerdo con la STS de 13 de octubre de 2004, I.L. J 1833, el tiempo que el trabajador lleve incluido en una categoría o adscrito a una ocupación o a un puesto constituye una circunstancia susceptible de ser valorada a efectos de la concesión de un complemento salarial y de atribuir a éste una cuantía diferente, según que aquél sea mayor o menor. Para la Sala, la cláusula del convenio que regule un complemento de las características indicadas no vulnera la prohibición de discriminación, pues “es claro que la antigüedad en la empresa no es criterio diferenciador comprendido entre las causas de discriminación prohibidas por el art. 14 CE o por los arts. 4.2.c) y 17.1 ET”. Pero, además, tampoco vulnera el principio de igualdad, pues “la antigüedad es una causa objetiva y razonable que justifica el diferente trato retributivo” inherente al establecimiento de un complemento como el aquí considerado, en el que se descubre la finalidad de “premiar la mayor eficacia, perfección y madurez que, en principio, acompaña al trabajo profesional con el transcurso del tiempo”.

**3. En relación con la regulación de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.** En esta materia, el convenio colectivo puede modalizar las causas que justifican la modificación, que es lo que sucede cuando se precisan los casos en que procede la revisión de tiempos y rendimientos, se dispone que los nuevos valores obtenidos deben presentarse a los trabajadores afectados, a sus representantes y a los “técnicos sindicales” y se sujetan tales valores a un período de prueba. No puede, en cambio, sustituir los requisitos a que el art. 41 del ET sujeta para la introducción de las modificaciones consideradas por otros que garanticen menos la posición de los trabajadores. Los expresados requisitos legales forman parte de una regulación de derecho necesario relativo, por lo que únicamente cabe su mejora o reforzamiento. Aparece el anterior planteamiento en STSJ de La Rioja de 19 de octubre de 2004, I.L. J 2120.

**4. En relación con la retribución de las horas extraordinarias.** Con carácter general, la doctrina a seguir es la de que regulación de esta materia por parte del convenio colectivo debe respetar la regla del art. 35.1 del ET, según la cual el valor de cada hora extraordinaria no podrá ser inferior al de la hora ordinaria. Así, STS de 28 de noviembre de 2004, I.L. J 2384, en casación para la unificación de doctrina:

“Actualmente, no hay razón para dejar de interpretar y aplicar en su sentido literal el art. 35.1 del ET, en cuanto al mandato de que el valor pactado de cada hora extraordinaria ‘en ningún caso’ podrá ser inferior al de la hora ordinaria. Se trata de una norma legal imperativa y de derecho necesario, que garantiza a los trabajadores la indisponibilidad de los derechos que la misma les confiere (art. 3.5 del ET), y ello aun cuando la disposición tuviere lugar en virtud de lo pactado en convenio colectivo, pues la garantía que respecto de la negociación colectiva atribuye a trabajadores y empresarios el art. 37.1 de la Constitución Española no impide en modo alguno que el legislador coloque a los convenios en un plano jerárquicamente inferior al de las disposiciones legales y reglamentarias

[art. 3.1.b) del ET] y exija también (art. 85) que lo que en tales convenios se pacte lo sea ‘dentro del respeto a las leyes’.”

Como aclara la propia Sala, no resulta contrario a la doctrina expuesta el criterio de la STS de 18 de marzo de 2003 (recurso 91/2002. Una reseña de dicha sentencia en *Justicia Laboral*, núm. 16; indicábamos entonces que el aludido criterio era fruto de un alambicado razonamiento), adoptado en relación con un “supuesto particularísimo”.

## B) Modificación

Sobre la posibilidad de que la comisión negociadora de un convenio pueda proceder a modificarlo durante su vigencia, **STS de 18 de octubre de 2004**, I.L. J 2076, con cita de las de igual Sala de 21 de febrero de 2000, I.L. J 138 y 30 de junio de 1998 (recurso 2987/1997), esta última parcialmente reproducida. Según se deduce de la sentencia ahora reseñada, dicha modificación no requiere el acuerdo unánime de cada una de las representaciones. En concreto, en el caso de autos (modificación de determinada previsión del IV convenio colectivo único para el personal laboral de la Junta de Galicia) tuvo lugar con el voto en contra de uno de los sindicatos presentes en la comisión negociadora.

## 7. DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE

Tratándose de una empresa dedicada a la gestión de una serie de servicios administrativos instrumentales respecto a la actividad de fabricación y transformación de productos derivados de la madera, que resulta ser la preponderante de otras empresas con las que aquélla forma un grupo, el principio de unidad de empresa conduce a declarar aplicable a dicha empresa el convenio negociado para la industria de la madera, no el de oficinas y despachos. Así, **STSJ de Galicia de 6 de febrero de 2004**, I.L. J 1989:

“En el presente caso, la empresa ‘Losán Gestión Integral, SL’ no sólo es que pretenezca al grupo ‘Losán’, integrado por un conjunto de sociedades dedicadas a la fabricación y transformación de productos derivados de la madera (...), con 5 fábricas en la actualidad. Es que coordina la compra de materia prima, el control y las órdenes de fabricación (...) y la gestión contable y financiera de las referidas empresas. Es decir, ‘Losán Gestión Integral, SL’ tiene como actividad la gestión de los servicios administrativos de un conjunto de empresas con socios comunes y actividad de la industria de la madera; creada con este fin, su plantilla se conforma con trabajadores procedentes de aquellas empresas, a quienes se respetan sus derechos adquiridos.

De este modo, ‘Losán Gestión Integral, SL’ incluso por actividad, ciertamente instrumental respecto de las otras, de industria de la madera, que es así la actividad prevalente, está integrada en aquel conjunto de empresas dicho. Realiza sí, una actividad de gestión de servicios administrativos (...), pero en función exclusivamente de empresas vinculadas socialmente y de su actividad de la madera y con carácter meramente instrumental al

## VIII. Negociación Colectiva

efecto; precisamente coordinando la compra de materia prima, el control y órdenes de fabricación, la comercialización del producto y la gestión contable y financiera (...).

De lo expuesto se concluye que a la referida empresa se le ha venido aplicando correctamente el convenio de industrias de la madera, no resultando viable la pretensión de que lo sea el de oficinas y despachos.”

### 8. IMPUGNACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

#### A) “Directa”

**Legitimación activa de la Delegación del Gobierno en una Comunidad Autónoma.** Aunque dicha Delegación carece de legitimación para la impugnación de oficio de los convenios colectivos estatutarios negociados en la Comunidad Autónoma a la que se le hubiese transferido la correspondiente competencia, no sucede lo mismo cuando de lo que se trata es del ejercicio de la acción directa contemplada en el art. 161.3 LPL, llevado a cabo en aras del interés general del Estado en la defensa de la legalidad, lesionado por infracciones de la ley o del ordenamiento jurídico en que se considere que incurre el convenio, no advertidas por la autoridad laboral autonómica competente para el registro de éste. Tal es el criterio que mantiene, ajustándose a la doctrina de la STS de 10 de junio de 2003, que transcribe en gran parte, la **STSJ de Madrid de 25 de junio de 2004**, I.L. J 1854, en relación con la impugnación de la cláusula de revisión salarial del convenio colectivo del personal laboral de un Ayuntamiento que no se ajusta a lo permitido por las leyes de Presupuestos Generales del Estado. También la **STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de julio de 2004**, I.L. J 1911, a propósito de la impugnación de las cláusulas del convenio colectivo de una Diputación relativas al incremento salarial, revisión salarial y provisión de vacantes.

#### B) “Indirecta”

El que los trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito del convenio carezcan de legitimación para promover el control jurisdiccional y abstracto de dicho convenio por ilegalidad no impide que puedan atacar, a título individual, un concreto acto de aplicación de este que consideren que perjudica sus derechos o intereses particulares; es más, tal posibilidad constituye una exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva. Evidentemente, la determinación del ajuste a derecho de ese acto de aplicación obligará al órgano jurisdiccional a examinar si la correspondiente cláusula del convenio conculca o no la legalidad y a decidir, si entiende lo primero, la inaplicación de la aludida cláusula, no con carácter general o abstracto, sino en el caso concreto; en otros términos, la sentencia no producirá efectos más allá del litigio concreto que resuelve, por lo que para quienes no hayan sido partes de éste el convenio continuará desplegando eficacia.

Un caso de la impugnación examinada aparece en la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 11 de octubre de 2004**, I.L. J 2165, relativa a la pretensión de dos trabajadores temporales de que se les reconozca su derecho al percibo del complemento por antigüedad que el convenio colectivo aplicable limita al personal fijo:

“Razona el recurrente que implícitamente en la sentencia de primera instancia (...) se está declarando la ilegalidad de un precepto del convenio colectivo en un procedimiento que no es el adecuado para ello (...).

El motivo ha de ser rechazado, ya que los efectos de la sentencia de instancia se limitan a los que derivan del objeto del proceso, es decir, a la pretensión de las actoras de que se les reconozca el derecho al percibo de unas determinadas cantidades en concepto de antigüedad, sin que se pronuncie acerca de la ilegalidad con carácter general del precepto señalado. Hay que poner de relieve que la jurisprudencia ha establecido una consolidada doctrina que permite a los trabajadores formular reclamaciones individuales, en contra de pretensiones contenidas en un convenio colectivo sin que previamente se haya declarado la ilegalidad total o parcial del mismo, ya que el trabajador individual no está legitimado para impugnar un convenio, a tenor de lo establecido en el art. 161 de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación con el 152 del mismo texto legal, por lo que, de no admitirse legitimación para formular la reclamación individual se le estaría privando de la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 24 de la Constitución.”

## 9. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

### A) Por las comisiones paritarias

Sobre la distinción entre comisiones negociadoras y comisiones de administración, estas últimas susceptibles de quedar cerradas a los sindicatos firmantes del convenio, **STS de 19 de octubre de 2004**, I.L. J 1900.

Sobre la posibilidad de que el convenio colectivo disponga el conocimiento del conflicto por la comisión paritaria como trámite previo a la vía judicial y las consecuencias de la omisión de éste, **STSJ de Extremadura de 2 de noviembre de 2004**, I.L. J 2254. En el caso de autos, el trabajador presenta demanda solicitando un complemento de penosidad regulado en el convenio colectivo y sin agotar la reclamación previa ante la comisión paritaria, configurada como preceptiva.

### B) Por los Tribunales laborales

Recuerda y aplica la doctrina según la cual la interpretación que hace el juzgador de instancia del convenio colectivo, más objetiva, prevalece, sobre la del recurrente, salvo que aquella no sea racional ni lógica o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las reglas que rigen la actividad interpretativa, la **STSJ de Cataluña de 6 de julio de 2004**, I.L. J 1919.

**IX. SEGURIDAD SOCIAL****Sumario:**

1. Fuentes. 2. Campo de aplicación. 3. Encuadramiento. 4. Gestión. 5. Financiación.

6. Cotización. 7. Recaudación. 8. Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

A) Concepto de accidente. B) Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. C) Indemnización por daños y perjuicios. D) Enfermedad profesional. 9. Régimen

económico, responsabilidad y garantía de las prestaciones. 10. Asistencia sanitaria.

A) Reintegro de gastos sanitarios. 11. Incapacidad temporal. A) Dinámica de la prestación. B) Regímenes Especiales. 12. Maternidad. 13. Regímenes especiales.

14. Infracciones y sanciones. 15. Procesos de Seguridad Social. A) Competencia e incompetencia de la Jurisdicción Social.

**1. FUENTES**

No existe jurisprudencia en la materia.

**2. CAMPO DE APLICACIÓN**

No existe jurisprudencia en la materia.

**3. ENCUADRAMIENTO**

La STS de 15 de octubre de 2004, I.L. J 1946, resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina determinando que no se da el requisito de la falta de contradicción. La sentencia recurrida por la TGSS (STSJ de Cantabria de 6 de mayo de 2003) resolvía la demanda de un grupo de trabajadores que pretendían su encuadramiento en el Régimen General de la Seguridad Social por considerar que no les correspondía estarlo en el Régimen Especial Agrario. El supuesto venía referido a una empresa cuyo objeto social era “la explotación de bosques, trabajos de forestación y similares”, realizando los trabajadores a su servicio tareas propias de actividades forestales. No obstante la empresa

en cuestión no era propietaria de ningún bosque y explotaba en exclusividad los montes de otra empresa para suministrar a ésta la materia prima para fabricar celulosa, razón por la cual su función principal no era la forestal sino que actuaba como una empresa de servicios, determinando esta circunstancia el encuadramiento de los trabajadores en el Régimen General. Por el contrario, la sentencia de referencia para la contradicción aportada por al TGSS (STSJ de Cantabria de 17 de diciembre de 1993) no permite apreciar esta última a juicio de la Sala Cuarta del TS. La razón estriba en que si bien se trataba en la sentencia de contraste de un supuesto relativo a una empresa cuyo objeto social era la producción y comercialización de maderas y otras materias primas y en la que los trabajadores realizaban igualmente trabajos forestales, no existía conexión con la empresa propietaria de los montes en los que aquélla llevaba a cabo su actividad, ni dependencia económica de la misma, razón por la cual procedía el encuadramiento de los trabajadores en el Régimen Especial Agrario.

La STS de 15 de julio de 2004, I.L. J 1816, resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina, casando y anulando la STSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de noviembre de 2002, por la que se declara nula y sin efecto la Resolución de la TGSS que anula el alta a tiempo parcial en el Régimen General de quien ostentando la condición de Consejero Delegado y Vocal del Consejo de Administración de una empresa, tenía suscrito con ella un contrato de trabajo a tiempo parcial para el desempeño del cargo. La TGSS aporta diversas sentencias de contraste, coincidentes con la doctrina sentada por el TS al respecto. Así y conforme al art.12 ET resulta aplicable la doctrina según la cual quien ostenta en una empresa condición como la que se da en el supuesto, mantiene una relación de tipo mercantil, y por tanto no le es aplicable el sistema de contratación previsto en el citado precepto estatutario, ni es trabajador por cuenta ajena, sino sólo asimilado a tal a efectos de la Seguridad Social, en la que debe figurar como afiliado y en alta a tiempo completo.

#### **4. GESTIÓN**

No existe jurisprudencia en la materia.

#### **5. FINANCIACIÓN**

No existe jurisprudencia en la materia.

#### **6. COTIZACIÓN**

Aplicación del Convenio Hispano-Suizo de Seguridad Social. Los años de cotización reconocidos por la Disposición Transitoria Segunda de la OM de 18 de enero de 1967 computan tanto para el cálculo de la pensión teórica como para determinar la prorrata

## IX. Seguridad Social

que corresponde a la Seguridad Social española. El INSS recurre en unificación la sentencia por la cual se aplica la bonificación de cotizaciones en función de la edad prevista en la Orden de 18 de enero de 1967 tanto para determinar el porcentaje aplicable a la base reguladora como para fijar el cálculo de la parte proporcional correspondiente a la Seguridad Social española. El Tribunal Supremo en la **STS de 15 de junio de 2004**, I.L. J 1809, examina si la referencia que hace el art. 13.1.b) del Convenio Hispano-Suizo a “los períodos cumplidos bajo la legislación española” para determinar la prorrata comprender las cotizaciones previstas según la escala de edad de la Disposición Transitoria Segunda citada.

Al abordar el carácter ficticio o real de las cotizaciones reconocidas en la OM de 18 de enero de 1967 el Tribunal Supremo sigue la doctrina de otros pronunciamientos del mismo tribunal en aplicación del art. 46.2.b) del Reglamento 1408/71/CE. Entiende, en este sentido, que la Disposición Transitoria Segunda de la OM de 18 de enero de 1967 establece una presunción de que las cotizaciones anteriores al año 1960 fueron reales, aunque por su dificultad de prueba se estimaron y objetivaron conforme a una escala en la que se tuvo en cuenta la edad del interesado. En consecuencia, dichas cotizaciones son computables para determinar la parte de la pensión que asume la Seguridad Social española conforme el Convenio Hispano-Suizo de la Seguridad Social.

La **STC 253/2004, de 22 de diciembre**, I.L. J 2066, declara la nulidad del apartado 2 del art. 12.4 LET por establecer trato diferenciado entre los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completo a efectos del cómputo de las carencias exigidas para el acceso a las prestaciones sociales. Se plantea cuestión de constitucionalidad del párrafo segundo del artículo 12.4 LET según el cual para determinar los períodos de cotización “se computarán exclusivamente las horas trabajadas”. Se alega por parte del juez de lo social que el trato diferente a los trabajadores a tiempo parcial por comparación con los trabajadores a tiempo completo a efectos del período de cotización vulnera el principio de igualdad del art. 14 CE ya que no respeta el principio de proporcionalidad y, además, supone una discriminación indirecta por razón de sexo.

En esta sentencia, el Tribunal expone en primer lugar la evolución normativa del régimen de protección social de los trabajadores a tiempo parcial en relación a la forma de cómputo del período de carencia advirtiendo de que la normativa de desarrollo del art. 12.4 ET, aplicable al caso objeto de la cuestión de constitucionalidad, ha sido modificada. En primer lugar el Tribunal parte de la redacción del art. 12.4 ET de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores que fijaba la cotización de los trabajadores a tiempo parcial en función de las horas o días efectivamente realizados. Dicha previsión venía a modificar la normativa anterior de cotización que imponía una base mínima de cotización independientemente del número de horas trabajadas. Esta nueva normativa no hacía referencia, sin embargo, al cómputo de los períodos de cotización ni tampoco se hizo alusión alguna a esta regla en su normativa reglamentaria de desarrollo; si bien se autorizó a los subsecretarios de la Seguridad Social a dictar normas precisas en aplicación de dicha Orden. Fue precisamente la Resolución de la Secretaría General de la Seguridad Social de 1 de febrero de 1982 la que estableció la regla que actualmente se discute, esto es, que afectos de reunir los períodos mínimos de cotización exigidos en el Régimen de

la Seguridad Social para causar derecho a la prestación correspondiente se computarán las horas o días efectivamente trabajados. Dicha regla —que no era aplicable a la prestación por desempleo— fue rebatida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a la prestación de incapacidad laboral transitoria basándose en que dicha resolución carecía de eficacia normativa para modificar el régimen de protección social de los trabajadores a tiempo parcial.

Como respuesta a dicha doctrina judicial el Real Decreto 213/1993, de 29 de diciembre, elevó el rango de la regla de proporcionalidad estricta prevista en la resolución y posteriormente fue adoptada con rango de ley por la Ley 10/1994. La Ley 42/1994 perfiló su contenido de manera que el cómputo por horas trabajadas se reconocía también a los contratos a tiempo parcial con jornada diaria completa pero con menor número de días de la jornada semanal. Esta regulación fue la recogida por el art. 12. 4 ET en el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. Cabe señalar que la normativa aplicable al caso sobre la que recae la cuestión de constitucionalidad ha experimentado nuevas modificaciones. Concretamente por los Reales Decretos 489/1998— en lo que se refiere a las prestaciones por incapacidad temporal y maternidad—y por el Real Decreto-Ley 15/1998, desarrollado por el RD 144/1999, de 29 de enero. Dicha normativa mantiene el cómputo exclusivo de las horas trabajadas para causar derecho a la prestación si bien introduce normas que atemperan la estricta proporcionalidad con objeto de facilitar el acceso a la protección de la Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial. Así, a efectos de acreditar los períodos de cotización se fijan los días teóricos de cotización que equivalen a cinco horas diarias de trabajo efectivo. Además, para causar derecho a la prestación de jubilación y de incapacidad permanente se introduce una regla específica correctora consistente en un coeficiente multiplicador del 1,5 aplicable a los días de cotización teóricos. En esencia la regulación sobre este punto se mantiene en la redacción dada al art. 12 LET por la ley 12/2001, de 9 de julio y en la regulación de desarrollo del RD 1131/2002, de 31 de octubre, que deroga el RD 144/1999, de 29 de enero, actualmente en vigor.

Pese a que han sobrevenido modificaciones a la norma sobre la que se plantea la inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional entiende aplicable la doctrina del no decaimiento del objeto de la cuestión de constitucionalidad cuando la norma derogada modificada o sustituida resulte de aplicación necesaria en el proceso *a quo*; por lo que procede a analizar la normativa de la Seguridad Social desde la perspectiva del principio de igualdad.

La sentencia expone la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional según la cual el principio de igualdad no sólo exige que la diferencia resulte objetivamente justificada y razonable, sino también que esa diferenciación supere un juicio de proporcionalidad en la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida. A juicio del Tribunal, la norma cuestionada en los términos estrictos en los que se establece para determinar los períodos de cotización exigibles para causar derecho a las prestaciones cuando existen períodos trabajados a tiempo parcial, conduce a un resultado desproporcionado desde la perspectiva del derecho de igualdad, cuando

## IX. Seguridad Social

menos en relación con aquellas prestaciones contributivas que exigen amplios períodos de cotización (como es el caso de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente), pudiendo generar incluso supuestos de desprotección antes situaciones reales de necesidad que afectan a trabajadores a tiempo parcial.

Por el contrario, Tribunal Constitucional considera que no contradice el art. 14 CE, que el trabajador a tiempo parcial cobre una pensión de cuantía proporcionalmente inferior a la de un trabajador a tiempo completo en tanto que supone un esfuerzo contributivo menor. En cambio, entiende desproporcionada la forma de cómputo del período de carencia del trabajo a tiempo parcial ya que la mayor exigencia del número de días trabajados dificulta especialmente el acceso a las prestaciones, especialmente en el caso de trabajadores que hayan permanecido grandes períodos de tiempo trabajando a tiempo parcial y pretendan acceder a prestaciones que exijan períodos de cotización elevados, como sucede con la pensión de incapacidad permanente. En base a ello, la nueva regulación de la materia ha atenuado el criterio de proporcionalidad mediante diversas reglas correctoras.

Además de la no observancia del principio de igualdad, la otra línea de argumentación se centra en la apreciación de una situación de discriminación indirecta por razón de sexo. En apoyo de esta argumentación, el Tribunal Constitucional cita las directivas comunitarias que han incorporado dicho concepto (entre otras la Directiva 2002/73/CE que modifica la Directiva 76/207/CE, la Directiva 2000/43/CE o la Directiva 2000/78/CE), la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades así como la incorporación en nuestro derecho de este concepto en los arts. 4.2.c) y 17.1 LET a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, y la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. La discriminación indirecta se define como toda “disposición, criterio o práctica aparentemente neutro que afecte en una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo”.

Conforme a dicha acepción, entiende el Tribunal Constitucional que se aprecia discriminación indirecta cuando se produce un tratamiento distinto y perjudicial de un grupo social formado de forma claramente mayoritaria por mujeres, respecto de bienes relevantes y sin que exista justificación constitucional suficiente que pueda ser contemplada como posible límite al referido derecho. Constata el Tribunal que en el supuesto planteado el trato perjudicial alegado tiene respaldo estadístico en el dato aportado por el Instituto de la Mujer conforme al cual el 81,94% de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres; por lo que concluye el Tribunal Constitucional que en este régimen diferenciado del trabajo a tiempo parcial concurre una discriminación por razón de sexo.

El Tribunal Constitucional, en virtud de la argumentación expuesta, declara la nulidad del párrafo segundo del art. 12.4 LET, en cuanto establece para determinar los períodos de cotización de las prestaciones de la Seguridad Social, incluida la protección por desempleo, que se computarán exclusivamente las horas trabajadas.

El voto particular presentado por el magistrado Conde Martín de Hijas discrepa del parecer mayoritario que declara nula la regla prevista en el art. 12.4 LET pues, en su opinión, dicha cuestión de constitucionalidad debiera haber sido desestimada. Argumenta a tal efecto la necesidad de realizar una interpretación sistemática y global de la regla sin que pueda ser aislada del conjunto de sistema de la Seguridad Social y, en este sentido, parte de la idea de que la fijación de los requisitos de acceso a las prestaciones toma en consideración los equilibrios financieros del conjunto del sistema; en atención a sus disponibilidades presupuestarias. Por otra parte, el voto particular difiere en la funcionalidad asignada al período de carencia en tanto que, a su juicio, no debe concebirse como un tiempo de permanencia en el sistema sino como tiempo de cotización. Bajo esta acepción el período de cotización tiene una función de cómputo de la carga contributiva como tiempo cotizado y, por tanto, indica el *quantum* de la cotización. Desde esta perspectiva entiende conformes a la constitución los distintos lapsos de tiempo calculados por días, según se cotice por contratos a tiempo parcial o por contratos a tiempo completo, en tanto que guarda proporcionalidad el índice de cálculo empleado que se establece sobre la idea de una carga de contribución. En relación a la discriminación indirecta por razón de sexo, alude a la excepción incluida en la normativa sobre dicho tipo de discriminación de que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y que los medios necesarios sean adecuados y necesarios. En su opinión, la medida enjuiciada tiene como justificación objetiva la propia lógica de la contributividad del sistema.

Abono de prima salarial anual y obligación de cotizar en el tiempo. Debe cotizar prorrateándose el importe a lo largo de los doce meses del año. Responsabilidad empresarial por infracotización en la cuantía que suponga la base reguladora de la pensión. En la **STS de 17 de noviembre de 2004**, I.L. J 2235, se dirime si es correcta la práctica de cotización realizada por Club de fútbol para el que trabajaba el actor recurrente conforme a la cual se cotizaba por las primas anuales sólo los meses en los que correspondía su cobro, aplicándose la base máxima del grupo profesional correspondiente. El actor recurrente entiende, por el contrario, que dichas primas o comisiones deben prorratearse a lo largo de los doce meses del año ya que tal práctica repercute negativamente en el cálculo de la base reguladora de la pensión a la que tiene derecho por hallarse en situación de incapacidad permanente por accidente no laboral. Junto a la pretensión de que se estime una base reguladora superior, el actor declara al Club responsable por infracotización.

El Tribunal Supremo señala, en primer lugar, la obligación de cotizar por tales cuantías dado el carácter salarial de las primas y que su cotización, al tratarse de un complemento de vencimiento superior al mes, debe prorratearse a lo largo del año. Ello en base al art. 23.1.a) del RD 2064/1995, de 22 de diciembre, que señala que las percepciones de vencimiento superior al mes se prorratearán a lo largo de los doce meses del año. Por lo demás, la divergencia entre retribución y cotización conduce a un perjuicio en la carrera de seguro del trabajador. Partiendo de esta situación el Tribunal declara la responsabilidad directa del Club empleador en la cuantía que alcance la diferencia de la base reguladora de la pensión.

### 7. RECAUDACIÓN

En materia de reintegro de cantidades indebidamente percibidas, cabe reseñar dos sentencias. La primera, la **STS de 25 de octubre de 2004**, I.L. J 2014, mantiene la reiterada jurisprudencia en la materia sobre el plazo de prescripción, apuntando que tan sólo resulta de aplicación el período de retroactividad de 3 meses, sobre la base del principio de equidad, a aquellas prestaciones percibidas con anterioridad al 1 de enero de 1998. En segundo lugar, en la **STSJ del País Vasco de 12 de febrero de 2004**, I.L. J 2116, el Tribunal concluye la procedencia del reintegro de las cantidades indebidamente percibidas por un beneficiario del subsidio por desempleo, al haber percibido ingresos periódicos, sobre la base de reiterada doctrina jurisprudencial que autoriza al INEM a que reclame aquellas cantidades.

Asimismo, debe hacerse mención también a la **STS de 29 de septiembre de 2004**, I.L. J 2204. En ella, siguiendo la doctrina sentada por el propio Tribunal, sostiene que en el procedimiento recaudatorio de los recursos del sistema de la Seguridad Social, cuando las actuaciones administrativas son declaradas nulas, no se interrumpe el plazo de prescripción.

### 8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

#### A) Concepto de accidente

Reiterando la doctrina ya presente en otras muchas sentencias, la **STS de 16 de julio de 2004**, I.L. J 1880, señala que la presunción del art. 115.3 de la LGSS sólo es aplicable a las dolencias aparecidas en tiempo y lugar de trabajo y no a las que se manifiestan en el trayecto de ida o vuelta al mismo, pues no derivan directamente de la ejecución del contenido de la relación de trabajo, quedando así el accidente *in itinere* considerado como accidente laboral únicamente cuando las dolencias se producen como consecuencia de una acción súbita y violenta, correspondiente al sentido vulgar y tradicional del accidente. Y como en el supuesto enjuiciado la embolia se manifestó cuando el trabajador ya había salido de la empresa, ésta no sería considerada como accidente de trabajo.

Según la **STS de 3 de diciembre de 2004**, I.L. J 2416, los infartos de miocardio súbitamente acaecidos fuera de las horas y del lugar de trabajo, y en tiempo alejado de la jornada laboral no pueden calificarse de accidente de trabajo, sino de enfermedad común. En el caso analizado, además de ser los dos infartos episodios distintos y no necesariamente sucesivos de una misma enfermedad común, no es esa relación de causalidad patológica la que exige la LGSS, sino el imprescindible nexo causal directo entre trabajo desarrollado y el infarto; nexo que no existe en el caso, dado el lugar y la hora en que hizo aparición la citada enfermedad.

La **STSJ de Valencia de 25 de junio de 2004**, I.L. J 2197, recuerda que el accidente de trabajo *in itinere* no se presume, y que exige plena prueba de su existencia. Señala la sentencia que en este caso no hay prueba que muestre la concurrencia de los requisitos

para el accidente *in itinere*, pues se rompe el nexo causal, no sólo por el transcurso de 55 minutos desde el fin de la jornada, sino también por la imprudencia que significa conducir bajo la influencia del alcohol y salirse de la calzada e invadir la banda izquierda de la carretera, todo lo cual son imprudencias temerarias.

### **B) Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad**

Para el Tribunal Supremo, en la **STS de 8 de octubre de 2004**, I.L. J 1943, hay que tener presente que el art. 86.1 LPL establece que en ningún caso se suspenderá el procedimiento por seguirse causa criminal sobre los hechos debatidos. Esto implica que el mandato de la OM de 18 de enero de 1996, que ordena la paralización del expediente administrativo para la imposición del recargo por falta de medidas de seguridad, carece de un mandato legal que lo sustente. La imposición del recargo no afecta al principio *non bis in idem*, de forma que, tal como señala el Tribunal Constitucional en su STC de 27 de noviembre de 1985, la regla *non bis in idem* no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden.

La **STSJ de Cataluña de 11 de febrero de 2004**, I.L. J 2174, señala que procede el recargo de 40% por falta de medidas de seguridad, dada la existencia de una maquinaria carente de las más elementales medidas de seguridad, como era la del estar dotado de un techo o pórtico de protección para el conductor, en caso de vuelco, así como carecer de cinturón de seguridad. En esas condiciones, cualquier maniobra de desestabilización del vehículo ponía en peligro la permanencia del conductor sobre el mismo, dado que no se hallaba sujeto. Por otra parte, el remolque en el que se introducía el toro se hallaba paralizado únicamente con el freno hidráulico, por lo que no se habían accionado todos los sistemas de inmovilización, como el freno mecánico y las calzas que impedirían su desplazamiento.

Según la **STSJ de Navarra de 21 de abril de 2004**, I.L. J 2183, el recargo tiene naturaleza indemnizatoria, pues pretende compensar al trabajador un daño más allá de los principios tasados de responsabilidad de régimen general de prestaciones por accidente, de acuerdo con el principio básico del derecho civil según el cual la objetivización de la responsabilidad por riesgo no excluye la posible valoración de la imprevisibilidad del ilícito laboral. Siendo también coherente que la empresa asuma civilmente un daño que le es imputable en cierta medida por su imprevisión. Esta naturaleza indemnizatoria del recargo se pone de manifiesto en todos los casos en que la responsabilidad se pretende ampliar por la culpa civil del empresario a todos los daños sufridos por el trabajador, en los que, en virtud de la unidad de la responsabilidad, se toma el daño efectivo como límite del resarcimiento, computando a estos efectos todas las prestaciones recibidas y prohibiendo la duplicidad de indemnizaciones por la misma causa.

De la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 13 de julio de 2004**, I.L. J 1848, en relación con el art. 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, se desprende que ésta tenía frente al trabajador un deber genérico de garantizar su seguridad, con obligación de

## IX. Seguridad Social

conservar los equipos de trabajo en condiciones adecuadas al efecto, siguiendo en su caso las instrucciones del fabricante, y realizando las comprobaciones y pruebas periódicas necesarias, siendo necesario que tales equipos fuesen equipados con dispositivos que impidan el acceso a sus zonas peligrosas. Pues bien, el accidente tuvo por causa un defecto en el sistema de seguridad de la máquina al bajar el pistón de prensado inesperadamente sin haber descendido la pantalla protectora, constando igualmente como acreditado que el funcionamiento de la máquina no había sido comprobado hasta marzo de 2002, es decir, más de cinco años después desde que comenzó a funcionar. Tal circunstancia es reveladora de una evidente dejación empresarial en las obligaciones que de manera específica le impone el art. 4.2 del RD 1215/1997, al no haber efectuado ningún tipo de verificación o pruebas que hubiesen permitido comprobar los defectos de funcionamiento de la máquina y que salieron a la luz a raíz del siniestro. De ahí que corresponda un recargo del 40% por falta de medidas de seguridad.

La **STSJ del País Vasco de 18 de octubre de 2004**, I.L. J 2185, señala que existe una relación de causalidad en ambas empleadoras condenadas, pues las dos, realizando idéntica actividad y participando en la realización del trabajo específico omiten garantizar los medios de seguridad y garantía para el trabajador. Una por ser la empleadora directa del trabajador, y no adoptar las medidas de seguridad que le competen respecto al mismo, y la otra porque encuadrándose dentro de la misma actividad, dirigiéndola y coordinándola, omite estas últimas funciones y realiza un método y operatividad totalmente desajustados, sin coordinar los trabajos, sin adoptar esas medidas de garantía necesarias para que la elevación del bastidor se realice dentro de unos parámetros de seguridad, exigibles no sólo en todo tipo de prestación laboral, sino más específicamente cuando se está llevando a cabo a través de materiales que suponen gran riesgo y peligro para los que los manipulan por su peso y dimensión.

### C) Indemnización por daños y perjuicios

La **STSJ de Cataluña de 20 de mayo de 2004**, I.L. J 2065, recuerda que es posible la responsabilidad civil por daños y perjuicios derivada del incumplimiento empresarial de sus obligaciones en materia de seguridad y salud, basada en un régimen de responsabilidad por culpa directamente relacionada con el incumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales y complementaria de la protección pública, y que completa en su integridad el sistema de responsabilidades a cargo del empresario, derivadas todas ellas de forma directa o indirecta del incumplimiento por el mismo del deber de seguridad que deriva de la propia relación laboral. La doctrina jurisprudencial, en materia de responsabilidad empresarial por accidente laboral, viene aplicando el principio de la “causalidad adecuada”, que impone la necesidad de valorar, en cada caso concreto, si el acto antecedente se presenta como causa necesaria al efecto lesivo producido. Y en el caso analizado no queda acreditada dicha causalidad.

Sí que estima la procedencia de la indemnización la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 18 de octubre de 2004**, I.L. J 2168. Según dicha resolución, debe indemnizarse al trabajador con 33.997,50 euros por secuelas y 5.860.97 por incapacidad temporal, lo que conlleva indemnizarle por todos los conceptos, incluido el daño moral, fijándose en

consecuencia el montante indemnizatorio en 39.858.47 euros. De dicha cantidad son responsables solidariamente las dos empresas demandadas, pues ambas en el momento del accidente eran responsables de la seguridad e integridad física del actor, dado que fue la conducta confluyente de los representantes de ambas empresas la que originó el accidente.

No se aprecia responsabilidad empresarial en la **STSJ de Galicia de 20 de julio de 2004**, I.L. J 1866. Según dicha resolución, para que pueda darse la apreciación de culpa, es necesario la omisión por parte del deudor, de la responsabilidad que se exija en la naturaleza de la obligación (artículo 1104 del Código Civil). Por ello, para calificar de culposa una conducta, no solamente habrá de atenerse a la diligencia exigible según las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, sino que tal conducta se proyecte al riesgo que implique su previsibilidad. No hay ninguna prueba en el relato de los hechos probados de la que se desprenda una acción o una conducta del empresario que implique incumplimiento de las obligaciones *in vigilando* o *in eligendo*, evidenciándose una absoluta falta de conducta culposa en el empresario, por cuanto el furgón blindado cumplía con todas las exigencias técnicas y de seguridad legalmente exigidas, y mientras las puertas del mismo permanecieron cerradas no consta que hayan penetrado ni balas, ni humo en el habitáculo correspondiente.

#### **D) Enfermedad profesional**

Según la **STSJ de Cataluña de 9 de junio de 2004**, I.L. J 2063, el eczema de contacto alérgico profesional que presenta la trabajadora está en directa relación con el trabajo que realizaba como ayudante de peluquera, puesto que ha sido declarada en situación de incapacidad permanente total derivada de enfermedad profesional, habiéndosele practicado pruebas de alergia que resultaron positivas para la parafenilendiamina (tintes) y persulfato de amoníaco (permanentes). El hecho de que hubiera trabajado con anterioridad en otra peluquería es un dato irrelevante para entender que se ha producido ruptura del nexo de causalidad. Además, la trabajadora no tenía por qué saber que ya tenía la enfermedad cuando empezó a trabajar para la actora, cuyos síntomas aparecieron por primera vez en el mes de septiembre de 2000, cuando se le efectuaron una serie de pruebas alérgicas. Por consiguiente, existe una relación directa entre la falta de medidas de seguridad, cuya concurrencia no se discute, y el resultado producido, pues la trabajadora no fue sometida a ningún reconocimiento médico previo, pese al riesgo existente de poder contraer una enfermedad profesional por el contacto con productos peligrosos. Por otra parte, los medios de protección utilizados no fueron eficaces para evitar el riesgo, declarando al respecto la sentencia que la empresa utilizaba guantes de latex sin la marca CE. En consecuencia, procede el recargo del 30% por falta de medidas de seguridad.

## IX. Seguridad Social

### 9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍA DE LAS PRESTACIONES

La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 30 de julio de 2004, I.L. J 1849, entiende que, con independencia de las consecuencias de tipo administrativo que pueda acarrear carecer de permiso de trabajo y residencia, ello no significa que la relación laboral del trabajador extranjero no haya generado ningún derecho. Así, pudiendo encuadrarse su situación dentro de la Gran Invalidez, debe atribuirse en exclusiva la responsabilidad a la empresa que cometió irregularidades en su contratación, sin posibilidad de extensión a la Mutua que se haya al margen de éstas.

En la STS de 27 de octubre de 2004, I.L. J 1909, se atribuye la responsabilidad principal y directa a la empresa en el abono de la prestación por incapacidad permanente parcial derivada de accidente de trabajo, en un supuesto en el que el alta del trabajador se realiza de forma extemporánea, vía fax, horas más tardes de acaecer el accidente, habiéndose efectuado las cotizaciones dentro del plazo.

La STSJ de Navarra de 7 de abril de 2004, I.L. J 2181, declara a la empresa responsable del abono del subsidio de desempleo para mayores de 52 años, al incumplir las obligaciones que le correspondían de dar de alta y efectuar las cotizaciones pertinentes. No resulta de aplicación la doctrina de la proporcionalidad y de la ponderación de la voluntad empresarial por cuanto no se trata de un caso de infracotización, sino de ausencia de la misma, y no es posible entender la actuación empresarial fundada en error o desconocimiento excusable, sino que se trata de un incumplimiento grave y prolongado en el tiempo, sin alegar causa alguna que justifique la ausencia de cotización.

En la STS de 7 de octubre de 2004, I.L. J 2208, se trata de dilucidar quién es responsable del pago de una prestación de viudedad generada en 1999, cuyo causante fue declarado en 1960 en situación de invalidez permanente absoluta derivada de accidente de trabajo: la compañía aseguradora privada que asumió en aquel momento la cobertura del riesgo o la entidad pública encargada de la garantía de las prestaciones. Concluye al respecto el Tribunal que la entidad responsable es la compañía aseguradora, sobre la base de lo dispuesto por la Disposición Transitoria Quinta de la LGSS y la normativa del seguro de accidentes de trabajo anterior a 1966 a la que aquél remite, recordando que la jurisprudencia de la Sala, cuando el accidente de trabajo es la contingencia que determina una prestación, la responsabilidad debe atribuirse a la entidad en el momento en que aquél se produce.

### 10. ASISTENCIA SANITARIA

#### A) Reintegro de gastos sanitarios

En la STS de 23 de noviembre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 2389, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, la cuestión litigiosa se concreta en determinar si un Servicio Público de Salud debe reintegrar a la Entidad Colaboradora (una Mutua) los gastos de asistencia sanitaria derivados de un accidente *in itinere*, constatándose poste-

riormente que la accidentada no era trabajadora por cuenta ajena sino por cuenta propia, de modo que la prestación de dicha asistencia competía al Servicio Público de Salud. Y la sentencia entiende que la prestación de asistencia sanitaria corresponde al Sistema nacional de Salud, dada la condición de la accidentada, como causante de alta en el RETA.

## 11. INCAPACIDAD TEMPORAL

### A) Dinámica de la prestación

Según la **STS de 8 de noviembre de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 1974, dictada en recuso de casación para la unificación de doctrina, tiene derecho a la prestación por incapacidad temporal todo beneficiario que después de haber agotado un primer período de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, se incorpora al trabajo y, antes de que transcurran seis meses de actividad laboral, causa nueva baja por la misma enfermedad. Y es que es suficiente para tener derecho a dicha prestación el que se cumpla la exigencia general del art. 130 de la LGSS de que se hayan cotizado seis meses en los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante.

En la **STS de 26 de octubre de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 2069, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, la cuestión que se plantea es la fecha de comienzo del devengo de la prestación de incapacidad temporal por enfermedad común, referida a los casos en que los partes de baja y confirmación se presentan fuera de plazo y la solicitud de pago se formula después del alta por curación. Para el Tribunal Supremo, el abono de la prestación económica correspondiente a la situación de incapacidad temporal no está condicionada a la previa solicitud de parte, sino que se hace efectivo, de modo directo y automático, conforme al principio de oficialidad, una vez producidos y presentados los correspondientes partes médicos de baja y confirmación.

Según la **STSJ de Cataluña de 28 de enero de 2004**, I.L. J 2107, es causa de extinción de la incapacidad temporal, el alta médica sin declaración de incapacidad permanente, o el agotamiento de los 30 meses de duración máxima de la prestación, si bien existe otra causa que produce la extinción de la incapacidad temporal sin más: cuando recae resolución denegatoria de la invalidez.

La **STSJ de Extremadura de 14 de enero de 2004**, I.L. J 2110, señala que se reputa en fraude de ley el contrato temporal suscrito cuando el trabajador padecía con anterioridad una enfermedad, diagnosticada y que había requerido ingreso, estando pendiente de intervención quirúrgica para solicitar baja laboral a los tres días de iniciarse el contrato sin que conste variación en su enfermedad.

Según la **STSJ de Valencia de 1 de junio de 2004**, I.L. J 2125, es requisito imprescindible para entender que una incapacidad temporal deriva de enfermedad profesional, el que ésta haya sido contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena. No se

## IX. Seguridad Social

puede entender como enfermedad profesional la tuberculosis del celador cuando el contacto con pacientes tuberculosos tuvo lugar cinco años antes y duró apenas dos meses.

Según la **STSJ de Cataluña de 23 de febrero de 2004**, I.L. J 2175, aunque hayan transcurrido los 30 meses de prórroga especial desde el inicio de la incapacidad temporal, sin declaración de invalidez, el abono del subsidio económico debe proseguir hasta la correspondiente alta médica o hasta la calificación de secuelas. Por tanto, el derecho a la percepción económica se extingue en la fecha en que se dicta la resolución del INSS que se pronuncia sobre la pretendida incapacidad.

La **STSJ de Valencia de 22 de junio de 2004**, I.L. J 2190, señala que tratándose de contingencias comunes, si el trabajador no está en situación de alta o asimilada al alta, no hay obligación de anticipo a cargo del INSS, siendo el empresario el responsable.

En la **STS de 26 de octubre de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 2316, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, el problema se contrae a determinar si el INSS es responsable subsidiario del pago de las prestaciones de incapacidad temporal correspondientes a la empresa del 4º al 15º día, cuando ésta no las abona, en los casos en que la colaboración de la gestión en cuanto a las referidas prestaciones, derivadas de enfermedad común, se lleva a cabo por una Mutua Patronal de Accidentes y Enfermedades Profesionales. A tal efecto, la Sala aplica la doctrina contenida en la reciente Sentencia de 1 de junio de 2004, afirmando que la Mutua se sitúa en estos casos en la misma posición que el INSS cuando éste es el responsable del pago de las prestaciones por incapacidad temporal. Por ello será la Mutua y no el INSS quien responda subsidiariamente en caso de insolvencia de la empresa en el pago de las prestaciones de las que ha de responder directamente, las comprendidas entre el 4º y el 15º día de baja, y únicamente le alcanzará la responsabilidad subsidiaria en estos casos cuando la Mutua resulte insolvente.

La **STSJ de Baleares de 17 de septiembre de 2004**, I.L. J 2372, señala que es responsabilidad del INSS el pago de las prestaciones de incapacidad temporal durante la extinción del contrato por fin de temporada en una trabajadora discontinua, al ser el INSS quien tenía asumida tal obligación en el período reclamado.

### **B) Regímenes Especiales**

La **STSJ de Asturias de 30 de enero de 2004**, I.L. J 2039, no estima la devolución de prestación de incapacidad temporal demandada por el INSS, en un supuesto en que el trabajador estaba en alta en dos regímenes, con dos actividades muy distintas, y en el que las dolencias le incapacitaban para el trabajo de minero (en que obtuvo una invalidez permanente total), pero no para el de regente de hotel, que no requería esfuerzos físicos

La **STS de 30 de septiembre de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 1938, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, señala que el requisito de estar al corriente en el pago de las cotizaciones en el momento del hecho causante de la prestación solicitada se exige como regla general en el RETA para poder acceder a la incapacidad temporal,

sin que quepa aplicar la técnica de la invitación, y sin posibilidad de completar las cotizaciones a posteriori.

La **STS de 18 de septiembre de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 2224, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, señala que tal y como establece el art. 3.2 del RD 2110/1994, de 28 de octubre, al devolver el carácter voluntario a la prestación de incapacidad temporal dentro del RETA, resulta requisito indispensable para el reconocimiento del derecho a la citada prestación que el trabajador se halle al corriente en el pago de las correspondientes cotizaciones en el momento de producirse el hecho causante.

## 12. MATERNIDAD

La **STS de 30 de octubre de 2004**, I.L. J 1891, estima el recurso de casación por unificación de doctrina interpuesto por parte de una trabajadora que reclamaba el reconocimiento de una base reguladora del subsidio de maternidad superior a la fijada en vía administrativa, y el abono de las diferencias económicas resultantes. El Tribunal aplica la misma doctrina que en otras ocasiones para el cálculo de la base reguladora de la prestación de IT cuando la relación laboral no se extiende a todo el mes, de tal manera que los días efectivamente cotizados deben dividirse sólo por el número de días a que dicha cotización se refiere. Según el Tribunal Supremo, dicha doctrina, aunque se sentó respecto de trabajador eventual, resulta aplicable a todos los casos en que la prestación de servicios no abarca la totalidad del mes de referencia —ya sea éste el anterior, ya el mismo en que se produce la situación protegible—, el divisor lo constituyen los días a que la cotización se refiere y no todos los días del mes. Cuando se produce ese previo reconocimiento judicial firme y, como ocurre en el caso, entre el fin de la IT y el inicio de la prestación por maternidad no concurre ninguna circunstancia que, incidiendo en los parámetros legales de cálculo, pueda dar como resultado otra base distinta, aquel pronunciamiento judicial firme debe producir el efecto positivo de cosa juzgada. Por tanto, la sentencia recurrida aplicó doctrina errónea al establecer una base distinta.

Por el contrario, el Tribunal Supremo, en la **STS de 2 de noviembre de 2004**, I.L. J 2334, varía la doctrina que había sostenido anteriormente en supuestos de hecho análogos a la sentencia citada. En ésta, se plantea la cuestión de determinar si la trabajadora —que se encontraba antes de causar derecho a la prestación de maternidad en situación de reducción de jornada por guarda legal—, tiene derecho a percibir esa prestación calculada sobre las bases de cotización correspondientes al momento inmediatamente anterior a la reducción de la jornada o, subsidiariamente, sobre el promedio anual de las bases anteriores a la maternidad. Según la sentencia analizada, hay que llegar a la misma solución que se ha establecido por las sentencias dictadas en los recursos 3108/2003, 4028/2003, 5013/2003 y 5363/2003, en relación con el cálculo de las prestaciones de desempleo. En estas sentencias se establece que la regla general que determina que el cálculo de la prestación sobre el período coincidente —sólo en parte en el presente caso— con el tiempo de reducción de jornada no puede obviarse con una regla especial,

## IX. Seguridad Social

según la cual el cálculo debería realizarse sobre las bases de cotización a tiempo completo. El Tribunal alega que esa regla no existe en nuestro ordenamiento (art. 133 quater LGSS en relación con el art. 13 del Decreto 1646/1972 en el supuesto general y con el art. 5 del Real Decreto 144/1999 para los contratos a tiempo parcial), que parte del principio general de proporcionalidad entre la renta sustituida (el salario perdido) y la renta de sustitución (la prestación de desempleo o maternidad). La argumentación del Tribunal Supremo se completa en el sentido que esta regla se aplica a todos los supuestos de pérdida de la renta de activo –sea esta pérdida referida a un empleo a tiempo completo o a jornada reducida–, y que responde a la lógica de la protección social que impide que la renta de sustitución sea superior a la renta sustituida, lo que ocurriría si el salario se calculara en función de una jornada reducida y la prestación social en función de la retribución correspondiente a una jornada completa.

### 13. RÉGIMENES ESPECIALES

#### Régimen Especial Agrario

La STS de 9 de noviembre de 2004, I.L. J 2335, examina un caso en el que un trabajador había cotizado 34 años pero adeudaba 22 mensualidades en el momento de fallecer, y por ello, aplicando la literalidad de la norma, el cónyuge ve denegada la pensión de viudedad solicitada. El Tribunal reitera la doctrina expresada (con votos particulares) en la STS de 31 de mayo de 2004, I.L. J 883, en el sentido de que la exigencia de que el causante no adeudase un importe superior a seis mensualidades para que su cónyuge pueda acceder a la pensión de viudedad es una exigencia que se formula en el Régimen Especial Agrario sin causa suficiente y razonable para ello, dado que el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos no existe idéntica limitación, siendo que en ambos regímenes es el trabajador el responsable del ingreso de sus cotizaciones, y que se trata de prestaciones contributivas. En consecuencia, nuevamente, resuelve conceder la pensión de viudedad solicitada, toda vez que los supervivientes ya habían abonado las cotizaciones adeudadas tras el oportuno requerimiento para ello.

#### Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

La STS de 9 de diciembre de 2004, I.L. J 2353, resuelve que la propiedad del suelo o del vuelo de una finca agraria no es requisito indispensable para proceder al encuadramiento de los trabajadores en el REA; pero no procede tal encuadramiento cuando la actividad aparentemente forestal de una empresa se halle integrada en una organización de mayor envergadura de naturaleza industrial o de servicios, en cuyo caso debe prevalecer la realidad económica frente a la apariencia formal.

### 14. INFRACCIONES Y SANCIONES

No existe jurisprudencia en la materia.

## 15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

### A) Competencia e incompetencia de la Jurisdicción Social

La STS de 16 de julio de 2004, I.L. J 1817, recuerda la doctrina contenida, entre otras, en la Sentencia de 29 de abril de 2002, según la cual, la gestión recaudatoria que excluye de la competencia del orden social el art. 3.1.b) LPL no se limita cuando se refiere a las cotizaciones a su sentido estricto, referido la actividad encaminada a hacer efectivo el cobro de una deuda ya declarada y fijada en su importe, sino que tal expresión alcanza, cuando se trata de las cotizaciones, no sólo a esas operaciones materiales de cobro, sino también a la declaración de la existencia de la obligación de cotizar y a la determinación de su importe. Se llega a esta conclusión porque la propia redacción del art. 3.1.b) LPL, pese a su carácter incompleto, muestra con claridad que la actividad recaudatoria se entiende en este precepto en sentido amplio, como una actividad que, en el ámbito de las relaciones de cotización y a diferencia de lo que ocurre con la acción protectora, comprende todos los actos de declaración de la deuda y de fijación de su importe (liquidación).

En la STS de 7 de julio de 2004, I.L. J 1877, se reitera la doctrina según la cual el art. 3.1.b) LPL excluye del ámbito de la jurisdicción social no sólo las controversias sobre recaudación en sentido estricto, sino todas aquellas que tengan por objeto la declaración de la existencia de la obligación de cotizar o la determinación del importe y alcance de las cotizaciones, sin que el hecho de que no exista un acto administrativo previo de liquidación altere la regla de competencia. En este sentido se pronuncia también la STS de 21 de octubre de 2004, I.L. J 1903.

Por el contrario, la STS de 27 de octubre de 2004, I.L. J 1843, sí que establece la competencia del orden social en relación al capital coste. Sobre esta cuestión se ha pronunciado el Tribunal Supremo en repetidas ocasiones, sirviendo de muestra de su doctrina las SSTs de 28 de febrero de 2001 y 23 de enero de 2002, respecto a sacerdotes o religiosos secularizados. Se admiten unas cotizaciones ficticias, considerando cotizados unos períodos de tiempo en los que no era posible la cotización, precisamente para determinar “una mayor cuantía de la pensión a los interesados de la que correspondería en función de los años realmente cotizados al sistema de la Seguridad Social”. Como contrapartida a ese beneficio se han previsto las correspondientes compensaciones económicas, imponiendo a los interesados el deber de abonar el capital coste de la parte de pensión que se derive de los años de ejercicio sacerdotal o religioso, que han sido reconocidos como cotizados a la Seguridad Social; ninguno de esos conceptos responde a la esencia de la gestión recaudatoria ni son propiamente “cotizaciones”, por estar referidas a un tiempo en el que no había obligación ni posibilidad de cotizar; el capital coste tiene un componente económico en favor de la entidad gestora, pero no pertenece propiamente a la gestión recaudatoria, sino a una contraprestación a cargo del beneficiario, para compensar a la entidad gestora de la ventaja que representa el incremento de la pensión de jubilación, sin responder a cotizaciones reales. Por tanto, es competente la jurisdicción laboral.

## IX. Seguridad Social

La STS de 5 de octubre de 2004, I.L. J 1939, resume la doctrina del Tribunal Supremo en relación a cuál ha de ser el orden jurisdiccional competente en materia de cuotas devengadas. El análisis de dicha jurisprudencia conduce a declarar que el conocimiento de la misma no le corresponde al orden jurisdiccional social, sino a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. La razón principal es que la gestión recaudatoria que excluye la competencia del orden social [art. 3.1.b) de la LPL] no se limita a las operaciones materiales de cobro, sino también a la declaración de la existencia de la obligación de cotizar y a la determinación de su importe. Esta acepción amplia de “recaudación”, que es la acogida en el art. 18 LGSS, permite comprender en la exclusión competencial tanto la impugnación de las actas de liquidación de la Inspección de Trabajo como, en general, toda la gestión que se conecta con la denominada recaudación en período voluntario. Vid, en este sentido, la STS de 18 de octubre de 2004, I.L. J 2077, STS de 11 de noviembre de 2004, I.L. J 1939, STS de 15 de noviembre de 2004, I.L. J 1939 y STS de 22 de noviembre de 2004, I.L. J 2082.

La STS de 2 de diciembre de 2004, I.L. J 2358, recuerda la jurisprudencia de unificación de doctrina (por ejemplo, la STS de 1 de diciembre de 2003, STS de 5 de octubre de 2004) que ha resuelto que corresponde a la jurisdicción social la resolución de los litigios sobre afiliación y alta en Seguridad Social (hasta la entrada en vigor del art. 23 de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre), y que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia en materia de cuotas devengadas.

En la STS de 9 de diciembre de 2004, I.L. J 2407, se plantea una primera cuestión consistente en determinar si un médico de la Seguridad Social con “nombramiento eventual” para prestación de trabajo de “refuerzo” de los servicios de atención continuada tiene derecho a reclamar que la entidad gestora mantenga sin interrupción la situación de alta durante todo el tiempo de vigencia del nombramiento, en lugar de limitar dicha situación a los períodos de tiempo de la prestación de trabajo. Una segunda cuestión es si el deber de cotización a cargo de la entidad empleadora se ha generado de la misma forma ininterrumpida, con la consiguiente retroacción del reconocimiento del mismo y pago de las correspondientes cotizaciones a la fecha inicial del nombramiento. La aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo en casos anteriores (STS de 29 de abril de 2002) conduce a declarar de oficio la falta de jurisdicción del orden social para conocer de la cuestión planteada en las presentes actuaciones relativa al pago de las cotizaciones.

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 familiares*. C) *Cuantía de las pensiones*. D) *Dinámica de la protección*. E) *Régimen de incompatibilidades*.

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

## CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se analizan en la presente crónica los pronunciamientos que sobre las prestaciones de desempleo, incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia se han recogido en los números 13 a 16 del 2004 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 1785 a 2431).

### 1. DESEMPLEO

#### C) Nivel contributivo

##### d) Cuantía y dinámica de la acción protectora

Las SSTs de 2, 4 y 23 de noviembre de 2004, I.L. J 2137, 2285, y 2150, respectivamente, resuelven la cuestión del cálculo de la cuantía de la prestación por desempleo de un trabajador, que antes de ser despedido tenía jornada reducida por guarda legal. La sentencia del TSJ había resuelto que la base reguladora se calculara sobre las cotizaciones realmente efectuadas en los seis meses anteriores, a pesar de haber tenido en cuenta que la demandante había trabajado con jornada reducida.

Ante esta resolución, la demandante solicita que el cálculo de la base reguladora se efectúe conforme a las bases de cotización correspondientes a la jornada completa no trabajada por ella durante el período anterior de seis meses.

En este aspecto, el precepto de aplicación, el artículo 211 LGSS, establece que “la base reguladora de la prestación por desempleo será el promedio de la base por la que se haya cotizado por dicha contingencia en los últimos 180 días trabajados”, y basándose en este precepto el Tribunal Supremo entiende que no se estima vulneración del principio de igualdad, si bien reconoce que la regulación actual de esta cuestión puede resultar insatisfactoria desde la perspectiva de un logro más completo de los objetivos de conciliación del trabajo y la vida familiar, pero, según el Tribunal Supremo, la superación de estas insuficiencias corresponde al legislador y no a los órganos judiciales.

##### f) Compatibilidad e incompatibilidad

En la STS de 19 de noviembre de 2004, I.L. J 2379, se plantea un recurso por la demandante al serle denegada la prestación por desempleo, inicialmente concedida por el INEM, revocando la prestación concedida y declarando indebidas las percepciones abonadas hasta ese momento basándose en el hecho de que la demandante era funcionaria de carrera en el ICS y que por tanto no tenía derecho a percibir la prestación por desempleo, ya que por ser funcionaria no se puede entender como un trabajo a tiempo parcial el desempeñado por la actora, en jornada de dos horas y media diarias.

## X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

En la alegación de los hechos quedó probado que la jornada de trabajo no se reducía a las dos horas y media, sino que tenía que estar disponible el resto del tiempo hasta completar la jornada ordinaria de un médico con jornada completa.

El artículo 221.1 LGSS que sirvió de base a la sentencia recurrida dice que “La prestación o el subsidio por desempleo serán incompatibles con el trabajo por cuenta propia (...) o con el trabajo por cuenta ajena, excepto cuando éste se realice a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado”.

El Tribunal Supremo entiende que la prestación de servicios de la demandante no puede ser considerada en absoluto como a tiempo completo, sino parcial, pues en cualquier caso el tiempo de localización o disponibilidad en ningún caso se puede equiparar al de trabajo efectivo.

Por tanto, no habiéndose acreditado que la demandante haya sido requerida para prestar servicios en tiempo equivalente a una jornada completa, no cabe entender que su trabajo tiene una condición distinta a la que equivale a trabajo a tiempo parcial, tal y como exige el artículo 221.1 LGSS para que opere la excepción a la regla de incompatibilidad para percibir las prestaciones por desempleo.

### D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo

En relación a la clarificación del concepto de rentas computables, se pronuncia el Tribunal Supremo en la STS de 8 de noviembre de 2004, I.L. J 1974, acerca de si las plusvalías obtenidas por la venta de acciones o activos mobiliarios tienen o no la consideración de rentas a los efectos de la prestación de desempleo, en especial, cuando, como ocurre en este caso concreto, tal venta es efectuada consecutivamente en varios ejercicios fiscales.

En tal sentido el Tribunal estima que la venta de activos mobiliarios no es equiparable a una renta que mejore o eleve los ingresos mensuales del beneficiario, sino que lo que sucede con tal operación es la sustitución de un elemento patrimonial por otro. En cuanto a la periodicidad de los ingresos, tampoco afecta al supuesto en cuestión, pues la reiteración del ingreso durante varias anualidades se debe a factores circunstanciales, que en nada afectan a la naturaleza de la operación realizada.

### b') Subsidio de prejubilación

El Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de pronunciarse en unificación de doctrina acerca de lo que deba entenderse por rentas a efecto de las prestaciones asistenciales por desempleo. El artículo 215 LGSS se refiere exclusivamente a los ingresos del solicitante del subsidio, no a los de la esposa u otros miembros de la unidad familiar que sólo tienen relevancia para determinar si el beneficiario tiene o no “responsabilidades familiares”.

Según la doctrina del Tribunal Supremo en la materia; cuando las rentas se obtiene exclusivamente por el solicitante del subsidio, deben imputarse a él en su totalidad para determinar el nivel exigido por el artículo 215.1 LGSS, aunque el matrimonio se rija por el régimen de gananciales; sin embargo, cuando las rentas se obtienen por ambos cónyuges, o existen datos en la narración histórica que permiten razonablemente llegar a tal conclusión, deberán dividirse entre ambos según su cuota de obtención. Esta teoría es la mantenida por el Tribunal Supremo en **STS de 30 de junio de 2004**, I.L. J 1875, y en la **STS de 20 de octubre de 2004**, I.L. J 1951.

El artículo 215.1.3 LGSS establece que “los trabajadores mayores de 52 años, aun cuando no tengan responsabilidades familiares, siempre que se encuentren en alguno de los supuestos contemplados en los apartados anteriores, hayan cotizado por desempleo al menos seis años a lo largo de su vida laboral y acrediten que, en el momento de la solicitud reúnen todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación en el sistema de la Seguridad Social”.

En el caso resuelto por la **STSJ de Cataluña de 4 de febrero de 2004**, I.L. J 2173, se trata de analizar si constituye o no impedimento para acceder al subsidio por desempleo para mayores de 52 años, y dentro de qué límites, la existencia de interrupciones en la inscripción del beneficiario como demandante de empleo acaecidas en el período comprendido entre el momento en que se produce la situación legal de desempleo y aquel otro en que concurren, en su caso, los presupuestos restantes para poder tener derecho a su disfrute.

El TSJ de Cataluña entiende que, a pesar del criterio flexible que se ha venido aplicando en la interpretación de este requisito, las interrupciones o las faltas de constancia de la demanda de empleo han de valorarse en cada caso concreto, teniendo en cuenta la acreditación de la falta de empleo en el momento en que se hace la solicitud.

En el caso concreto, de los hechos alegados se desprende indudablemente la voluntad de la actora de permanecer en el mercado laboral, por lo que la situación de paro involuntario queda suficientemente alegada, a pesar de las interrupciones en la inscripción como demandante de empleo.

La **STSJ de Navarra de 7 de abril de 2004**, I.L. J 2181, procede a determinar la responsabilidad del empresario que emplea a una trabajadora sin darla de alta en la Seguridad Social ni hacer efectivas las cotizaciones en tiempo oportuno, a los efectos de lucrar un subsidio de desempleo para mayores de 52 años.

El principio general es que el empresario es responsable de aquellas prestaciones que se causan por falta de cotización o infracotización, sin embargo han existido ocasiones en los que esta regla general se ha aplicado de manera flexible ante meros retrasos en el pago de las cotizaciones o ante errores excusables por parte del empresario.

## X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

Si bien, en este caso concreto, la ausencia de alta y cotización va desde el 10 de marzo de 1976 al 11 de enero de 1991, lo que supone un incumplimiento grave y persistente y en un período prolongado de tiempo, sin que se alegue ninguna justificación razonable a dicha falta de cotización, por tanto no cabe aplicar ningún presupuesto de moderación de la responsabilidad del empresario, aplicando el principio de proporcionalidad en las prestaciones y corresponde declarar la responsabilidad del empresario del abono del subsidio por desempleo para mayores de 52 años.

### 2. JUBILACIÓN

#### A) Jubilación contributiva

##### a) Requisitos de acceso a la protección

###### – Jubilación forzosa

En anteriores crónicas se ha hecho referencia a los problemas planteados como consecuencia de la derogación de la Disposición Adicional Décima del ET por la Ley 12/2001. Dicha derogación ha venido planteando en la jurisprudencia la cuestión de si han quedado o no sin efecto las disposiciones de los convenios colectivos que preveían la jubilación forzosa de los trabajadores que alcanzasen una determinada edad (en sentido afirmativo se pronunciaron las SSTSJ de Castilla-La Mancha 721/2002, de 24 de abril; de la Comunidad Valenciana 6399/2002, de 21 de noviembre; en sentido contrario, las SSTSJ del País Vasco 445/2002, de 19 de febrero, de Cataluña 6141/2002, de 27 de septiembre y de 30 de octubre de 2002, en recurso 4930/2002, y de Madrid 14/2002, de 11 de enero). La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2004 se pronunció finalmente, en unificación de doctrina, sobre este tema.

A esta cuestión se refieren también las **SSTS de 2 de noviembre de 2004**, u.d., I.L. J 2249; **de 2 de diciembre de 2004**, I.L. J 2155, y **de 15 de diciembre de 2004**, I.L. J 2365; y la **STSJ de Galicia de 14 de mayo de 2004**, I.L. J 1860, que siguen el criterio sentado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2004 (recurso 765/2003), en el que se entró a resolver si la derogación de la Disposición Adicional Décima (límite máximo de edad para trabajar) del Estatuto de los Trabajadores de 1995, producida por la Ley 12/2001, de 9 de julio, supone la prohibición de que los Convenios Colectivos contengan cláusulas de esta naturaleza, o bien se trata de una simple deslegalización de la materia que no ha de impedir que los convenios sigan regulando en el futuro edades de jubilación sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos.

La citada Sentencia del Tribunal Supremo, en la que se apoyan las señaladas Sentencias a las que se refiere esta crónica, concluye afirmando que "(...) en ausencia de norma legal habilitante de la negociación colectiva (como era la Disposición Adicional Décima del ET), es de aplicación para los convenios colectivos que entren en vigor tras dicha derogación, lo dispuesto en los artículos 4.2) y 17.1 del ET, de inequívoca inspiración

constitucional, en cuanto que el primero establece el derecho de los trabajadores a no ser discriminados (hoy directa o indirectamente) para el empleo o una vez empleados” entre otras cosas por razón de la edad, y el segundo prevé que se entenderán sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que contengan discriminaciones desfavorables por razón de la edad. Según el Tribunal Supremo, al amparo de estos preceptos, recobra actualidad la jurisprudencia establecida en la Sentencia del Alto Tribunal de 30 de junio de 1966, bajo la vigencia de la Orden del Ministerio de Trabajo de 1 de julio de 1953 que vedaba a los convenios colectivos la imposición al trabajador de edades de jubilación, que atribuía al derecho subjetivo al trabajo, la naturaleza de “mínimo de derecho necesario absoluto”. Por lo que no es actualmente posible establecer en los convenios colectivos cláusulas de jubilación forzosa. Esta solución, según el Tribunal Supremo, no es de aplicación para las cláusulas de jubilación forzosa vigentes en la fecha de la derogación de la Disposición Adicional Décima, ya que éstas tenían amparo legal en esta norma. Y su derogación no supone la pérdida de su vigencia, dado que fueron establecidas de acuerdo con una política de empleo temporalmente coincidente, al menos, con la duración de los convenios en cuestión, cuyo equilibrio interno, construido sobre mutuas renunciaciones entre los recíprocos derechos de las partes negociadoras debe salvaguardarse.

#### – Período de carencia

Sobre si deben o no ser computadas las cotizaciones efectuadas al INEM durante la percepción del subsidio asistencial por desempleo de los mayores de 52 años a efectos de reunir el período mínimo de cotización exigido para causar derecho a la pensión de jubilación, se pronuncian las **SSTS de 27 de octubre de 2004**, u.d., I.L. J 2136 y **de 3 de diciembre de 2004**, I.L. J 2367. Las citadas Sentencias señalan que, según lo dispuesto en la Disposición Adicional Vigésima Octava LGSS, incorporada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre (Disposición Final Sexta), las cotizaciones efectuadas por la Entidad Gestora (INEM) por la contingencia de jubilación tendrán efecto para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación y porcentaje aplicable a aquélla, pero en ningún caso dichas cotizaciones tendrán validez y eficacia jurídica para acreditar el período mínimo de cotización exigido. Esto no implica en modo alguno, según pone de relieve el Tribunal Supremo, desconocer el mandato del artículo 2.3 del Código Civil que proscribire la retroactividad, porque la Disposición Adicional ya estaba vigente en la fecha del hecho causante (véase al respecto, lo señalado en crónicas anteriores, en relación con esta misma cuestión, sobre el tema de la retroactividad de las leyes y el principio de seguridad jurídica).

#### – Jubilación de religiosos secularizados: improcedencia de la deducción en concepto de “gastos de tramitación del expediente”

En relación con la jubilación de los sacerdotes y religiosos o religiosas secularizados, cuestión a la que se ha hecho ya referencia en crónicas anteriores, la **STS de 23 de noviembre de 2004**, u.d., I.L. J 2149, se refiere a la cuestión, ya resuelta en unificación de doctrina por el Tribunal Supremo, de si la cantidad de 7,6923 por ciento que el INSS de-

## X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

dujo de la cantidad reconocida al accionante como pensión de jubilación por el concepto de “gastos de representación” y que la sentencia recurrida reconoció como acomodada a derecho, tiene o no apoyo jurídico. Reconoce el Tribunal Supremo que esta deducción en concepto de “gastos de tramitación del expediente” constituye, de por sí, una singularidad que no se da en el reconocimiento de las demás prestaciones llevadas a cabo por el Instituto Gestor de la Seguridad Social. La actuación de este Organismo Gestor resulta contraria a los principios de solidaridad y de reparto que inspiran el reconocimiento de las prestaciones en el ámbito del sistema de Seguridad Social español y viene a entrañar la aplicación de un principio discriminatorio respecto de un colectivo de trabajadores al que, por sus especiales circunstancias, se les obliga a asumir el pago, en concepto de capital coste de renta, de una cantidad equivalente a las cotizaciones que debieran haberse efectuado en un momento determinado y que si no se hicieron fue por falta de un cauce legal que, entonces, lo permitiese.

Se reitera y se resalta por el Tribunal Supremo, en definitiva, que no existe ninguna norma con rango legal adecuado que autorice el indicado descuento y que ante la carencia de la misma carece de justificación cualquier descuento de la naturaleza del efectuado.

### b) Contenido de la prestación

#### a') Base reguladora

La determinación de la base reguladora sigue planteando cuestiones muy diversas, ofreciendo una gran casuística, de la que en esta crónica se destacan las siguientes:

Las SSTs de 22 de junio de 2004, u.d., I.L. J 1812; de 23 de septiembre de 2004, I.L. J 1822; de 7 de octubre de 2004, I.L. J 1940; de 20 de octubre de 2004, I.L. J 1952; de 25 de noviembre de 2004, I.L. J 2083; de 14 de octubre de 2004, I.L. J 2089; de 11 de noviembre de 2004, I.L. J 2144, y de 2 de noviembre de 2004, I.L. J 2380, resuelven la cuestión relativa a la base reguladora aplicable a un trabajador incorporado, tras la entrada en vigor de la Ley 26/1985, a un Plan de Reconversión aprobado con anterioridad a su vigencia. Se pronuncian dichas sentencias (siguiendo la STS de 26 de noviembre de 2003) en el sentido de que no tiene derecho a optar por la aplicación de la normativa anterior a dicha Ley. Al respecto, señala el Tribunal Supremo que, lo contrario, supondría desnaturalizar la Disposición Transitoria Tercera.<sup>3</sup> de la LGSS, cuya esencia y finalidad es “resolver los problemas que plantean los hechos y derechos que, habiendo nacido ya para el trabajador afectado al amparo de una ley anterior, deben seguir produciendo efectos tras la entrada en vigor de una nueva normativa”. Señalan, al respecto, que “ni de la publicación de la Ley 27/1984, ni de la aprobación por Real Decreto del Plan de reconversión del Sector Naval, ni tan siquiera de la aprobación del programa presentado por su empresa para acogerse al Plan Sectorial, surgió ningún derecho a la jubilación para el actor de este proceso”.

Cuestión siempre litigiosa es la determinación de la base reguladora de los trabajadores migrantes que acreditan una carrera de seguro en varios países, cuestión que ha sido tratada ya en anteriores crónicas. En esta ocasión merece destacarse la STS de 16 de junio de

2004, u.d., I.L. J 1810, que declara, siguiendo anteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo, la posibilidad de aplicar acumulativamente la regla del convenio bilateral (en este caso el convenio bilateral hispano-holandés) para el cálculo de la base reguladora y la regla del Reglamento comunitario (el Reglamento CEE 1408/1971) para el cálculo del porcentaje a cargo de la pensión española. Dicha aplicación acumulativa se fundamenta en la Sentencia en que no se trata, como sucede en el artículo 3.3 del ET, de un supuesto de concurrencia de normas que deba resolverse de acuerdo con el principio de aplicación unitaria de la norma que en su conjunto resulte más favorable, sino que se trata de una garantía excepcional de ventajas ya adquiridas en una regulación precedente que se mantienen con ese carácter, desplazando la regulación menos favorable del Reglamento CEE 1408/1971 y, en concreto, una regla claramente perjudicial para los trabajadores migrantes. Así lo señala el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sentencia de 17 de diciembre de 1998, caso Grajera) cuando indica que los órganos judiciales nacionales deben aplicar, para evitar ese efecto perjudicial, la regla más favorable del convenio.

También en relación con los trabajadores migrantes, la **STS de 28 de diciembre de 2004**, u.d., I.L. J 2419, reitera, por un lado, la doctrina de que para el cálculo de las bases reguladoras de la pensión de jubilación de trabajadores migrantes con carreras de seguro en varios países se debe aplicar las bases medias de cotización en España para un trabajador de sus características propias. Por otro lado, se mantiene que para la aplicación del principio *pro rata temporis* resulta perfectamente legítimo el cómputo de las cotizaciones por edad (Disposición Transitoria Segunda, apartado 3, de la Orden de 18 de enero de 1967 para aquellos trabajadores que hubieran cotizado antes de 1 de enero de 1967 al antiguo Mutualismo Laboral), sin que pueda atribuirse a las mismas el calificativo de ficticias. Sin embargo, las llamadas cotizaciones compensatorias por reducción de la edad de jubilación (en este caso, para los trabajadores del Régimen Especial del Mar, previstos en el artículo 1 del Decreto 2309/1970, de 23 de julio) no pueden merecer el mismo calificativo y deben ser excluidas en el cómputo correspondiente al cálculo de la pensión de jubilación.

Se mantiene en la **STS de 28 de octubre de 2004**, u.d., I.L. J 2426, en relación con el cálculo de la base reguladora, la aplicación preferente del Convenio Hispano-Alemania sobre el Reglamento CEE 1408/1971 cuando, como en este caso, aquél es más beneficioso para el trabajador que las reglas dimanantes del derecho comunitario, lo que determina aquí que el cálculo de la base reguladora deba hacerse a partir de las bases medias de cotización correspondientes a la categoría del trabajador en España. Debe destacarse, además, el pronunciamiento de la sentencia en el sentido de que se deberá reconocer la pensión en el régimen en que tenga acreditado mayor número de cotizaciones, aunque éstas se hayan realizado en el extranjero. De tal forma que la aplicación de lo establecido en el artículo 35.2.c) del Decreto 2530/1970, debe realizarse partiendo de que los trabajadores migrantes no pueden ser discriminados por el hecho de haber ejercido la libertad básica de circulación intracomunitaria, y, en este sentido, como las cotizaciones como trabajador por cuenta ajena realizadas en Alemania son las que representan mayor número en el caso de autos (frente a las cotizaciones como trabajador autónomo realizadas en España) y

## X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

éstas se han de asimilar a las cotizaciones del Régimen General Español, debe reconocerse la pensión en este régimen.

### e) Jubilación anticipada

#### – Prejubilaciones

La consideración de la prejubilación del trabajador como un cese voluntario del contrato de trabajo determina la aplicación del porcentaje de reducción de la cuantía de la pensión de jubilación anticipada del 8% por cada año o fracción de año que falta para cumplir los 65 años de edad, y no el coeficiente reductor privilegiado del 7% (que exige que se acrediten 40 o más años de jubilación y que la baja en el trabajo no sea voluntaria). En efecto, la **STS de 24 de junio de 2004**, u.d., I.L. J 1873, y la **STS de Asturias de 2 de enero de 2004**, I.L. J 2038, siguiendo la doctrina ya unificada del Tribunal Supremo, consideran que la firma por el trabajador del contrato de prejubilación, causando baja en la empresa, sin que se haya alegado ni probado dolo o coacción que anulara su consentimiento, ni ningún otro de los vicios previstos en el artículo 1265 del Código Civil, conduce a entender que el cese fue voluntario y situado dentro de los parámetros de un convenio colectivo. Los problemas de futuro, sospechados pero no acreditados, no pueden jugar para concluir que el contrato de prejubilación se firme por motivos ajenos a la voluntad del trabajador. Igual pronunciamiento se contiene en la **STS de Valencia de 24 de junio de 2004**, I.L. J 2199, que deniega la aplicación del coeficiente reductor del 0,6 por ciento aplicable a los trabajadores con más de 40 años de cotización que fuesen mutualistas antes del 1 de enero de 1967 que no hubiesen cesado voluntariamente en el trabajo.

Siguen siendo numerosas las sentencias que resuelven la cuestión relativa a la procedencia de las indemnizaciones previstas en los convenios colectivos tras la extinción de la relación laboral por un expediente de regulación de empleo. Se mantiene la doctrina de que, partiendo de que la prejubilación del trabajador constituye un cese o baja en la empresa de carácter voluntario, los trabajadores que, tras dicha extinción de la relación laboral por un expediente de regulación de empleo, pasan a la situación de prejubilados, no se incluyen en el concepto de “situación pasiva” a efectos de las referidas indemnizaciones, ya que el mismo, dentro del contexto de los convenios colectivos, se reserva para aquellos trabajadores que cesaran en la empresa por invalidez permanente o por jubilación, por lo que no es de aplicación a los supuestos de estos trabajadores prejubilados. Incluso en el caso de que la prejubilación pudiera considerarse una situación “pasiva” no sería posible reconocer a estos trabajadores la indemnización prevista en el convenio puesto que aquella superior voluntariamente pactada y aceptada debe estimarse que es sustitutoria y no complementaria de la prevista en la normativa legal. Esta doctrina es reiterada en las **SSTS de 28 de septiembre de 2004**, u.d., I.L. J 1824; de **8 de octubre de 2004**, I.L. J 1829; de **22 de junio de 2004**, I.L. J 1799; de **28 de octubre de 2004**, I.L. J 1844; de **19 de octubre de 2004**, I.L. J 1899; de **17 de septiembre de 2004**, I.L. J 1933; de **25 de octubre de 2004**, I.L. J 1958; de **27 de octubre de 2004**, I.L. J 1967; de **5 de noviembre de 2004**, I.L. J 1973; de **17 de junio de 2004**, I.L. J 2310; de **12 de julio de 2004**, I.L. J 2312; de **23 de diciembre de 2004**, I.L. J 2363; de **15 de diciembre de 2004**, I.L. J 2420, y de **28 de octubre de 2004**, I.L. J 2426.

Igualmente es también cuestión controvertida, en muchos casos, la determinación del salario pensionable determinante de la prestación a abonar por la empresa, en relación con determinados complementos salariales, en los supuestos en que el trabajador se acoge a la prejubilación; a esta cuestión se refiere la **STS de 11 de noviembre de 2004**, u.d., I.L. J 2277, sobre inclusión de dos pagas de beneficios en la base reguladora, considerando, en este caso, que el hecho de que estas pagas diferenciales se hicieran efectivas más tarde no significa que las mismas ya no se puedan tener en cuenta a fines de prejubilación. El hecho de que no fueran conocidas cuando se hicieron las correspondientes operaciones de cálculo y sí en un momento posterior no provoca su inoperancia o exclusión, sino, por el contrario, su integración en las cuentas originarias, ya que se trata de un salario correspondiente al año en cuestión y por el que se cotiza a la Seguridad Social; por tanto formaba parte del “salario pensionable”.

#### – Jubilación anticipada

La **STS de 25 de octubre de 2004**, u.d., I.L. J 2012, establece que para el nacimiento del derecho a la pensión de jubilación anticipada al cumplir los 64 años de edad, sólo se requieren dos requisitos: el cese efectivo en el trabajo y la simultánea contratación de un nuevo trabajador que se halle inscrito como desempleado en la correspondiente oficina de empleo. Por tanto, no es válido establecer un tercer y nuevo requisito no recogido en las normas reguladoras y, además, de carácter restrictivo para el acceso a la pensión de jubilación, por lo que es válida la contratación como sustituto de un trabajador inscrito en la oficina de empleo como desempleado temporal siempre que el contrato tenga la duración mínima exigida por la ley.

### **B) Jubilación no contributiva**

#### **b) Requisitos generales**

En relación con el requisito de residencia exigido para causar derecho a la pensión de jubilación no contributiva, la **STSJ de Cataluña de 28 de enero de 2004**, I.L. J 2106, reconoce la residencia legal de un trabajador de nacionalidad marroquí, aunque no conste administrativamente la concesión de los permisos solicitados en el período controvertido. En la sentencia (que tiene un Voto Particular) se considera que el trabajador tenía derecho a la concesión del permiso y, por ende, a la residencia legal, al tratarse de una renovación de permiso de un permiso inicial, al que también tenía derecho, al no estar incurso en ninguno de los supuestos del artículo 14 del reglamento de extranjería (RD 1119/1986, de 26 de mayo). Además, con posterioridad al período controvertido se le concedió un permiso de trabajo y de residencia porque ya tenía la condición de residente legal, aunque, por razones ignoradas, pero explicables por problemas burocráticos, no conste la resolución final de los expedientes iniciados como consecuencia de las solicitudes del demandante, en un determinado período. La Sentencia considera que el funcionamiento anormal de la Administración no puede perjudicar al demandante y debe mantenerse un principio de equidad en la aplicación de la ley.

## X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

### D) Previsión social voluntaria

Dentro de la cuestión relativa a la previsión social voluntaria, como mecanismos complementarios de la prestación de jubilación se abordan dos cuestiones principales: la relativa a los planes y fondos de pensiones y la relativa a las mejoras voluntarias de Seguridad Social.

#### a) Mejoras voluntarias de Seguridad Social

Se plantea en la STS de 5 de mayo de 2004, I.L. J 1931, la naturaleza de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social a efectos de la determinación del plazo de prescripción aplicable a las mismas. A este respecto, se señala en esta Sentencia que la acción protectora del sistema de Seguridad Social, que comprende las diversas contingencias que se incluyen en el artículo 38 LGSS, se extiende también a las mejoras voluntarias, a las que se refiere el artículo 39 LGSS, como modo o manera de acrecentar la modalidad contributiva de la acción protectora. “No afecta a la naturaleza social de la materia que la mejora sea adoptada por decisión unilateral del empleador, contrato individual o convenio colectivo, pues ello solamente incide en su nacimiento y regulación, y en este sentido ya se ha afirmado (STS de 6 de octubre de 1998) que la jurisdicción social es competente para conocer de toda controversia sobre la mejora aunque ésta se haya asegurado por entidades mercantiles y que las mejoras voluntarias de la acción protectora del Régimen General, que se regulan en los artículos 191 a 194, se rigen, no obstante su carácter complementario de seguridad social, por los actos unilaterales del empleador, pactos o convenios o reglas que las hayan constituido o incluso por condición más beneficiosa”.

En definitiva, se declara en esta Sentencia que las mejoras del Régimen General de Seguridad Social son materia de seguridad social complementaria, reconocida y regulada por los artículos 39 y 191 a 194 LGSS y demás normas dictadas para su aplicación y desarrollo, y de ello deriva que el plazo de prescripción de las acciones para reconocer los derechos derivados de estas mejoras sea el de cinco años fijado en el artículo 43.1 LGSS.

### 3. INCAPACIDAD PERMANENTE

#### A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

##### a) Concepto. Grados y baremos

##### a') Criterios de valoración: los baremos

De nuevo las SSTS de 9 de julio de 2004, u.d., I.L. J 1878 y de 27 de octubre de 2004, I.L. J 1908, en un supuesto de revisión del grado de IPA para el reconocimiento de una Gran Invalidez la primera, y directamente de solicitud de reconocimiento de este grado en la segunda, reiteran las exigencias que hacen que sea difícil la contradicción entre sentencias contrastadas a efectos de la unificación de doctrina: “la exigencia de que se trate de situaciones sustancialmente iguales restringe extraordinariamente la viabilidad

del recurso de casación para la unificación de doctrina, cuando se trate de cuestiones que afectan a la calificación de lesiones a efectos del reconocimiento de los distintos grados de invalidez permanente”. Las decisiones judiciales en esta materia no son extensibles ni generalizables, puesto que lesiones aparentemente idénticas pueden afectar de manera diferente a los trabajadores de distinta manera en cuanto a su incidencia en la capacidad de trabajo, que es el criterio empleado para la caracterización y graduación de esta contingencia protegida por el Sistema de Seguridad Social. Por ello, en cuanto a la calificación se trata de una materia poco proclive o propia para la unificación de doctrina, tanto por la dificultad para establecer la identidad del efecto invalidante, como por tratarse, por regla general, de supuestos en que el enjuiciamiento afecta más a la fijación y valoración de hechos singulares que a la determinación del sentido de la norma en una línea interpretativa de carácter general [en esta misma dirección, **SSTS de 7 de octubre de 2003**, u.d., I.L. J 1972, de **28 de julio y 27 de octubre de 2003**, I.L. J 1530 y J 1516].

Es de interés la **STS de 7 de julio de 2004**, u.d., I.L. J 2417, donde admite la posibilidad de que, a efectos del reconocimiento de una IPT, se valoren dolencias no alegadas en el expediente administrativo ni en el escrito de demanda, pero existentes durante la tramitación del expediente aunque no fueran constatadas por la unidad administrativa de valoración, cuando posteriormente han sido acreditadas a través de dictamen de pericial en juicio. Ello en coherencia con la línea jurisprudencial que no considera hechos nuevos ajenos al expediente –y que por lo tanto podrían causar indefensión ex artículo 24.1 CE– las lesiones o defectos que existían durante la tramitación del expediente, pero no fueron detectados por los servicios médicos de la entidad por las causas que fueran.

### c') Incapacidad permanente total

Se deniega este grado de incapacidad en la **STSJ de Valencia de 30 de junio de 2004**, I.L. J 2130, basándose en que las dolencias de la trabajadora (fibromialgia), dada su entidad y alcance funcional no inhabilitan para realizar las tareas fundamentales de su profesión habitual de “cocinera-camarera”, por lo que la limitación no resulta incompatible con las exigencias de su profesión, “pudiendo originar la disminución de rendimiento”, pero no inhabilitación para realizar su trabajo.

### d') Incapacidad permanente absoluta

En la **STSJ de Valencia de 29 de julio de 2004**, I.L. J 2192, se reconoce este grado de incapacidad al trabajador (camarero) que presenta una psicosis esquizofrénica, que le inhabilitan por completo para desempeñar cualquier trabajo que conlleve el mínimo de estrés laboral, lo que es incompatible con cualquier tipo de trabajo; y en la **STSJ de Valencia de 22 de junio de 2004**, I.L. J 2191, cuando la trabajadora presenta una serie de limitaciones de visión que se halla imposibilitada para realizar con profesionalidad y eficacia todo tipo de tareas, ya que toda actividad laboral por sencilla y liviana que sea, requiere una percepción e identificación de las cosas que está muy lejos de alcanzar el que padece las limitaciones que presenta.

### b) Requisitos del beneficiario

En relación a los períodos de carencia requeridos para generar el derecho a prestaciones por IP se ha pronunciado la **STS de 29 de septiembre de 2004**, u.d., I.L. J 2133, reconociendo que la jurisprudencia tiene sentado un principio general de que “las declaraciones de invalidez permanente sin derecho a prestaciones” a las que hay que asimilar las resoluciones administrativas que, tras constatar la existencia de determinadas lesiones, se abstienen de calificar éstas por no proceder el reconocimiento de la prestación por la ausencia de otro requisito, “no impiden que el trabajador afectado pueda continuar desarrollando su actividad laboral y manteniendo la situación de alta y su cotización a la Seguridad Social. Y si esta situación es aceptada por la Entidad Gestora sin cuestionar la procedencia del alta y las cotizaciones realizadas, estas cotizaciones han de producir plenos efectos cuanto posteriormente solicita de nuevo una prestación de incapacidad permanente, salvo que se acreditara que tales cotizaciones son ficticias por no corresponder a un trabajo efectivamente realizado”. La sentencia contiene un interesantísimo voto particular de Desdentado Bonete en el que se aparta de esta doctrina, al considerar que las cotizaciones deben cumplirse en el momento del hecho causante o el momento anterior en que cesó la obligación de cotizar (como requisito de control de la profesionalidad), y no en un momento posterior pues ello deja al arbitrio del interesado el cumplimiento de esta exigencia; y considera que el hecho causante ha de situarse en el momento en que las lesiones han quedado fijadas con carácter irreversible y dotadas de efectos invalidantes, de manera que salvo que haya agravación posterior, esto se produce en el momento en que por primera vez estas lesiones se manifiestan con estos caracteres.

La **STSJ de Valencia de 30 de junio de 2004**, I.L. J 2193, aplica una interpretación humanizadora, flexible e individualizada al requisito de alta o situación asimilada al alta a efectos del reconocimiento de una IPT. Con ello elude el criterio general relativo a la exigencia de mantenerse ininterrumpida la inscripción como desempleado en la oficina de empleo, y ello sobre la base de considerar que pese a las rupturas temporales, sigue vivo el *animus laborandi* y consiguientemente se cumple el requisito de situación asimilada al alta, cuando el alejamiento intermedio del sistema obedece a especiales circunstancias (cfr. **STS de 13 de noviembre de 2003**, u.d., I.L. J 1984).

En cuanto a los requisitos mínimos de cotización para el reconocimiento de la prestación por IP [artículo 138.2.b) LGSS], téngase presente que se ha producido un cambio jurisprudencial a raíz de la reforma del artículo 4.4 RD 1799/1985 por la Disposición Adicional Séptima del RD 4/1998, de 9 de enero. En la nueva redacción de este precepto se exige la existencia de una situación de incapacidad temporal o de prórroga de sus efectos. La regla establece: “En el caso de trabajadores que, encontrándose en situación de incapacidad temporal o de prórroga de sus efectos, no hayan llegado a agotar el período máximo de cotización de la misma, incluida su prórroga (...), los días que falten para agotar dicho período máximo se asimilarán a días cotizados a efectos del cómputo del período mínimo de cotización exigido para causar derecho a la pensión de incapacidad permanente”. A tenor de esta nueva redacción del precepto el TS considera que ya no puede mantenerse la interpretación amplia o extensiva que permitía la aplicación de esta

regla a solicitantes que —en determinadas circunstancias— no se encontraren en situación de IT o prórroga de su efectos, y que la misma ya no permite otra interpretación que la literal. La nueva doctrina jurisprudencial establece que —sobre la base de la nueva redacción del precepto— se exige ineludiblemente la existencia de una situación de IT o de prórroga de sus efectos, y “pone de manifiesto la necesidad de que el beneficiario se encuentre no sólo en baja médica expedida por los servicios oficiales de la Seguridad Social e incapacitado para el trabajo, como exige el artículo 128.1.a) de la LGSS, sino que además se halle dentro del sistema de la prestación, pues en otro caso no se trataría realmente de incapacidad temporal, ni podría técnicamente hacerse referencia a las prórrogas de tal situación, pues éstas sólo tienen sentido en relación con el propio percibo del subsidio a que se refiere el artículo 129 de aquella norma”, en consecuencia no se aplica a situaciones en que no se percibió el subsidio de IP por falta de carencia (STS de 2 de diciembre de 2004, u.d., I.L. J 2261, en la línea jurisprudencial ya sentada por las SSTs de 2 de febrero de 2004, u.d., I.L. J 70, de 14 de mayo de 2004, u.d., I.L. J 517 y de 3 de febrero de 2004, u.d., I.L. J 138).

No procede el reconocimiento de una IP cuando en la fecha del hecho causante el interesado había cumplido la edad de jubilación y reunía el resto de los requisitos exigidos para la misma ex artículo 138.1, párrafo 2º, LGSS (STS de 25 de noviembre de 2004, u.d., I.L. J 2226). Para trabajadores con 65 o más años, si no reúnen los requisitos para ser pensionistas de jubilación pero sí para la declaración de IP derivada de contingencias comunes, se puede declarar tal incapacidad pero los criterios de cálculo limitan en mayor medida el importe de la prestación (artículo 138.5 LGSS, introducido por la Ley 35/2002). En desarrollo de este precepto, el artículo 11 RD 1132/2002 establece que en estos casos la cuantía de la pensión por IP será el equivalente del resultado de aplicar la correspondiente base reguladora el porcentaje que corresponda al período mínimo que esté establecido, en cada momento, para el acceso a la pensión de jubilación (en la actualidad dicho porcentaje está cifrado en el 50% de la base reguladora); cuantía que podría incrementarse para la gran invalidez en un 50% conforme a lo previsto en el artículo 139.4 LGSS. Así pues, queda abierta la posibilidad de acceder a la IP derivada de contingencias profesionales para los mayores de 65 años que continúen trabajando, aunque reúnan las condiciones de acceso a la pensión de jubilación. Ello en consonancia con la nueva política legislativa de fomento de la jubilación gradual y flexible.

### c) Prestaciones económicas

#### b') Base reguladora de las prestaciones

Resulta de especial relevancia la STS de 7 de octubre de 2004, u.d., I.L. J 1942, donde la base reguladora de una IP derivada de enfermedad común se calcula conforme a las bases de cotización que corresponden a la naturaleza de su relación (contrato de trabajo común), cuando con anterioridad se había venido considerando que la relación (vendedores de cupón de la ONCE) era una relación laboral especial de representantes de comercio.

## X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

La STS de 29 de septiembre de 2004, u.d., I.L. J 1937, resuelve la manera en que ha de determinarse el cálculo de la base reguladora de una IP, en el supuesto de que el trabajador-beneficiario ha sido declarado, en un primer momento, en situación de IPT derivada de accidente de trabajo, y luego es revisado su grado de invalidez, por presentarse dolencias de carácter común, que dan lugar al reconocimiento de una IPA. En estos supuestos la jurisprudencia considera que debe mantenerse, después de efectuada la revisión, el montante o importe de la base reguladora que se aplicó a la pensión de IPT primeramente reconocida. Ello al objeto de evitar que la base reguladora de la IPA sea inferior a la correspondiente a la prestación de IPT. La doctrina jurisprudencial pro beneficiario gira su posicionamiento en torno a una serie de argumentos (STS de 23 de septiembre de 2003, u.d., I.L. J 1450): 1º) no hay norma que imponga la solución contraria; 2º) el concepto de revisión del grado de IP da una cierta idea de unidad o conexión de situaciones, por lo que debe mantenerse el importe de la base reguladora primeramente reconocida a no ser que existan razones de peso que impongan un cambio; 3º) No parece aceptable una reducción en el montante inicial de la base reguladora, porque conlleva una mengua en el nivel de protección del trabajador cuando su estado invalidante es superior. Repárese que esta doctrina implica una cierta “expansión” del tratamiento jurídico específico de los riesgos profesionales a situaciones derivadas de contingencias comunes en materia de base reguladora.

Cuando la IPT deriva de accidente no laboral, y el beneficiario se encuentra en situación de alta o asimilada en el momento del hecho causante, la base reguladora es el cociente que resulte de dividir por 28 la suma de las bases de cotización del interesado durante un período ininterrumpido de 24 meses, elegido por el beneficiario dentro de los 7 años inmediatamente anteriores a la fecha en que se origine el derecho a la pensión (artículo 117.1 LGSS; artículo 7.1 Decreto 1646/1972; artículo 5.4, párrafo 2º, RD 1799/1985). En estos supuestos, no resulta de aplicación la previsión del artículo 140.4 LGSS, que permite la integración en los meses que no hubiera existido obligación de cotizar, con las bases mínimas de cotización establecidas en ese momento (STS de 4 de octubre de 2004, u.d., I.L. J 2268). Este precepto solamente sería aplicable a la IPT derivada de accidente laboral cuando los interesados no se encuentren en alta o situación asimilada.

### d) Dinámica de la protección

La STS de 13 de octubre de 2004, u.d., I.L. J 1836, confirma la doctrina ya unificada que establece que en aquellos casos en los que el asegurado es declarado en situación de incapacidad permanente sin que esa situación se haya visto precedida de la incapacidad temporal, sino que el interesado ha estado prestando servicios, no hay dificultad en distinguir entre la fecha del hecho causante (efectos jurídicos) y la de efectos económicos de la prestación. La primera será la correspondiente a la fecha de emisión del dictamen-propuesta del EVI –ex artículo 13 Orden de 18 de enero de 1996– y la segunda será aquella en la que se produzca el cese en el trabajo (a partir del día siguiente en que se haya producido el cese en el trabajo) en aplicación analógica del artículo 131bis.3 LGSS. En idéntico sentido, cfr. STS de 19 de diciembre de 2003, u.d., I.L. J 2285.

En cuanto a los supuestos de agravación del estado invalidante, la **STS de 4 de noviembre de 2004**, u.d., I.L. J 2239, se pronuncia sobre el reconocimiento de una IPA por agravación, por etiología común, de una IPT derivada de accidente de trabajo. Se establece que en estos supuestos ha de considerarse el resultado de la revisión por agravación como un todo en el contexto de la patología afectante, teniendo en cuenta no sólo las lesiones originarias del grado ya reconocido, sino las que puedan advenir por otras contingencias, por lo que la revisión por etiología común no elimina la incidencia que, como concausa de la misma, normalmente tiene el riesgo profesional que produjo la incapacidad inicial. Por otro lado, entiende que no cabe extender a la agravación las exigencias de alta o asimilación o de cotización específica para el reconocimiento del grado más elevado de IP. Ello sobre la base de que estamos en una situación unitaria que ha de ser valorada globalmente, de manera que no puede tratarse de la separación de ambos grados de invalidez como si de dos supuestos diferentes de hecho causante se tratara a todos los efectos, incluyendo la exigencia de aquellos requisitos que para una declaración de IP son ineludibles.

### **e) Compatibilidad e incompatibilidades**

Las **SSTS de 29 de octubre de 2004**, u.d., I.L. J 2004, y **de 26 de noviembre de 2004**, I.L. J 2387, reiteran la doctrina jurisprudencial donde se establece que de la interpretación de los artículos 137.1 y 2 y 141.1 LGSS, se deduce que el derecho a la compatibilidad de la pensión de IPT con el desarrollo de una profesión distinta y tareas diversas a aquellas para las que fue declarado en situación de IPT, por lo que resulta innecesario analizar si las secuelas que fueron tenidas en cuenta para esa declaración también inhabilitaban para la realización de las tareas básicas de la nueva profesión. Pues aunque ello ocurriese, estaríamos ante un supuesto de afectación de la capacidad que permitiría a empresario y trabajador mermar la retribución de los servicios prestados, pero nunca les obligaría a hacerlo y, desde luego, carece de incidencia en el derecho que el demandante tiene a cobrar la prestación que percibe. Así pues, la declaración de incapacidad para una determinada profesión no cabe extenderla “en sus efectos jurídicos a otras, en modo alguno analizadas a la hora de realizar esa calificación”, incluso aunque ese trabajo distinto se desarrolle en la misma empresa. Nuestro ordenamiento no incompatibiliza el cobro de la pensión por incapacidad total con el desempeño de trabajos propios de profesiones distintas a aquella para la que ha sido declarado incapaz (**STS de 19 de noviembre de 2004**, u.d., I.L. J 2294).

## **4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA**

### **A) Requisitos del sujeto causante**

El fallecimiento. En relación con la exigencia de previa declaración de fallecimiento que, a los fines de las prestaciones por muerte y supervivencia, exige el artículo 7.2 de la Orden de 31 de julio de 1972, que desarrolla el Decreto 1646/1972, de 23 de junio, de presta-

## X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

ciones del Régimen General de la Seguridad Social, la STS de 15 de diciembre de 2004, I.L. J 2409, declara que tal exigencia va más allá de lo legalmente autorizado en la LGSS, incurriendo por ello en exceso *ultra vires*, por lo que no es norma reglamentaria válida y eficaz.

En efecto, el artículo 172.3 de la LGSS establece que “los trabajadores que hubieran desaparecido con ocasión de un accidente, sea o no de trabajo, en circunstancias que hagan presumible su muerte y sin que se hayan tenido noticias suyas durante los noventa días naturales siguientes al del accidente, podrán causar las prestaciones por muerte y supervivencia, excepción hecha del auxilio por defunción. Los efectos económicos de las prestaciones se retrotraerán a la fecha del accidente, en las condiciones que reglamentariamente se determinen”. Como se puede observar del tenor literal del precepto, la remisión reglamentaria sólo se produce a efectos de determinar la fecha de efectos económicos, y lo que hace el artículo 7.2, en relación con el 7.1, ambos de la Orden de 31 de julio de 1972, es establecer un nuevo requisito “la previa declaración de fallecimiento” para un determinado supuesto: la presentación de la solicitud después de transcurridos ciento ochenta días naturales siguientes a la expiración del plazo de noventa días posteriores a la desaparición de una persona con ocasión de un accidente, sea o no de trabajo, en circunstancias que hagan presumible su muerte, sin que, durante dicho período de noventa días, haya habido noticias suyas. Pues bien, en virtud de la redacción del artículo 172.3 de la LGSS, el reconocimiento de la prestación se produce sólo por el hecho de la desaparición sin noticias y en circunstancias que hacen presumir su muerte y lo que solamente puede hacer la norma reglamentaria es regular la retroacción de los efectos económicos de la prestación. Por ello, la consecuencia de la presentación de la solicitud después de transcurrido el expresado plazo es que los efectos económicos de la prestación se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha de la presentación, según lo previsto por el artículo 178 *in fine* de la LGSS.

### B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos

#### b) Orfandad

El artículo 9.1 del Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, en relación con el artículo 175 de la LGSS, establece que tendrán derecho a la pensión de orfandad los hijos del causante que a su fallecimiento tengan reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en un grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. En este sentido la STS de 21 de julio de 2000, y ya antes la de 28 de abril de 1999, señalaba que el derecho a la pensión de orfandad para los mayores de 18 está condicionado a que estén incapacitados para “todo” trabajo. Sobre un supuesto en el que el beneficiario tenía reconocida en el momento del hecho causante una minusvalía del 72 %, la **STSJ de Asturias de 23 de enero de 2004**, I.L. J 2036, deniega la pensión, argumentando que en ese supuesto no se demuestra que se carece por completo de capacidad de trabajo —sólo con ese porcentaje de minusvalía—, o lo que es lo mismo, que se dispone de una cierta capacidad laboral —aunque sea limitada—. Este argumento viene a poner de manifiesto la necesidad la intervención legislativa que establezca la equiparación de porcentaje de minusvalía a grado de incapacidad laboral, al menos a efectos de lo que aquí interesa, y mientras ello no se produzca, será necesario acreditar el alcance laboral de la incapacidad acreditada con porcentaje de minusvalía.

En relación con la posibilidad de reconocer la pensión de orfandad al menor que ha sido acogido –en un supuesto en que éste es acogido por su abuelo y la segunda esposa de éste, cuando fallece esta última–, es decir, si existe discriminación (artículo 14 CE), entre un supuesto de acogimiento permanente –no preadoptivo– (en un supuesto en el que no se puede realizar la adopción de un descendiente por la prohibición expresa del artículo 175.3.1 del CC), en relación con la hija del actor y la causante, la **STS de 3 de noviembre de 2004**, I.L. J 2068, deniega tal situación con los siguientes y acertados argumentos: a diferencia de la adopción, el acogimiento familiar (artículo 173.1 CC) produce unos efectos menores que los correspondientes a la relación entre adoptantes y adoptados, que son idénticos a los que resultan de la filiación por naturaleza; el acogimiento no rompe los vínculos del acogido con la familia por naturaleza y puede terminar por decisión de las personas que lo tienen acogido y a petición de los padres que tengan la patria potestad (artículo 173.3.1 y 2 CC). Además, de la literalidad del artículo 108 CC, sólo los menores adoptados tienen el carácter de filiación y a falta de norma expresa –civil o de seguridad social–, no cabe extender el precepto a otra situación (cabría otra opción legislativa, sin duda, pero ésta no se ha producido). Por último, desde el principio constitucional de igualdad, tampoco merece reproche la desigual protección, porque “la naturaleza, constitución y efectos de ambas situaciones son distintas y su régimen regulador en el Código Civil también es diferente”, por lo que no se puede alegar que a iguales supuestos de hecho se apliquen diferentes consecuencias jurídicas.

Merece destacar una última reflexión que realiza esta sentencia y que es de aprovechable a otras situaciones y supuestos: “la actual regulación legal, aunque pudiera ser criticada doctrinalmente, tampoco parece contraria al principio de protección social de la familia o de la infancia que tutela el artículo 39 de la CE, pues este precepto, que debe inspirar la actuación del poder público y de los tribunales, únicamente puede ser aplicado en los términos concretos en que una ley les reconozca (artículo 53 CE) y en todo caso no permite crear o ampliar por el cauce judicial, una prestación contributiva configurada por quien tiene competencia legislativa”.

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

M<sup>a</sup>. NIEVES MORENO VIDA

ÁNGEL J. GALLEGO MORALES

JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS

JOSÉ MARÍA VIÑAS ARMADA

SUSANA DE LA CASA QUESADA

**XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL****Sumario:**

1. Cuestión preliminar. 2. Organización. Administración laboral estatal y Administración laboral autonómica. 3. Jurisprudencia contenciosa en materia de Seguridad Social. Actas de liquidación. 4. Derecho Administrativo Sancionador. A) Procedimiento sancionador. B) Actas de la Inspección de Trabajo.

**1. CUESTIÓN PRELIMINAR**

En esta crónica se ponen de relieve los pronunciamientos judiciales que en materia de Administración Laboral aparecen publicados en los números 13, 14, 15 y 16 de 2004 de la revista *Información Laboral-Jurisprudencia*. Al tiempo, se dan asimismo a conocer otras sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que de momento no han sido recogidas en la citada colección de jurisprudencia y que se identifican a través de su número de recurso.

**2. ORGANIZACIÓN. ADMINISTRACIÓN LABORAL ESTATAL Y ADMINISTRACIÓN LABORAL AUTONÓMICA**

En relación a la organización de la Administración del Estado ha de hacerse mención a la **STS de 26 de enero de 2005**, recurso contencioso-administrativo 107/2003, Sala Tercera, no tanto por su resultado final, sino más bien porque a través de su argumentación contribuye a delimitar las materias objeto de regulación en que las organizaciones sindicales gozan de ciertos derechos de participación. Efectivamente, el fallo de la Sentencia se limita a desestimar la pretensión de nulidad del RD 904/2003, de 11 de julio, por el que se regula la Administración del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales en el exterior: en concreto, la norma se encarga de regular la denominación, definición, estructura y funciones de las Consejerías de Trabajo y Asuntos Sociales, así como el régimen del personal no directivo destinado a tales Consejerías. Con todo, el mayor interés de la Sentencia reside en el fundamento de tal desestimación: a tal efecto, y frente a la alegación del sindicato demandante, el Tribunal Supremo tiene en cuenta que las cuestiones reguladas en el RD 904/2003 se refieren a aspectos de carácter meramente organizativo, sin incidencia sobre las condiciones de trabajo, remuneración

y acceso del personal funcionario, razón por la cual concluye que, conforme a la Ley 9/1987, ha de entenderse que la norma impugnada no afecta a materias que exijan la previa audiencia de las organizaciones sindicales.

### 3. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL. ACTAS DE LIQUIDACIÓN

En este apartado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha hecho sino repetir criterios doctrinales absolutamente consolidados respecto al acceso a los recursos de casación ordinaria y para la unificación de doctrina de los pronunciamientos sobre resoluciones administrativas relativas a actas de liquidación de cuotas.

En una primera vertiente, la **STS de 10 de noviembre de 2004**, u.d., Sala Tercera, I.L. J 1979, recuerda los criterios para determinar el valor de las pretensiones sobre liquidación de cuotas a efectos de acceder al recurso de casación para la unificación de doctrina: así, insiste en la idea de que, a este fin, sólo debe tenerse en cuenta el débito principal (cuota), pero no los recargos, las costas ni cualquier otra clase de responsabilidad —de ahí que valore de forma independiente las cuantías correspondientes a las cuotas liquidadas y la correspondiente a una sanción administrativa recurrida de forma conjunta— [artículo 42.1.a) Ley 29/1998]; asimismo, vuelve a hacer también hincapié en que la cifra a considerar es la relativa a cada cuota mensual. Por ello, y aun cuando la suma de los descubiertos de cotización correspondientes a todo el período liquidado sí rebasa el mínimo legal establecido —más de tres millones de pesetas (artículo 96.3 Ley 29/1998)—, lo cierto es que, considerados por separado en su cuantía mensual, ninguno de ellos alcanza dicha cantidad, razón por la cual el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto.

En relación a una controversia distinta, la **STS de 23 de noviembre de 2004**, u.d., Sala Tercera, I.L. J 2156, refleja las reglas anteriores sobre la determinación de la *summa gravaminis*, pero además añade la aplicación de una doctrina, también asentada y expuesta en estas crónicas, relativa al régimen transitorio de recursos que corresponde a sentencias sobre impugnación de actas de liquidación, dictadas por Tribunales Superiores de Justicia con posterioridad a la entrada en vigor de la vigente Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pero que resuelven procesos pendientes antes de esa fecha, cuya competencia, conforme a la nueva ley, correspondería ahora a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo (artículos 8.3 y 10.2): en síntesis, la Sentencia recuerda que el régimen de recursos para estas sentencias es el fijado en la nueva Ley para las sentencias dictadas en segunda instancia, frente a las que, conforme a su normativa, no cabe recurso de casación, ni ordinario ni para la unificación de doctrina (Disposición Transitoria Primera, apartado 2, Ley 29/1998).

### 4. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

#### A) Procedimiento sancionador

En esta materia, el pronunciamiento de mayor interés es la **STS de 22 de noviembre de 2004**, Sala Tercera, I.L. J 2250, relativa al alcance del principio *non bis in idem* en un supuesto en que, estando en fase de revisión jurisdiccional una resolución administrativa sancionadora por infracción en materia de prevención de riesgos, el trabajador incoa un proceso penal por los mismos hechos, procediendo el Juzgado Contencioso-Administrativo a anular la sanción administrativa por no haber cumplido la Administración el mandato que a su juicio deriva del artículo 3.2 LISOS, consistente en tener que pasar el tanto de culpa a la jurisdicción penal o al Ministerio Fiscal cuando los hechos puedan dar lugar a un ilícito penal. En realidad, aun cuando el texto de esta STS de 22 de noviembre de 2004 aparece ahora publicado en el núm. 15 de la revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, lo cierto es que su contenido ya fue objeto de comentario en la crónica anterior, donde venía identificada con el número de recurso de casación en interés de ley 10/2004. Con todo, y aunque sea de forma sintética, sí cabe recordar cómo, en relación a estos supuestos en que se impone la sanción administrativa cuando aún no está abierto el proceso penal por los mismos hechos, el Tribunal Supremo considera que para que nazca la obligación de la Administración de pasar el tanto de culpa no basta con que los hechos puedan dar lugar a una hipotética o eventual calificación de la conducta como delito, sino que es necesario que “se evidencien al menos algunas circunstancias que así lo avalen aunque no sea con especial intensidad”.

Aun cuando referida al proceso laboral de oficio, merece también la pena hacer alusión a la **STS de 21 de octubre de 2004**, u.d., I.L. J 1902, dado su reconocido carácter prejudicial y de antecedente directo sobre la resolución del procedimiento administrativo sancionador. Incoado el litigio por la autoridad laboral para que, con carácter previo a la imposición de la sanción, la jurisdicción social se pronunciara sobre la existencia o no de cesión ilegal de trabajadores, la Sentencia se enfrenta a la obligación de esclarecer si el plazo de prescripción de un año previsto en el artículo 59.1 ET resulta o no aplicable a la demanda de este proceso laboral de oficio. Para dar solución al conflicto, el Tribunal Supremo aplica doctrina ya unificada por la STS de 2 de julio de 2004 y, de acuerdo con ella, subraya la no aplicación a esta acción judicial de los plazos estipulados en el artículo 59 ET, en tanto dicha demanda ni es una secuela del contrato de trabajo –dado que la autoridad laboral es un tercero en la relación laboral interpartes–, ni tampoco viene referida al resto de supuestos para los que el citado precepto prevé un plazo especial. En consecuencia, el Tribunal concluye que la determinación de si el derecho a sancionar se mantiene vivo o ha prescrito es una cuestión a debatir en el expediente sancionador y en los trámites posteriores, de ahí que anule la sentencia recurrida que había declarado prescrita la acción de interposición del procedimiento de oficio por aplicación del artículo 59 ET:

“la ejercitada en el procedimiento de oficio no se refiere a ninguna de esas cuestiones sino que tiene el designio de servir de presupuesto necesario para la aplicación de normas sancionadoras o de Seguridad Social, en cuyas esferas será posible alegar u oponer la prescripción cuando, como consecuencia de la sentencia estimatoria de la demanda de oficio,

pueda proseguir su curso el expediente administrativo sancionador, que había quedado interrumpido con la admisión a trámite de la demanda, según lo dispuesto en el artículo 150.2 LPL.

Por consiguiente, la prescripción que en su caso pueda alegarse no será la prevista para supuestos diferentes en el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores, (...), sino la específica de la conducta que se pretende sancionar”.

### **B) Actas de la Inspección de Trabajo**

La STSJ de Cataluña de 14 de octubre de 2004, I.L. J 2216, constituye un buen ejemplo para poner de relieve la relevancia probatoria que en el proceso laboral alcanzan las actuaciones de la Inspección de Trabajo. Referida en concreto a un supuesto en que el órgano inspector había instado el alta de oficio de unos monitores de esquí en el Régimen General de la Seguridad Social, la Sentencia confirma la procedencia de dicha alta al refrendar la naturaleza laboral de la relación, y a tal fin, arguye que las actas extendidas por la Inspección de Trabajo gozan de una presunción de veracidad que no ha quedado destruida en el juicio por la prueba en contrario aportada por la empresa.

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET  
MARÍA AMPARO GARCÍA RUBIO  
LUIS ENRIQUE NORES TORRES  
MERCEDES LÓPEZ BALAGUER  
AMPARO ESTEVE SEGARRA

**XII. EL PROCESO LABORAL****Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. Jurisdicción laboral. Competencia.** A) Competencia territorial. B) Relaciones civiles o mercantiles. Médico. C) Por razón de la materia. **3. Jurisdicción laboral. Incompetencia.** A) Contratos civiles o mercantiles. Actividad de seguros. B) Por razón de la materia. **4. Reclamación previa. 5. Actos de comunicación procesal. 6. Demanda. Requisitos. 7. Excepciones.** A) Falta de acción. B) Cosa juzgada. C) Litisconsorcio pasivo necesario. D) Prescripción. E) Inadecuación de procedimiento. F) Falta de legitimación activa. G) Falta de legitimación pasiva. H) Caducidad. I) Prejudicialidad. **8. Práctica de la prueba.** A) Grabación videográfica. Licitud. B) Ausencia de práctica de prueba. Necesaria protesta en el acto de juicio. C) Prueba documental. D) Carga de la prueba. a) Accidente de trabajo *in itinere*. b) Derecho extranjero. **9. Sentencia.** A) Incongruencia. a) Existencia. b) Inexistencia. B) Motivación. **10. Despido. Salarios de tramitación.** A) Limitación temporal. Requisitos. B) Responsabilidad de FO-GASA. C) Nombramiento de abogado de oficio. **11. Recurso de suplicación.** A) Afectación general. B) Legitimación. C) Modificación de hechos probados. D) Infracción de normas. E) Acceso al recurso. a) Procedimiento ordinario versus clasificación profesional. b) Jura de cuentas. **12. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** A) Contradicción. Requisitos materiales. B) Escrito de preparación. C) Escrito de interposición. D) Contenido casacional. Audiencia al rebelde. **13. Recurso de casación. Objeto. 14. Recurso de revisión.** A) Maquinación fraudulenta. B) Documentos que habilitan el recurso. C) Caducidad. **15. Recurso de amparo. Acceso a la jurisdicción. 16. Ejecución de sentencia.** A) Despido. mes de agosto. B) Condena de futuro. **17. Costas. Exención.**

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las resoluciones judiciales de especial interés que se refieren a cuestiones del proceso laboral, y que han sido publicadas en los números 13 a 16 (ambos inclusive) del año 2004 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*. Lo más destacable de la misma es la STS de 4 de noviembre de 2004, Sala de lo Social, I.L. J 2292, dictada en Sala General –a la que se formulan varios Votos particulares– sobre la carga de la prueba del derecho extranjero. Modificando anteriores pronunciamientos, esta sentencia declara que cuando, en virtud de una norma de conflicto, el derecho extranjero aplicable a una controversia no resulte probado en cuanto a su contenido y vigencia, la controversia habrá de resolverse aplicando, subsidiariamente, el derecho interno español.

## 2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

### A) Competencia territorial

La STS de 28 de junio de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 1874, haciéndose eco de la STS de 16 de febrero de 2004, Sala General, establece que en el orden social los Jueces y Tribunales no pueden controlar de oficio su propia competencia territorial. Asimismo, determina que, si bien no es posible admitir la sumisión expresa, ello no es óbice para que tenga plena operatividad y vigencia la sumisión tácita, puesto que puede ser un buen medio para reducir o paliar la situación de prevalencia del empresario sobre el trabajador. En este sentido se pronuncian las SSTs de 6 de mayo, 21 de octubre, 4 y 26 de noviembre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 2084, 2079, 1971 y 2225.

### B) Relaciones civiles o mercantiles. Médico

La STSJ de Galicia de 12 de mayo de 2004, I.L. J 1859, estima la competencia del orden social para conocer de la pretensión de un médico que solicita la extinción del contrato –formalmente mercantil– que le vincula a una compañía aseguradora por incumplimiento empresarial, toda vez que concurren las notas de ajeneidad y dependencia: la prestación de servicios se realiza dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa, con sometimiento a su círculo rector, disciplinario y organizativo. Y ello, a pesar de que presta sus servicios a través de una sociedad civil, constituida por él y su cónyuge, porque es él personalmente quien presta los servicios de manera exclusiva y porque, con anterioridad, había prestado los mismos servicios en régimen laboral.

### C) Por razón de la materia

La STS de 29 de octubre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 2267, ante una pretensión de un trabajador solicitando la continuidad de alta en la Seguridad Social, determina que las cuestiones relativas a declaración de altas y bajas en Seguridad Social deben atribuirse al orden social, sin perjuicio de la competencia del orden contencioso-administrativo

## XII. El Proceso Laboral

en materia de gestión recaudatoria. En este mismo sentido se pronuncia la STS de 2 de diciembre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 2358. La STS de 3 de noviembre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 2383, reitera la doctrina establecida por la STS de 18 de mayo de 1996: es competente el orden social para conocer de la jura de cuentas entablada por un letrado contra su propio cliente como consecuencia de la intervención de aquél defendiendo a éste en un proceso laboral, en base al artículo 12 LEC, en relación con la Disposición Adicional Primera LPL.

### 3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

#### A) Relaciones civiles o mercantiles. Actividad de seguros

La STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de julio de 2004, I.L. J 1987, estima que es incompetente el orden social para conocer de la extinción del contrato de un profesional que prestaba sus servicios para una compañía de seguros con la misión de formar a subagentes colaboradores y distribuir los grupos de trabajo, supervisando y controlando su actividad destinada a la producción de seguros. Su retribución era fundamentalmente a través de comisiones sobre primas de producción de subagentes, teniendo plena autonomía para la ejecución de su trabajo. Esta actividad no constituye una relación laboral en virtud de los artículos 1.1 y 2.1.f) ET, y los artículos 2.1.c) RD 1438/1985, de 1 de agosto y 4 y 171 de la Ley Reguladora de Producción de Seguros Privados (RD Leg. 1347/1985).

#### B) Por razón de la materia

La STS de 7 de julio de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 1877, declara de oficio la falta de jurisdicción del orden social para conocer sobre una pretensión de pago de cotizaciones, por cuanto el artículo 3.1.b) LPL excluye del ámbito de esta jurisdicción, no sólo las controversias sobre recaudación en sentido estricto, sino todas aquellas que tengan por objeto la declaración de la existencia de la obligación de cotizar o la determinación del importe y alcance de las cotizaciones, en aplicación del principio de unidad de jurisdicción. En este mismo sentido resuelven las SSTS de 16 de julio, 9 de septiembre, 5, 7 y 21 de octubre, 11, 15 y 26 de noviembre y 10 –dos– de diciembre de 2004, todas de la Sala Cuarta, I.L. J 1817, 2407, 1939, 1894, 1903, 2021, 2022, 2286, 2303 y 2307. La STS de 22 de noviembre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 2082, estima que el orden jurisdiccional social es incompetente para resolver la pretensión de un trabajadora del INSALUD solicitando que se declare su derecho a permanecer de alta en el RGSS mientras se mantenga su relación laboral y que se cotice por ella debidamente. Argumenta esta decisión en el artículo 3.1.b) LGSS que define la noción de recaudación como comprensiva de la actuación en vía ejecutiva, así como en período voluntario, incluyendo declaración de deuda, actas de liquidación, reclamaciones de deuda y actos recaudatorios conexos. La STS de 17 de septiembre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 1821, frente a la pretensión de una trabajadora de la Comunidad de Madrid reclamando una indemnización por retraso en proporcionarle un puesto de trabajo compatible con su incapacidad permanente, desestima el recurso por considerar que se trata de una responsabilidad de una Administración Pública, siendo competente para resolver el orden contencioso-administrativo, toda vez que la indemni-

zación solicitada no deriva de un incumplimiento del contrato laboral. La **STSJ de Navarra de 30 de abril de 2004**, I.L. J 2184, reitera la incompetencia del orden social para conocer de la demanda de unos trabajadores en materia de despido nulo por infracción del derecho a la libertad sindical, porque la extinción de sus contratos se produjo como consecuencia de su inclusión en un ERE, con acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores y aprobación de la autoridad laboral.

#### 4. RECLAMACIÓN PREVIA

La **STS de 21 de octubre de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 2013, ante el caso de un socio trabajador que ejercita una acción de despido sin haber cumplido el requisito previo de reclamación ante la asamblea general (exigido por el artículo 79 de la Ley 9/1998, de 22 de diciembre, de Cooperativas de Aragón), desestima el recurso de la cooperativa (alegando tal omisión) porque los trámites previos al proceso establecidos para tratar de evitarlo, no participan del carácter exigible para recurrir. Por ello, no se han quebrantado formas esenciales del juicio por infracción de normas rectoras de los actos y garantías procesales que hubieran podido causar indefensión [artículo 204.c) LPL]. Además entiende que las actuaciones preprocesales no forman parte del proceso, ni por ello su omisión ha podido ser causa de indefensión procesal. Finalmente, atendiendo a un criterio de razonabilidad, expresa que es ilógico y opuesto a la economía procesal utilizar un recurso extraordinario para adoptar una decisión de nulidad con el fin de iniciar un trámite previo al proceso que ya ha demostrado su inutilidad como medio de evitarlo. La **STSJ de Extremadura de 2 de noviembre de 2004**, I.L. J 2254, establece que cuando se ejercite una acción que implique la interpretación de los preceptos de un convenio colectivo, y este convenio determine la obligatoria reclamación previa ante la Comisión Paritaria, siguiendo la doctrina de la **STS de 27 de septiembre de 1999**, es necesario cumplir con tal requisito con carácter previo. Si no se hace, se desestima la pretensión por incumplimiento de las formalidades procesales sin que ello suponga cercenar el derecho a la tutela judicial efectiva. La **STS de 7 de diciembre de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 2417, establece que el principio de legalidad que inspira la actuación jurisdiccional y el carácter instrumental de la reclamación previa, que no debe limitar la función revisora de las resoluciones administrativas llevadas a efecto por los órganos judiciales, impiden el que pueda hacerse abstracción en juicio de aquellos hechos que, constando en el expediente administrativo, no han sido formalmente invocados como causa de la resolución denegatoria impugnada en juicio.

#### 5. ACTOS DE COMUNICACIÓN PROCESAL

La **STS de 23 de noviembre de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 2385, entiende que la parte actora cometió maquinación fraudulenta, entendiéndose que bajo este concepto han de subsumirse no sólo las maniobras del actor con miras a sustraer al demandado del conocimiento del proceso dirigido contra él, sino también la conducta consistente en omitir la mínima diligencia destinada a suministrar al órgano judicial el conocimiento del domicilio

## XII. El Proceso Laboral

del demandado y evitar así la indefensión que pueda producir la citación por edictos. La STS de 15 de diciembre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 2418, establece que cuando se hayan incumplido las normas que rigen la práctica de las diligencias de comunicación, se produce una imposibilidad teórica de acceso a la contradicción por la parte con la que debió entenderse la diligencia defectuosa y, por ello, su incomparecencia produce indefensión.

### 6. DEMANDA. REQUISITOS

En la STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de febrero de 2004, I.L. J 2171, se establece que la calificación como “contrato de depósito” de la entrega de una cantidad por el empresario al trabajador para que dispusiera de cambio no constituye un hecho nuevo introducido en el trámite de ratificación de la demanda sino una mera calificación jurídica. La STSJ de Galicia de 31 de mayo de 2004, I.L. J 1927, desestima la alegación de nulidad de actuaciones en el recurso de suplicación formulado, al considerar que la demanda disponía de los datos básicos para que la parte pudiera formular las causas de oposición que entendiera pertinentes sin que se lesionara, por tanto, su derecho de defensa. La STC 203/2004, de 16 de noviembre, recurso de amparo 2689/2002, I.L. J 1787, acoge el amparo interpuesto contra la decisión de archivo de la demanda formulada en la instancia y fundamentada en la falta de subsanación de defectos, entendiendo que la información requerida ya constaba en la misma, habiendo actuado el demandante en todo momento con la diligencia suficiente.

### 7. EXCEPCIONES

#### A) Falta de acción

En la STS de 2 de diciembre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 2358, se estima la excepción de falta de acción opuesta contra una demanda declarativa para el reconocimiento del vínculo laboral una vez finalizada la relación laboral, no siendo competente dicha jurisdicción para analizar otras cuestiones como las relativas a las cuotas devengadas a la Seguridad Social. También estima la excepción de falta de acción la STS de 9 de diciembre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 2406, en un procedimiento por despido. Considera el TS que la cláusula convencional en la que se establece un pacto de la jubilación obligatoria tiene plena eficacia por ser anterior a derogación de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (“Estatuto de los Trabajadores”).

#### B) Cosa juzgada

La STSJ de Cantabria de 1 de octubre de 2004, I.L. J 2158, estima la excepción de cosa juzgada por entender que si los actores pudieron haber fundamentado su acción inicial en diferentes títulos jurídicos, no puede reservarse su alegación para un nuevo proceso ulterior. En la STS de 20 de octubre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 1948, se declara que, pese a que en los procesos anteriores puestos en comparación se ejercitaran acciones distintas

por sujetos diferentes en cada una de ellas, ello no excluye el efecto de cosa juzgada material por haberse debatido en todos ellos la misma cuestión, existiendo, por tanto, identidad en la causa de pedir y en los sujetos litigantes. La **STS de 26 de octubre de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 2071, señala que no cabe equiparar el instituto jurídico de la cosa juzgada y el de la litispendencia, a efectos de interponer el correspondiente recurso de casación para la unificación de doctrina, por lo que no se admite a trámite el mismo.

### **C) Litisconsorcio pasivo necesario**

La **STSJ de Valencia de 23 de junio de 2004**, I.L. J 2129, declara que no cabe apreciar litisconsorcio pasivo necesario en un supuesto en el que existe responsabilidad solidaria entre las diferentes empresas potencialmente afectadas, quedando a criterio del acreedor el número de demandados a llamar al proceso y sin perjuicio de las acciones de repetición entre las mismas. Dicha sentencia se dicta en un supuesto en el que dos trabajadores contratados por una empresa de trabajo temporal demandan por despido única y exclusivamente a la empresa usuaria –finalmente condenada–.

### **D) Prescripción**

La **STS de 29 de abril de 2004**, Sala Cuarta, I.L. 1867, establece que la pensión de jubilación reconocida al demandante en el sistema de Previsión Sanitaria Nacional debe regirse en defecto de previsión expresa en sus propias disposiciones por el sistema de normas básicas de la Seguridad Social, incluida la regulación en materia de prescripción. Dos votos particulares contradicen la posición mayoritariamente sostenida por el Tribunal. La **STS de 5 de mayo de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 1931, establece que el plazo de prescripción que resulta de aplicación para las mejoras de la Seguridad Social es el de cinco años, en virtud de lo dispuesto en el artículo 43 LGSS. En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Cantabria de 1 de octubre de 2004**, I.L. 2158. En la **STS de 21 de octubre de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 1902, se reitera la doctrina ya unificada en virtud de la cual al procedimiento de oficio iniciado por la Inspección de Trabajo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149 LPL, le es de aplicación el plazo de prescripción establecido por el derecho sancionador a la conducta analizada, y no el que establece el artículo 59 ET. De acuerdo con la **STS de 26 de octubre de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 2272, el carácter hábil del mes de agosto para el procedimiento por despido afecta a todos los trámites del mismo, incluidos los recursos y el proceso de ejecución de sentencia. La **STS de 24 de noviembre de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 2090, señala que la tramitación de un procedimiento declarativo para el reconocimiento del carácter laboral de la relación no afecta a la obligación del actor “(...) a reaccionar en evitación de la prescripción porque ésta no comienza a computarse a partir de la sentencia declarativa antecedente, sino desde la fecha en que habiéndose denegado la correspondiente retribución, no se hizo efectivo el momento legalmente previsto para el pago (...)”. La **STS de 24 de noviembre de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 2431, estima que el FOGASA, como responsable subsidiario, puede alegar prescripción pese a no haberlo hecho la empresa como obligado principal. Por último, de acuerdo con la **STS de 26 de noviembre de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 2024, el plazo de prescripción para la

## XII. El Proceso Laboral

acción de nulidad instada en revisión del reconocimiento de una pensión de viudedad es de cinco años, de acuerdo con el artículo 145.3 LPL.

### E) Inadecuación de procedimiento

La STS de 7 de octubre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 1827, establece que el procedimiento de clasificación profesional debe articularse en aquellos casos en los que la reclamación se funde en el desempeño de actividades de categoría superior, siendo por tanto imprescindible para el proceso la determinación de las circunstancias en las que se desarrollaba el trabajo, pero no cuando ésta se funde en la interpretación de preceptos legales o convencionales. Las SSTs de 3 y 9 de diciembre de 2004, ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 2304 y 2351, declaran que no es válida la obligación de sometimiento a arbitraje de equidad impuesta a los socios de una cooperativa a través de sus estatutos, por lo que se desestima la excepción de inadecuación de procedimiento alegada de contrario.

### F) Falta de legitimación activa

La STSJ de Madrid de 5 de julio de 2004, I.L. J 1930, estima la excepción de falta de legitimación activa del sindicato actuante por entender que éste no está facultado para convocar en asamblea a la totalidad de los trabajadores de una empresa, sino que el derecho de reunión se concreta a favor de los trabajadores afiliados al sindicato. Por su parte, la STS de 28 de octubre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 2271, reconoce la legitimación de un sindicato para promover que los servicios de radiología estén conformados por personas provistas de la titulación requerida, considerando que pese a no ser el sindicato titular de un derecho subjetivo en el sentido estricto sí existe un “(...) vínculo o conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada (...)”.

### G) Falta de legitimación pasiva

En la STSJ del País Vasco de 25 de octubre de 2004, I.L. J 2219, se dirime la legitimación del demandado en un procedimiento por despido en el que el actor alcanzó un acuerdo con su empleador principal para la extinción de su contrato de trabajo, demandado con posterioridad a otra empresa del grupo para la que prestaba servicios simultáneamente. El TSJ entiende que las circunstancias concurrentes no implican un doble contrato de trabajo, por lo que se estima la excepción de falta de legitimación pasiva de la demandada.

### H) Caducidad

La STS de 4 de octubre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 1892, reitera la doctrina ya unificada por la que las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que no se ejecuten siguiendo las exigencias formales del artículo 41 ET no están sometidas al plazo de caducidad ni al procedimiento establecido en el artículo 138 LPL. De acuerdo con lo establecido en la STS de 10 de noviembre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 2236, el plazo de veinte días para la subsanación por la empresa de la carta de despido, lo es de caducidad y, al no tratarse de un plazo procesal, deben computarse los días inhábiles. La STS de 16 de noviembre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 2015, establece que no puede apreciarse la

excepción de caducidad alegada en un supuesto en el que se había interpuesto contra la decisión extintiva una reclamación previa ya que “(...) una errónea elección de una de las vías previas, originada por la aparente dudosa naturaleza jurídica de la entidad demanda, no puede llevar a la conclusión de enervar la defensa judicial del trabajador (...)”, menos aún, se argumenta, cuando no se ha lesionado el derecho de defensa o las posibilidades de transacción de la demandada. Por último, la **STC 252/2004, de 20 de diciembre**, recurso de amparo 985/2003, I.L. J 2067, señala que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva la apreciación del instituto de la caducidad “(...) cuando la presentación de la demanda fuera de plazo legalmente previsto tiene su origen en una indicación errónea de plazos de la Administración (...)”. En el mismo sentido se pronuncia la **STS de 17 de diciembre de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 2339.

### **I) Prejudicialidad**

La **STSJ de Valencia de 24 de junio de 2004**, I.L. J 2198, señala que la interposición de un conflicto colectivo suspende los procedimientos individuales hasta su resolución por sentencia firme, por lo que anula lo actuado retrotrayendo las actuaciones al momento de la apertura de juicio oral.

## **8. PRÁCTICA DE LA PRUEBA**

### **A) Grabación videográfica. Licitud**

La **STSJ de Madrid de 6 de julio de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 1855, analiza la licitud de una grabación videográfica obtenida por la empresa, que colocó unas cámaras en el lugar de trabajo para verificar determinadas irregularidades que afectaban al cobro, inventario y facturación. El Tribunal analiza si esta medida cumple con el juicio de ponderación, atendiendo a su carácter idóneo (verificar exclusivamente las irregularidades de las que se sospechaba), equilibrado (la grabación se limitaba a la zona dónde podían cometerse dichas irregularidades) y necesario (no podía obtenerse prueba de todo ello salvo con esta medida), para concluir que “(...) no cabe calificar la actuación empresarial como ilegítima intrusión en el derecho a la intimidad de los trabajadores (...) fue indispensable y estrictamente necesaria para satisfacer el interés empresarial merecedor de tutela y protección (...)”.

### **B) Ausencia de práctica de prueba. Necesaria protesta en el acto de juicio**

La **STC 201/2004, de 15 de noviembre**, recurso de amparo 2535/2003, I.L. J 1786, acoge el amparo solicitado y anula la sentencia de suplicación que había desestimado el motivo por el cual se denunciaba la indefensión padecida al haberse denegado en la instancia la práctica propuesta de una grabación magnetofónica, y constar en las actuaciones judiciales la protesta en el juicio del demandante en amparo. A juicio del TC, el TSJ incurrió en un error patente únicamente imputable al órgano judicial que ha producido

## XII. El Proceso Laboral

efectos negativos en la esfera jurídica de quien lo invoca, que ha visto desestimadas sus pretensiones. Por otro lado, la STS de 27 de octubre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 1965, desestima el motivo del recurrente por quebrantamiento de forma fundamentado en que, habiéndose admitido la aportación de contrario de determinados documentos, éstos no fueron aportados a los autos. Entre otras razones, declara el TS que no puede estimarse la pretensión por motivos formales: el recurrente no hizo constar en el acta de juicio su protesta formal.

### C) Prueba documental

Ante la falta de aportación de determinada prueba en la instancia, y la denuncia en casa-ción de quebrantamiento de forma, la STS de 27 de octubre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 1965, analiza si es prueba documental, a los efectos de lo establecido en el artículo 94 LPL y artículos 328 y 329 LEC, la elaboración en un soporte formalmente documental de unos informes sobre una serie de datos solicitados por la parte actora. Razona el TS que la prueba que se solicitó no es propiamente la aportación o exhibición de documentos previamente existentes y en poder de la otra parte, siendo “(...) cuestionable, si no abusivo, que una parte pueda obligar a la otra a desarrollar una labor inquisitiva para fundar la pretensión de la contraria (...)”. Además, el TS entiende que dicha prueba no era decisiva en términos de defensa y que “(...) se practicó en la única forma que resultaba posible y conforme con su naturaleza real, que resulta más próxima al interrogatorio de la parte (...)”.

### D) Carga de la prueba

#### a) Accidente de trabajo *in itinere*

La STSJ de Valencia de 25 de junio de 2004, I.L. J 2197, con cita de las SSTS de 16 de noviembre de 1998 y 30 de mayo de 2000, declara que la carga de la prueba incumbe y recae sobre el que afirma el carácter laboral del accidente *in itinere*, debiendo probarse plenamente el nexo causal con el trabajo, sin que quepa presunción alguna.

#### b) Derecho extranjero

La STS de 4 de noviembre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 2292, declara que son las partes las que tienen que alegar y acreditar el derecho extranjero cuando la norma de conflicto señala que éste es el que resulta aplicable y, en caso contrario, la controversia habrá de resolverse aplicando, subsidiariamente, el derecho interno español. La anterior doctrina del TS, que ya se había pronunciado sobre esta cuestión, venía a sostener que la falta de alegación y prueba del derecho extranjero no puede conducir a la aplicación de la ley española, pues ello equivaldría al absurdo de sancionar la omisión de prueba deliberadamente querida de la norma extranjera, con la aplicación de la ley española, cuando se considere que ésta es más beneficiosa, insistiendo en que la ausencia de prueba del derecho extranjero ha de conducir a la desestimación de la pretensión. En esta sentencia el TS se apoya en varias sentencias del TC (SSTC 10/2000, de 17 de enero, 155/2001, de 2 de julio y 33/2002, de 11 de febrero) que considera esta doctrina jurisprudencial más respetuosa con el contenido

del artículo 24.1 CE que la solución de tener por decaída la demanda, dado que el Derecho español, con carácter sustitutorio del que resulta aplicable, también puede ofrecer, en una situación de tráfico externo, la respuesta fundada en Derecho que el citado precepto constitucional exige. Por tanto, no se estima constitucionalmente aceptable que el Tribunal del Orden Jurisdiccional Social obvie un pronunciamiento de fondo cuando no queda acreditada la legislación extranjera, en el supuesto de que —como aquí ocurre— la norma de conflicto la señale como aplicable. Ante dicha circunstancia, ha de aplicarse, subsidiariamente, la *lex fori*, y por tanto, en este caso, la legislación laboral española.

## 9. SENTENCIA

### A) Incongruencia

#### a) Existencia

La trabajadora demandante había solicitado en su demanda una incapacidad permanente absoluta y, subsidiariamente, una total para su profesión habitual. El Juzgador de instancia se limitó a valorar las secuelas de la recurrente en relación con la pretensión principal, desestimándola, sin pronunciamiento alguno sobre la petición subsidiaria. La **STS de 18 de noviembre de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 2026, declara la existencia de incongruencia omisiva, al dejarse sin respuesta una de las cuestiones planteadas, siendo esta desviación de tal naturaleza que supone una sustancial modificación de los términos en que ha discurrido la controversia procesal. Otro supuesto de incongruencia omisiva se encuentra en la **STS de 28 de septiembre de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 1935, que declara dicho defecto al no haberse analizado la pretensión de nulidad de un concreto acuerdo contenido en un pacto de empresa y que se postuló en el escrito de ampliación de la demanda. A su vez, la **STS de 27 de octubre de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 2270, igualmente estima que existe incongruencia omisiva en la sentencia dictada en suplicación. En el supuesto analizado, la parte actora reclamaba el derecho a pensión de incapacidad permanente absoluta y, subsidiariamente, incapacidad permanente total. La sentencia de instancia estimó la pretensión principal y, recurrida dicha sentencia por el INSS, el TSJ de Madrid estimó el recurso revocando en su integridad la sentencia de instancia, sin razonar sobre la petición subsidiaria de incapacidad permanente total y sin que ello, a la vista de las circunstancias del caso, pudiera ser entendido como respuesta tácita a dicha petición. Por último, la **STS de 10 de diciembre de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 2259, declara la existencia de incongruencia en un supuesto de conflicto colectivo en el que la sentencia otorga algo distinto de lo pedido.

#### b) Inexistencia

Para la STSJ del País Vasco de 2 de febrero de 2004, I.L. J 2115, el concepto de incongruencia engloba dos situaciones: (i) que se conceda más de lo pedido, menos de lo opuesto por la parte demandada o algo distinto de lo controvertido, y (ii) que se omita pronunciamiento y resolución de alguna pretensión que haya sido debatida en el pleito. A

## XII. El Proceso Laboral

la vista de lo anterior, el TSJ entiende que no existe incongruencia en la sentencia de instancia al concurrir una total adecuación entre lo pedido por la parte actora y lo resuelto por el juez *a quo*, sin que se haya omitido ninguna cuestión sometida a discusión. Igualmente, la STSJ del País Vasco de 26 de octubre de 2004, I.L. J 2118, estima la inexistencia de incongruencia en la sentencia que condena solidariamente a las demandadas al declararse la existencia de sucesión de empresa, cuando lo querido por la parte demandante era la condena solidaria de las mismas por constituir éstas un grupo de empresas. Razona el TSJ que “(...) no es incongruente que un órgano judicial aplique, por derivación, las consecuencias legales de una petición, aunque no hayan sido solicitadas expresamente por las partes, siempre que vengan impuestas por normas de derecho necesario, o que concedan efectos no pedidos por las partes a condición de que se ajusten al objeto material del proceso (...)”.

### B) Motivación

La STSJ de Cataluña de 13 de julio de 2004, I.L. J 1921, desestima el motivo de suplicación basado en la falta de motivación de la sentencia de instancia. Razona el Tribunal que el Juez *a quo* expone de forma adecuada y suficiente los elementos de convicción en los que fundamenta el relato de hechos probados, de forma que el recurrente pueda proceder a su impugnación, por lo que no existe ausencia de motivación fáctica ni jurídica.

## 10. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

### A) Limitación temporal. Requisitos

La STSJ de Extremadura de 23 de enero de 2004, I.L. J 2109, razona sobre si deben o no limitarse los salarios de tramitación hasta la fecha del depósito judicial, en un caso en el que la cantidad indemnizatoria objeto del mismo fue inferior a la que resultó de la condena. En este sentido, al existir discrepancias en el salario regulador debido a la aplicación de uno u otro convenio colectivo, así como al derecho a percibir un variable por parte de la actora, el Tribunal considera que existe error excusable que obedece a una causa razonable y, en consecuencia, declara la limitación de los salarios de trámite. La STS de 17 de septiembre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 1884, establece que cuando la empresa en el acto de conciliación reconoce la improcedencia del despido y ofrece las cantidades correspondientes a la indemnización y salarios de tramitación, proponiendo su pago en el plazo de 24 horas, y por tanto sin hacer una entrega inmediata de las cantidades, siendo tal ofrecimiento rechazado por el trabajador, la consignación en el Juzgado en el plazo de 48 horas de tales cantidades implica la limitación del importe de los salarios de tramitación hasta la fecha de la conciliación, de acuerdo todo ello con el artículo 56.2 del ET.

### B) Responsabilidad de FOGASA

La STSJ de Cataluña de 22 de enero de 2004, I.L. J 2105, determina que cuando la empresa ha reconocido la improcedencia del despido en conciliación judicial, acordando el pago aplazado de indemnización y salarios de tramitación, si se incumple dicho

pago, FOGASA no tiene obligación de pagar al trabajador la cuantía de la indemnización por no haberse reconocido en sentencia o resolución administrativa (artículo 33.2 ET), pero sí la cantidad de salarios de tramitación garantizada (con los límites legales del RD 2817/1998) por dicho organismo.

### **C) Nombramiento de abogado de oficio**

No procede descontar del cómputo de los salarios de tramitación, el tiempo transcurrido entre la solicitud de abogado de oficio del actor y su nombramiento. Ésta es la conclusión que alcanza la **STSJ de Cantabria de 10 de marzo de 2004**, I.L. J 2095, ya que sólo puede privarse al trabajador de este derecho si hubiera incurrido en manifiesto abuso de derecho, lo que no sucede en el caso enjuiciado.

## **11. RECURSO DE SUPLICACIÓN**

### **A) Afectación general**

Las **SSTS de 3 de noviembre de 2004** (dos), Sala Cuarta, I.L. J 2017 y 2273, respectivamente, recuerdan que la doctrina en la materia ha sido unificada y reelaborada recientemente en las **SSTS de 3 y 14 de octubre de 2003** y **5 de diciembre de 2003**, y conforme a la cual “(...) la afectación general es un concepto jurídico indeterminado que, aunque tiene una base fáctica, no se agota en ella, sino que la trasciende (...)”. Así, será el juez de instancia el primero que deberá analizar y resolver si en el litigio concurre o no afectación general, si bien, tanto las Salas de lo Social de los TTSSJ como la del TS tendrán similar amplitud y libertad de decisión.

### **B) Legitimación**

Al analizar la legitimación de las partes para recurrir en suplicación, la **STS de 10 de noviembre de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 2279, declara que el artículo 448 LEC debe interpretarse de forma permisiva, por cuanto el perjuicio al que se refiere la mencionada disposición existe respecto de cualquier diferencia perjudicial entre lo pedido por la parte y lo concedido por el Juzgado pudiendo ser “(...) muy variado y afectar a aspectos accesorios a la pretensión principal (...)”. En consecuencia, el TS admite la legitimación para recurrir en suplicación de la parte absuelta que tiene el propósito de corregir aquellas declaraciones o hechos probados perjudiciales para sus intereses.

### **C) Modificación de hechos probados**

Los requisitos exigidos para que prospere el motivo del recurso de suplicación dirigido a la revisión de hechos probados son, entre otros, los siguientes: (i) la equivocación que se imputa al juzgador ha de resultar patente de los documentos o pruebas periciales

## XII. El Proceso Laboral

obrantes en autos; (ii) se han de señalar los párrafos a modificar, ofreciendo un texto alternativo, debiendo el recurrente no sólo expresar cuáles son los hechos impugnados, sino también indicar cómo pretende que se que tengan por rectificadas o ampliados; (iii) el texto cuya adición, supresión o modificación se solicita no debe quedar desvirtuado por otras pruebas practicadas en autos, y (iv) las modificaciones propuestas deben ser trascendentes para la resolución de las cuestiones planteadas en el recurso. Así se manifiestan la STSJ de Cataluña de 21 de julio de 2004, I.L. J 1922, y la STSJ de Madrid de 7 de junio de 2004, I.L. J 1997.

### D) Infracción de normas

La STSJ de La Rioja de 19 de octubre de 2004, I.L. J 2119, establece que, dado que el artículo 194 LPL dispone que en el escrito de interposición de recurso se deberán citar las normas del ordenamiento jurídico que se consideran infringidas, en aquellos casos en los que no se denuncie infracción concreta, no podrá el Tribunal apreciar de oficio error alguno en la interpretación o aplicación de la normativa en la sentencia de instancia.

### E) Acceso al recurso

#### a) Procedimiento ordinario versus clasificación profesional

Frente a lo declarado en la sentencia dictada en suplicación, que inadmitió el recurso contra la sentencia de instancia por entender que, tratándose de un proceso de clasificación profesional, no cabía recurso contra la misma, la STS de 10 de noviembre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 2019, afirma que, si lo que las partes postulan es la adecuación de las funciones laborales que vienen desarrollando desde el inicio del contrato de trabajo con un determinado nivel profesional y salarial que, por el contrario, sí tienen otros trabajadores con un cometido idéntico o similar, “(...) se está ante una pretensión procesal perfectamente encajable dentro del proceso ordinario, y que, por ende, debe tener acceso al recurso de suplicación (...)”. Asimismo y conforme a lo establecido en la STS de 26 de octubre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 2427, también tendrán acceso a suplicación aquellas pretensiones o reclamaciones cuyo contenido se refiera a la definición de puestos y grupos profesionales establecidas en un pacto de empresa, por cuanto, en este caso, no se trataría de una reclamación de clasificación profesional, sino de una pretensión vinculada a la efectividad y alcance de un pacto de empresa.

#### b) Jura de cuentas

El Auto por el que el juzgado de instancia declara su incompetencia por razón de la materia para conocer de la “jura o manifestación de cuentas”, es susceptible de recurso de suplicación y ello con independencia de la cuantía de lo reclamado. Así lo declara la STS de 3 de noviembre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 2222.

## 12. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

### A) Contradicción. Requisitos materiales

Las SSTS de 4 de noviembre y 2 de diciembre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 2228 y 2357, afirman que la necesidad de contradicción del artículo 217 LPL exige que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales, sin que quepa una comparación abstracta de doctrinas. Así, resulta necesario que en el escrito de recurso exista tanto una descripción de los datos de hecho de las sentencias sometidas a comparación y de las pretensiones deducidas en cada una de ellas, como una argumentación suficiente a fin de evidenciar la existencia de una oposición y contradicción de pronunciamientos. Según las SSTS de 16 de julio y 16 de noviembre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 2311 y 2390, para que pueda apreciarse la identidad en el plano exclusivo de la homogeneidad procesal, es necesario que, habiéndose propuesto en las sentencias contradictorias como tema de decisión la existencia de una infracción procesal, aquéllas lleguen a soluciones diferentes, siendo preciso, en todo caso, que las irregularidades procesales sean el núcleo de la argumentación o *ratio decidendi* de las sentencias.

### B) Escrito de preparación

Las SSTS de 26 de octubre y 11 de noviembre de 2004 (dos), Sala Cuarta, I.L. J 1961, 1977 y 2093, haciendo una extensa referencia a la más reciente doctrina del TS sobre esta cuestión —entre otras, SSTS de 11 de marzo, 6 y 7 de abril, 27 de mayo y 27 de octubre de 2004—, desestiman los recursos de casación para la unificación de doctrina por no cumplir la preparación las exigencias formales del artículo 219.2 LPL y, en concreto, por no identificar el núcleo básico de la contradicción, determinando de manera satisfactoria el sentido y alcance de las divergencias existentes entre las resoluciones comparadas, aunque se citen las sentencias que se consideran contradictorias con las recurridas. Las mencionadas sentencias entienden que dichos defectos formales son insubsanables y que procede, por tanto, la inadmisión del recurso.

### C) Escrito de interposición

La STS de 25 de octubre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 2007, desestima el recurso de casación interpuesto al invocarse en el escrito de interposición un concepto retributivo totalmente distinto al que fue inicialmente reclamado en la demanda. Lo contrario equivaldría a “(...) a construir el recurso la Sala, y a la imposibilidad de resolver con un mínimo de congruencia sobre lo realmente discutido (...)”. Por su parte, las SSTS de 15 de junio y 9 de diciembre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 2309 y 2362, desestiman los recursos interpuestos al no ser firmes las sentencias de contraste aportadas en el momento de dictarse la sentencia objeto del recurso.

## XII. El Proceso Laboral

### D) Contenido casacional. Audiencia al rebelde

La STS de 21 de octubre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 2209, en un supuesto relativo a una sentencia recaída en un proceso de audiencia al rebelde, manifiesta que, conforme a lo establecido en el artículo 505.1 LEC –de aplicación supletoria de la LPL– y lo manifestado en anteriores SSTs de 14 de abril de 2003 y 6 de julio de 2004, no procede la interposición de recurso de casación en los procesos de audiencia al rebelde.

### 13. RECURSO DE CASACIÓN. OBJETO

La STS de 26 de noviembre de 2004, Sala Tercera, I.L. J 1983, desestima la casación porque lo alegado por la parte recurrente fue la infracción por falta de motivación de las resoluciones impugnadas, y ello “(...) es ajeno al recurso de casación que tiene por único objeto la sentencia recurrida y no la actuación de la administración (...)”. Por su parte, la STS de 24 de noviembre de 2004, Sala Tercera, I.L. J 1985, desestima igualmente el recurso de casación interpuesto por cuanto la finalidad de la casación es la de corregir errores en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico y no someter a revisión la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia.

### 14. RECURSO DE REVISIÓN

#### A) Maquinación fraudulenta

Las SSTs de 29 de octubre y 23 de noviembre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 2086 y 2385, afirman que la maquinación fraudulenta es un artificio que implica una actuación maliciosa realizada mediante falacia o engaño por el litigante vencedor, con consciente y deliberado aprovechamiento a través de actos directos e inmediatos que provocan una grave situación de irregularidad procesal, con indefensión de la contraparte. En el primero de los casos, la Sala entiende que no se produjo dicha maquinación por cuanto el domicilio señalado en la demanda de despido era el de la empresa antes del despido y en la fecha de la demanda de revisión. Por su parte, la segunda sentencia estima que concurren las circunstancias para declarar la existencia de “maquinación fraudulenta”, dado que el actor ocultó de manera maliciosa el domicilio de la empresa en el que se recogía el correo.

#### B) Documentos que habilitan el recurso

En la STS de 26 de noviembre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 2388, se desestima el recurso de revisión, puesto que el documento que se invoca carece de las condiciones requeridas por el artículo 510.1 LEC, ya que está fechado 10 meses después de dictarse la sentencia que se pretende revisar, y es doctrina consolidada del TS que, a estos efectos, son documentos habilitantes aquellos que existían con anterioridad a la fecha de la sentencia.

**C) Caducidad**

A fin de computar el plazo de tres meses para interponer el recurso de revisión, la STS de 30 de junio de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 2264, señala que “(...) pesa sobre el demandante de revisión el gravamen de fijar con precisión la fecha en la que tuvo conocimiento de la causa de impugnación, para efectuar el cómputo de fechas (...)”.

**15. RECURSO DE AMPARO. ACCESO A LA JURISDICCIÓN**

La STC 252/2004, de 20 de diciembre, recurso de amparo 985/2003, I.L. J 2067, analiza la existencia de vulneración del artículo 24 CE en un supuesto en el que no se dictó resolución sobre el fondo del asunto por haberse apreciado judicialmente la caducidad de la acción. Con cita expresa de las SSTC 214/2002, de 11 de noviembre, y 154/2004, de 20 de septiembre, el TC argumenta que la caducidad es una cuestión de legalidad ordinaria, sobre la que corresponde exclusivamente pronunciarse al órgano judicial, de forma que la revisión excepcional en sede de amparo queda limitada a los supuestos en que pueda resultar afectado el artículo 24 CE, por haberse realizado un cómputo manifiestamente erróneo, o apreciado la caducidad sin razonamiento o de forma arbitraria o irrazonable. En el supuesto enjuiciado, la demanda se presentó fuera de plazo por indicación errónea de la Administración demandada, por lo que la apreciación de la caducidad tiene su origen en un error de la demandada que posteriormente opuso la excepción en el acto de juicio. El TC estima el amparo y declara que no resulta “(...) razonable ni proporcionada ni acorde con las exigencias de un juicio justo una interpretación que prime los defectos de la actuación de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de notificar con todos los requisitos legales (...)”.

**16. EJECUCIÓN DE SENTENCIA****A) Despido. Mes de agosto**

La STS de 26 de octubre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 2272, examina el carácter hábil o inhábil del mes de agosto para el trámite de ejecución de sentencia de despido. Declara que, cuando el artículo 43.4 LPL dispone que la inhabilidad del mes de agosto no alcanza a la modalidad procesal del despido, dicha salvedad resulta de aplicación a todos los trámites del proceso por despido, incluyendo, por tanto, a los trámites de ejecución de sentencia.

**B) Condena de futuro**

La ejecución de una sentencia que implique una condena de futuro está sujeta al mantenimiento de las mismas condiciones que se tomaron en consideración en el momento de

## XII. El Proceso Laboral

dictarse la sentencia. Es por ello que en el supuesto de un cambio en la situación normativa, la normativa anterior no puede prevalecer sobre la realidad normativa vigente en el momento de la ejecución. Así lo declara la STSJ de Valencia de 1 de junio de 2004, I.L. J 2125.

### 17. COSTAS. EXENCIÓN

Siguiendo lo dispuesto por la STS de 20 de mayo de 2004, la STS de 10 de noviembre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 2287, declara que los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, si bien no tienen la consideración formal de entidades gestoras, merecen el mismo tratamiento que éstas en relación con la exención en el pago de costas, dado que realizan materialmente sus funciones y son entidades públicas que ejercen una función de Seguridad Social. En el mismo sentido se pronuncian las SSTS de 17 y 22 de diciembre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 2403 y 2301.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ

ANA ALÓS RAMOS

DANIEL CIFUENTES MATEOS

JORGE GOROSTEGUI ARRIERO



**XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO****Sumario:**

**Consideración preliminar. 1. Derecho Comunitario: incumplimiento de la Directiva**

**90/269/CEE. 2. El comité de seguridad y salud.** A) Participación de colectivos. **3. La res-**

**ponsabilidad del empresario en materia de prevención de riesgos laborales.** A) Alcance.

B) Naturaleza jurídica. C) Requisitos. D) Equipos de trabajo. E) Reconocimientos médicos.

F) Responsabilidad solidaria entre la empresa contratista y subcontratista: Alcance.

**4. El recargo de prestaciones por omisión de las medidas de seguridad.** A) Naturaleza

jurídica. B) Nexo causal. a) Existencia. b) Ruptura: Imprudencia del trabajador. C) Por-

centaje del recargo. D) Procedimiento para la imposición del recargo. E) Plazos.

**CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

El presente comentario jurisprudencial compendia las Sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia en materia de seguridad en el trabajo recogidas en las crónicas 13 a 16 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 1785 a 2431, año 2004).

El análisis de los diversos pronunciamientos jurisprudenciales no aporta grandes novedades respecto a anteriores comentarios. Así, el recargo de prestaciones y la existencia de responsabilidad empresarial sigue siendo el objeto de estudio jurisprudencial prioritario. Como principal aportación de esta edición cabe señalar la determinación de la responsabilidad empresarial por incumplir su obligación de conservar los equipos de trabajo en condiciones adecuadas, así como por no realizar los reconocimientos médicos previos a la admisión al trabajo.

**1. DERECHO COMUNITARIO: INCUMPLIMIENTO DE LA DIRECTIVA 90/269/CEE**

La STJUE, *Asunto C-358/2003*, I.L. J 1803, analiza el incumplimiento por parte de Austria de la Directiva 90/269/CEE, de 29 de mayo de 1990, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular dorsolumbares, para los trabajadores, al no haber adoptado las disposiciones

nacionales necesarias para el cumplimiento efectivo de la Directiva. Este Tribunal, tras analizar la normativa austriaca, entiende que dicho incumplimiento se ha producido y, por lo tanto, procede imponer la sanción pertinente, sin admitir las alegaciones del Estado Austriaco, basadas en derecho interno. Así, el TJUE recuerda que un Estado miembro no puede alegar disposiciones, prácticas ni situaciones de su ordenamiento interno, ni siquiera las que deriven de su organización federal, para justificar el incumplimiento de una Directiva comunitaria, ya que es él el único responsable frente a la Comunidad Económica Europea del cumplimiento del derecho comunitario.

## **2. EL COMITÉ DE SEGURIDAD Y SALUD**

### **A) Participación de colectivos**

La STS de 19 de octubre de 2004, I.L. J 1900, estima que no se produce violación de la libertad sindical por el hecho de que el sindicato UGT no forme parte del Comité Estatal de Seguridad y Salud de la empresa AENA, ya que no suscribió el III convenio colectivo de AENA y, por lo tanto, no tiene por qué ser llamado a negociar materias relacionadas con el ámbito de la prevención. A su vez, tampoco se produce infracción del artículo 5.1.b) de la LPRL que establece que la elaboración de la política preventiva se llevará a cabo, entre otros, con los sindicatos más representativos. Según el parecer del Tribunal, este artículo contiene un mandato a las instituciones públicas para la participación de ciertos colectivos en la planificación y coordinación de las políticas de acción preventiva, sin que ello signifique que dicha participación sea igual en el ámbito de la empresa.

## **3. LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES**

### **A) Alcance**

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, I.L. J 1848, configura el deber del empresario en materia de prevención de riesgos laborales como un deber incondicionado y prácticamente ilimitado en virtud de lo dispuesto en los artículos 14.2, 15 y 17.1 de la LPRL. Ello se traduce en que, en el caso de accidente, es él el responsable principal, siempre y cuando exista una infracción de las normas de prevención, puesto que le corresponde adoptar todas las medidas de protección que sean necesarias, incluidos los casos de imprudencia no temeraria del trabajador.

### **B) Naturaleza jurídica**

La STSJ de Cataluña de 20 de mayo de 2004, I.L. J 2065, y del mismo Tribunal la STSJ de 16 de junio de 2004, I.L. J 2063, delimita la naturaleza de la responsabilidad del em-

### XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

presario en materia de prevención de riesgos laborales. El punto de partida lo sitúa en el deber de seguridad impuesto al empresario en virtud de la relación laboral y en el principio de causalidad adecuada que impone la necesidad de valorar, en cada caso concreto, si el acto se presenta como causa necesaria al efecto lesivo producido. Así delimitada, es un régimen de responsabilidad por culpa cuasi-objetiva, esto es, si bien tiene que concurrir negligencia empresarial, que ayude a concretar el cómo y el porqué se produjo el daño, relacionada directamente con el incumplimiento de la normativa, el elemento subjetivo de la culpabilidad exigible para la responsabilidad aquiliana ha ido evolucionando hasta la actual delimitación, evolución impuesta por el incremento de actividades peligrosas en el ámbito laboral.

Así, es necesario distinguir, según la doctrina del TS que cita esta Sentencia, entre las coberturas objetivas, que con independencia del daño producido, la causa del mismo o cualquier otra incidencia de elementos objetivos o subjetivos, se asegura el sistema de prestaciones; y, frente a él el de la culpa subjetiva, olvidando la aquiliana o contractual de carácter objetivo, y en exigencia de una concreta actuación negligente dentro de la esfera del cumplimiento del contrato, de acuerdo con lo previsto en los artículos 1101 y siguientes del Código Civil.

#### C) Requisitos

De nuevo es la **STSJ de Justicia de Cataluña de 20 de mayo de 2004**, I.L. J 2065, la que indica qué requisitos tienen que concurrir para determinar la existencia de responsabilidad empresarial. En este sentido, una vez que queda constatado dicho incumplimiento, el empresario está obligado a reparar el daño causado por su acción u omisión. Para ello, tienen que concurrir una serie de presupuestos: una acción y omisión generadora de una conducta imprudente o negligente culposa y antijurídica, lo que implica un incumplimiento de la normativa de prevención que, a su vez, produce un daño o lesión y, por último, la existencia de una relación concatenada de causa a efecto entre la misma y el daño o la lesión originada. Esta relación se construye caso por caso bajo el principio de la causalidad adecuada, de tal manera que el cómo y el porqué se produjo dicho efecto lesivo constituyen elementos definitorios del contenido de aquella relación causal.

#### D) Equipos de trabajo

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en su **STSJ de 13 de julio de 2004**, I.L. J 1848, entiende que, dentro del genérico deber de seguridad que tiene impuesto el empresario en virtud de la relación laboral, queda incluida la obligación de conservar los equipos de trabajo en condiciones adecuadas, siguiendo en su caso las instrucciones del fabricante, y realizando las comprobaciones y pruebas teóricas necesarias. En concreto, el artículo 4.2. del RD 1215/1997, de 18 de julio, de disposiciones mínimas de seguridad y salud de equipos de trabajo, obliga a los empresarios a comprobar periódicamente el estado de las máquinas y los posibles defectos de funcionamiento para ser corregidos a tiempo. Por ello, el no haber comprobado el estado de las máquinas permite establecer un nexo de causalidad entre el daño y la omisión de las medidas de seguridad necesarias.

**E) Reconocimientos médicos**

La STSJ de Cataluña de 16 de junio de 2004, I.L. J 2063, establece la existencia de responsabilidad empresarial por incumplimiento de lo dispuesto los artículos 196 y 197 de la LGSS Dichos preceptos establecen que todas las empresas profesionales están obligadas a realizar un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar ciertos puestos de trabajo y, a su vez, efectuar los reconocimientos periódicos que sean necesarios según la enfermedad profesional de que se trate. De estos artículos se desprende que la empresa no puede contratar trabajadores que no sean declarados aptos tras dichas pruebas, ya que, en caso contrario, incurrirá en responsabilidad por incumplimiento de la normativa de prevención, tal y como sucede en este caso.

**F) Responsabilidad solidaria entre la empresa contratista y subcontratista: Alcance**

En la STSJ de Justicia de Cataluña de 11 de febrero de 2004, I.L. J 2174, se establece que la obligación de salvaguarda de la salud e integridad del trabajador que pesa sobre la empresa incluye el deber de supervisar las acciones de otros trabajadores que pueden influir en el desarrollo de la actividad del accidentado.

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en su STSJ del País Vasco de 18 de octubre de 2004, I.L. J 2185, entiende que no existe responsabilidad solidaria entre la empresa principal y las subcontratistas, ya que, por un lado, no se contrata un tipo de actuación, sino un equipo, consistente en una grúa y su conductor, por lo que la responsabilidad es de quien utiliza la grúa. Y, por otro, porque es cuestionable que la actividad que desarrollan las empresas involucradas puedan considerarse idénticas en su objeto.

**5. EL RECARGO DE PRESTACIONES POR OMISIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD****A) Naturaleza jurídica**

La STSJ de Navarra de 21 de abril de 2004, I.L. J 2183, al igual que en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 11 de febrero de 2004, I.L. J 2174, determina la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones diferenciándolo, a su vez, de la sanción administrativa.

Así, esta institución tiene una naturaleza indemnizatoria pues pretende compensar al trabajador por un daño más allá de los principios tasados de responsabilidad de régimen general de prestaciones por accidente de trabajo. Normalmente se aplica a supuestos en los que la responsabilidad empresarial se amplía a todos los daños sufridos por el trabajador, en los que, en virtud de la unidad de la responsabilidad, se toma el daño efectivo como

### XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

límite de resarcimiento computando, a estos efectos, todas las prestaciones recibidas y prohibiendo la duplicidad de indemnizaciones por la misma causa. De ahí la diferencia con la sanción administrativa, ya que, siguiendo la doctrina del TS de 9 de octubre de 2001:

“es indudable que el recargo de prestaciones y la sanción administrativa no contemplan el derecho desde la misma perspectiva social, pues mientras el recargo crea una relación indemnizatoria empresario-perjudicado, la sanción administrativa se incardina en la potestad estatal de imponer la protección de los trabajadores”.

#### **B) Nexo causal**

##### **a) Existencia**

Uno de los requisitos imprescindibles para la imposición del recargo es la existencia de una relación directa entre la ausencia de medidas de seguridad y el resultado producido, tal y como ponen de relieve las SSTSJ de Cataluña de 16 de junio de 2004, I.L. J 2063, y de 11 de febrero de 2004, I.L. J 2174, y de Castilla y León de 13 de julio de 2004, I.L. J 1848. En este último pronunciamiento el Tribunal exige la existencia de un nexo causal adecuado entre el siniestro y la omisión por el empresario de las medidas de seguridad, consistente en omitir las medidas de seguridad impuestas por la legislación, excluyéndose su aplicación cuando el accidente se produce de manera fortuita, imprevista o imprevisible, sin que se constate incumplimiento por parte del empresario, debiendo ser aplicado de forma restrictiva dado su carácter punible y sancionador. Todo ello atendiendo a las circunstancias concurrentes y a la diligencia exigible a un prudente empleador con criterios ordinarios de normalidad y razonabilidad para prevenir o evitar una situación de riesgo en la vida o salud de los trabajadores, según máximas de diligencia ordinaria exigibles a un buen empleador.

##### **b) Ruptura: Imprudencia del trabajador**

La STSJ de Navarra de 21 de abril de 2004, I.L. J 2183, analiza si el comportamiento imprudente del trabajador es suficiente para romper el nexo causal, entendiendo que no. Así, para el órgano judicial, hay que destacar la gravedad de la imprudencia del trabajador accidentado que toma la iniciativa imprudentemente, dando órdenes a una persona que carecía de la experiencia necesaria, imponiéndole realizar una conducta arriesgada, y, además, fuera de su horario de trabajo. En este caso la imprudencia no basta por sí sola para romper el nexo de causalidad, aunque sí basta para rebajar el recargo.

#### **C) Porcentaje del recargo**

La STSJ de Castilla y León de 13 de julio de 2004, I.L. J 1848, analiza los criterios que hay que tener en consideración a la hora de fijar el porcentaje del recargo. Hay que tener en cuenta que la ley no se pronuncia sobre los criterios para determinar qué porcentaje es el que corresponde, limitándose a mencionar como criterio orientativo la gravedad de

la falta. Ello supone reconocer un amplio margen de discrecionalidad al juez, imponiéndole, como principal límite, que su decisión sea proporcional a la infracción empresarial. En este caso concreto, el porcentaje fijado del 40% ha de ser mantenido, ya que la sanción fue calificada como grave por la existencia de dos infracciones: la falta de comprobación de la maquinaria durante un período largo de tiempo –en concreto, cinco años–, y la falta de los dispositivos de seguridad, sin que constate ningún tipo de imprudencia por parte del trabajador, que pudiese rebajar el porcentaje.

En la **STSJ de Cataluña de 11 de febrero de 2004**, I.L. J 2174, se rebaja el porcentaje del recargo del 50% al 30% teniendo en cuenta la imprudencia grave del trabajador, que si bien no basta para romper el nexo de causalidad, dado el mal estado de la maquinaria, sí justifica su reducción. En idéntico sentido se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en su **STSJ de Navarra de 21 de abril de 2004**, I.L. J 2183.

#### **D) Procedimiento para la imposición del recargo**

De nuevo, el Tribunal Supremo, en la **STS de 8 de octubre de 2004**, I.L. J 1943, analiza la cuestión de si se debe suspender la tramitación del expediente del recargo de prestaciones en vía administrativa cuando existen actuaciones penales por el mismo accidente. Esta cuestión fue resuelta en la sentencia de 17 de mayo de 2004, véase el comentario a la misma en el número 20 de esta revista, entendiéndose que son compatibles ambos expedientes.

La cuestión se plantea al hilo de la aplicación del artículo 16.2 de la OM de 18 de enero de 1996, que desarrolla el artículo 3.2 del RD-Leg. 5/2000, de 4 de agosto, TRLISOS que establece la suspensión del expediente administrativo hasta que no recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento penal. El problema se plantea porque esta orden carece de sustrato legal que le sirva de fundamento, ya que el RD 1300/1995 no lo prevé expresamente, y el artículo 86.1 LPL establece que “en ningún caso se suspenderá el procedimiento por seguirse causa criminal sobre los hechos debatidos”. En cuanto al artículo 3.2 del RD-Leg. 5/2000, la orden de paralización afecta exclusivamente al procedimiento sancionador, lo que no es aplicable al recargo de prestaciones ya que no tiene dicha consideración.

A su vez, el Tribunal recuerda que la imposición de este recargo no afecta al principio *non bis in idem* por la propia naturaleza y características de esta institución. Por último, señala que el artículo 3.2 del RD-Leg. 5/2000 no afecta a los expedientes para la imposición del recargo de prestaciones, ya que lo relevante en este caso es la ausencia de las medidas de seguridad, requisito objetivo, independiente de la persona física responsable de su ausencia. El Tribunal concluye afirmando que el contenido de la OM carece de un mandato legal y, por lo tanto, no procede la suspensión.

#### E) Plazos

La STSJ de Navarra de 21 de abril de 2004, I.L. J 2183, sostiene que no se produce caducidad del expediente del recargo, conforme a lo establecido en el Decreto 1300/1995, y en su Orden de desarrollo de 18 de enero de 1996, como consecuencia de su retraso en la tramitación del mismo, que, como mucho, podrá dar lugar a entender desestimada por silencio la pretensión de exoneración de responsabilidad de la empresa. Es más, el plazo puede ser ampliado o prorrogado por causa justa, como pueda ser que la dilación se produzca por causa ajena a la voluntad del trabajador y sin responsabilidad del órgano que tramite el expediente.

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

MARGARITA APILLUELO MARTÍN

MANUEL GONÁLEZ LABRADA

ELISA SIERRA HERNÁIZ



# Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

A. DESDENTADO BONETE y

J. A. TEJERINA ALONSO

## La seguridad social de los trabajadores autónomos

[Lex Nova, Valladolid, 2004]

MARÍA DE SANDE PÉREZ-BÉDMAR

Con la monografía recientemente publicada por Lex Nova sobre el tratamiento de la Seguridad Social de los trabajadores autónomos, continúa la ya extensa y fructífera lista de trabajos con los que Aurelio DESDENTADO, siempre magníficamente acompañado como en esta ocasión lo está por José Ignacio TEJERINA, nos tiene acostumbrados. Y también como es habitual, la elección del tema supone una llamada de atención sobre una materia de notable actualidad en el mundo del Derecho, como la referida al tratamiento de los trabajadores autónomos.

Sin perjuicio de los muchos puntos de vista desde los que puede ser abordada la materia, los autores han escogido aquel que se refiere a los aspectos relativos a la Seguridad Social para efectuar un recorrido que con sabiduría combina el estudio crítico de este régimen especial y el análisis de las soluciones ofrecidas hasta ahora por la jurisprudencia a los abundantes problemas que en este campo no han dejado de plantearse. Los propios autores señalan en la nota introductoria los obstáculos que surgen en el estudio del campo de aplicación del régimen especial de trabajadores autónomos. Si a la

complejidad que presenta desde siempre la protección social de este colectivo, se suma la existencia reciente de dos sucesivas reformas, en 2002 y 2003, resulta incuestionable el interés que encierra el presente análisis.

Además de la aportación que con este libro se realiza en la búsqueda de soluciones para el RETA, considero importante destacar desde el principio, algunos elementos que me parecen de gran valor en este trabajo. En primer lugar, constituye una contribución fundamental el hecho de *contextualizar el trabajo autónomo*. Ciertamente, existen trabajos doctrinales importantes, con los que los autores reconocen estar en deuda, que han precedido el presente y en buena medida han desbrozado un camino para el discurrir del hilo argumental de la doctrina. Pero debo insistir en la importancia que en la presente monografía alcanza el estudio combinado del desarrollo y la trayectoria de este sistema, con la exposición y sistematización de los problemas pendientes. El análisis de la evolución no es nada si no desemboca en el diagnóstico de la protección social de los trabajadores autónomos en la actualidad y, a su vez, sólo un diagnóstico adecuado y ya centrado en la situación presente, permite ofrecer soluciones útiles. Éste es un esfuerzo que no siempre se puede hacer aunque se quiera, y en este caso, los autores lo han hecho magistralmente.

En segundo lugar, cabe destacar el valor que aporta, de nuevo por su novedad y por lo poco común que resulta, el estudio de la *trascendencia económica* que se encuentra detrás de las diferentes soluciones de tratamiento que se puedan aportar. No es ya sólo que hoy en día resulte indispensable en todo estudio sobre regímenes

de protección social su análisis desde una perspectiva económica, sino que además, ello está especialmente indicado cuando va referido a una figura como la del trabajador autónomo que, a pesar de ser una presencia clásica en el ordenamiento, últimamente se presenta como marco de referencia para un creciente número de prestaciones de servicios.

El tercero de los elementos de valor presentes en el libro, lo constituye el anexo bibliográfico y documental que acompaña cada uno de los cuatro capítulos de los que consta. Es necesario destacar este dato porque tampoco suele ser frecuente que los autores ofrezcan en sus monografías una información bibliográfica clasificada o referida directamente a cada uno de los bloques temáticos que componen un trabajo. Además, destaca la diversidad y la calidad de las reseñas bibliográficas aportadas que permiten profundizar en la materia más allá de los conocimientos teóricos y fácticos disponibles acerca de la misma, llegando incluso a cuestiones de política legislativa como, por ejemplo, se puede comprobar en el primer capítulo. Igualmente resulta de gran utilidad la aportación de documentación variada que completa la información a base de gráficas y diversas estadísticas. Y por último, no podía faltar al final del libro el anexo jurisprudencial debidamente clasificado que por sí solo resulta una utilísima aportación debido a la selección de sentencias que lo integran.

Como decimos, son cuatro los capítulos en los que se estructura este trabajo. El primero se dedica a la exposición y el análisis de los problemas actuales que presenta la seguridad social de los trabajadores autónomos, ello debidamente contextualizado a partir de la consideración de su evolución hasta llegar a realizar una hipótesis de futuro para la cobertura social de estos trabajadores.

El segundo capítulo es el más extenso de los cuatro por ir referido al estudio pormenorizado del campo de aplicación de este régimen especial. Comienza por una delimitación general del mismo y después el discorrir de la obra va efectuando sucesivas visitas sobre

diferentes profesionales para, a partir del estudio de su evolución, y de la existencia de reformas normativas, analizar los problemas que se plantean en torno a su inclusión o su exclusión. Finalmente, el tercer y cuarto capítulos, contienen respectivamente el análisis del encuadramiento y la cotización en el régimen especial de los trabajadores autónomos y el contenido de la acción protectora del régimen.

A pesar de que no es posible, ni tampoco es la finalidad de estas líneas, realizar un comentario pormenorizado de todo lo contenido en esta monografía, sí vale la pena detenerse y subrayar algunas de las reflexiones que en ella se contienen. En este sentido, muy interesante resulta el tratamiento que se efectúa de la diferencia entre trabajo por cuenta propia y trabajo independiente. Dicha diferencia alcanza plena relevancia a la luz de las siguientes palabras de los autores: “frente a la caída del empleo autónomo tradicional, se está produciendo también el surgimiento de un nuevo tipo de trabajadores independientes como consecuencia del impacto de las nuevas tecnologías, del funcionamiento en red y de la flexibilidad de la nueva economía” (pág. 30).

Ciertamente, así como la característica de la ajenidad puede ser identificada con relativa facilidad, no sucede lo mismo cuando hablamos de la dependencia, concepto en el que se encuentran encuadradas diversas graduaciones de la misma y que lo hacen especialmente complicado, si no en su definición, sí en su identificación práctica. Partiendo del concepto de ajenidad, los autores destacan cómo, aunque el trabajo por cuenta propia suele ser autónomo, hay trabajos autónomos realizados por cuenta ajena.

La existencia de ajenidad nos remite a la existencia de una cesión anticipada de los frutos del trabajo, hace referencia a una adquisición previa del trabajo que genera los frutos. No obstante, ese trabajo por cuenta ajena puede ser prestado de manera dependiente o puede ser un trabajo independiente o autónomo, en el sentido de que, como se señala en estas páginas, el trabajador pueda disponer “plenamente sobre el

modo de la ejecución del trabajo”. El resultado es que en el campo de aplicación del régimen especial de los trabajadores autónomos quedan integrados, tanto trabajadores por cuenta propia, como trabajadores independientes, en el bien entendido de que estas dos categorías pueden no coincidir en algunos casos.

En el contexto actual de las nuevas maneras de organizar las fuerzas productivas, más que nunca, se debe tener presente algo que los autores recuerdan desde estas páginas. Y es que la institución del contrato de trabajo da cobertura al trabajo ejecutado dependientemente y por cuenta ajena, pero existen actividades que reúnen las mismas características y sin embargo no están incluidas dentro del contrato de trabajo y no se les extiende este tratamiento jurídico.

Esta circunstancia plantea situaciones de no fácil resolución, porque si en el caso de los funcionarios o asimilados, como son los contratados administrativos, no plantea ninguna duda el no considerarlos incluidos en el régimen especial de los trabajadores autónomos, hay supuestos más confusos. Interpretar que toda actividad no sujeta a contrato de trabajo es trabajo autónomo desde luego no es correcto, pero la cuestión estriba en que existen colectivos que prestan un trabajo dependiente pero no sujeto a un contrato de trabajo, cuya exclusión del régimen de los trabajadores autónomos los deja desprotegidos.

Los autores entienden que si la exclusión es ilegal, la solución es fácil porque se debe producir su inclusión como trabajadores por cuenta ajena en el Régimen General, el problema se plantea cuando la exclusión constitutiva sea legal puesto que no hay asimilación y en este caso lo “menos inconveniente” es su incorporación al Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos.

Como resultado, contamos con un sistema cuyo régimen de protección ha devenido cada vez más flexible, pero, como se pone de manifiesto en esta obra, permanecen los problemas de extensión del desempleo y la dificultad de ponderación adecuada de la capacidad

de pago de cada trabajador autónomo. Ello se comprende bien a la luz de la heterogeneidad existente dentro del campo de aplicación de su régimen. En mi opinión, ésta es una obra decisiva desde el momento en que partiendo de una completa exposición del sistema y de los problemas que éste plantea, analiza las reformas acometidas con la vista puesta en poder llevar a cabo, en el futuro y de manera realista, correcciones más adecuadas sobre el sistema de protección. Una vez más, los que estudiamos el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social podemos felicitarlos de la existencia de contribuciones como esta que Aurelio DESDENTADO y José Antonio TEJERINA nos brindan.

**M<sup>a</sup>. DEL C. CUEVA PUENTE**

### **La relación laboral especial de los empleados de hogar**

[Lex Nova, Valladolid, marzo 2005, 484 páginas]

LEX NOVA

Una relación de carácter laboral tan peculiar y cotidiana como la de los empleados del hogar y tan pobremente abordada por la tradición jurídica española ve, por fin, resueltas con esta obra muchas de las cuestiones que tan difusamente han surgido a lo largo de los años como consecuencia, por un lado, de su escaso tratamiento doctrinal y, por otro, de su encuadramiento como noción meramente descriptiva y no como categoría conceptual propia.

El libro, fruto de la investigación llevada a cabo por María del Carmen CUEVA PUENTE, constituye el más exhaustivo estudio de la disciplina normativa del trabajo al servicio del hogar familiar evidenciando sus funciones y disfunciones, sus aciertos, y sus notables insuficiencias, teniendo en cuenta su relevancia social y la multitud de supuestos sobre los que proyecta sus efectos.

En seis capítulos, la autora se detiene en cada una de las dimensiones que la relación laboral examinada entraña. En primer lugar, desde una dimensión histórica, se desvelan las distintas políticas sociales que han sido adoptadas por el legislador a lo largo del tiempo. Posteriormente, desde un punto de vista sistemático, se aborda la integración del régimen jurídico del trabajo al servicio del hogar familiar con la normativa común, sirviendo esto no sólo para resaltar las diferencias entre las relaciones de trabajo especiales y generales sino, sobretodo y de manera novedosa, para resaltar las no pocas similitudes que comparten.

No se dejan atrás aspectos tan relevantes como la dimensión constitucional del trabajo del servicio doméstico ya que durante su desarrollo salen a la luz delicados problemas y conflictos en conexión con distintos derechos del ámbito personal (como, por ejemplo, el derecho fundamental a la intimidad) tanto en la esfera del trabajador como en la del empleador o empresario.

Un apartado bibliográfico y un anexo legislativo, que contiene el texto íntegro del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, sirven de cierre al libro colmando por completo las aspiraciones de la obra y resultando, en definitiva, un acabado trabajo de investigación que ha sido distinguido con la máxima calificación académica y con la concesión del premio extraordinario de Doctorado.

En resumidas cuentas, la presente monografía supone el estudio más eficiente sobre la materia ya que, aparte de desarrollar sus exposiciones teniendo en cuenta el reciente Reglamento de la Ley de Extranjería, tiene adaptado su contenido, además, a otras actualizaciones legislativas como, por ejemplo, el Real Decreto 2388/2004, de 30 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2005, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género o el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

VVAA

### Estudio práctico sobre la protección de datos de carácter personal

[Lex Nova, Valladolid, febrero 2005, 340 páginas]

LEX NOVA

La presente obra constituye un tratamiento exhaustivo de los aspectos más relevantes que la Protección de Datos Personales entraña. Con el único objeto de proporcionar al lector una información detallada de las implicaciones legales que se derivan de la normativa en cuestión y desde un punto de vista práctico y sencillo, se ofrece pormenorizada y minuciosamente un análisis de las obligaciones y derechos que se desprenden de la protección de datos de carácter personal.

Las autoras, todas ellas con sobrada experiencia docente e investigadora en la materia, estructuran el contenido de la obra en dos partes que se ven precedidas por otros tantos capítulos introductorios. En éstos se hace un repaso inicial de la vigente Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal a través de sus antecedentes históricos ya sea dentro del propio sistema legislativo nacional como también en el seno de otros ordenamientos extranjeros. Asimismo, el capítulo dedicado al ámbito de aplicación de la LOPD realiza un examen concreto de los ficheros que se ven excluidos del mismo y de los sometidos a un régimen especial.

La primera parte de la monografía (que comprende los capítulos III a VI) dedica sus exposiciones a la protección de datos en el ámbito laboral haciendo hincapié en los comportamientos abusivos que se producen, por un lado, al no requerirse el consentimiento del afectado en las relaciones negociales, laborales y administrativas y, por

otro, al prescindirse de principios fundamentales de la normativa como el de información, vinculación de datos recabados a un fin legítimo, etc. Por supuesto se aborda también en este bloque del libro lo referente a cuestiones tales como el correo electrónico de los trabajadores (tan habitualmente objeto de litigios judiciales en la actualidad) y otras de similar importancia como el tratamiento específico de los denominados “datos sensibles” —o especialmente protegidos—, los procedimientos de selección de personal o las diferentes formas de vigilancia que utiliza el empleador en el seno de la empresa.

En la segunda parte de la obra (capítulos VII a XVII) merecen ser destacadas las pautas y cauces que se ofrecen al lector de cara a cumplir determinadas obligaciones formales como, por ejemplo, la inscripción de ficheros en la Agencia de Protección de Datos. Abarcan estos apartados el estudio de derechos básicos del afectado como son los de acceso, rectificación, cancelación, oposición e impugnación de valoraciones. Del mismo modo, se dedica una atención especial al tema de las transferencias internacionales de datos (entre ellas los Acuerdos de Puerto Seguro con los Estados Unidos de América) así como al procedimiento sancionador seguido por la Agencia de Protección de Datos y a las obligaciones específicas que, sobre la seguridad de los datos personales, impone el Reglamento de Medidas de Seguridad.

En definitiva, estamos en presencia de una obra que proporciona al profesional o interesado en la materia, ya sea especialista o no, un completo conocimiento de la protección de datos que, además, se ve complementado por un utilísimo CD-ROM en el que se contienen disposiciones legislativas básicas, instrucciones de la APD, documentos comunitarios, formularios y modelos.

**VVAA**

### **Resoluciones recurribles en suplicación**

[Lex Nova, Valladolid, febrero 2005, 340 páginas]

LEX NOVA

El libro que nos ocupa constituye el más detallado estudio que sobre el artículo 189 de la Ley de Procedimiento Laboral se ha elaborado teniendo como principal objeto el proporcionar al lector una relación de todas y cada una de las resoluciones susceptibles de ser recurridas en suplicación. La trascendencia que el recurso de suplicación posee en la delimitación de la estructura orgánica y funcional de la jurisdicción social y su calificación como el más prototípico y relevante de cuantos recursos existen, hacen de la presente monografía una utilísima herramienta para el profesional de la práctica forense sociolaboral.

El manual se divide en nueve completos capítulos que van desgranando el alcance de cada una de las hipótesis que la norma contempla y profundizando en todas aquellas que la práctica procesal plantea. Los tres primeros dedican sus exposiciones al análisis de la naturaleza y funciones del recurso dentro del propio orden jurisdiccional social, al recurso de suplicación por motivos procesales (tanto en lo referente a cuestiones competenciales como en lo relativo a quebrantos y defectos formales) y a las sentencias que son irrecurribles a través de este cauce procedimental (determinados procesos sobre vacaciones, concreción horaria, permisos por lactancia o por motivos familiares, materia electoral, clasificación profesional, movilidad geográfica, etc.)

En los capítulos siguientes se abordan temas fundamentales para comprender la propia esencia del recurso de suplicación: la

cuestión del concepto y los efectos de la afectación general —desde una doble perspectiva, histórica y analítica—, la cuantía litigiosa y, como consecuencia de ella, el acceso al recurso o la posición del mismo dentro del ámbito de actuación de la reciente Ley Concursal.

Por último, los apartados finales de la monografía dedican sus exposiciones a aclarar el contenido de algunos preceptos de la Ley de Procedimiento Laboral tales como el mencionado artículo 189, enumerando con detenimiento cada sentencia concreta susceptible de recurrirse en suplicación y su relación con el pro-

ceso de ejecución, y los motivos expresos y ocultos del propio recurso (artículos 191 y 231 de la Ley de Procedimiento Laboral).

En conclusión, el magnífico elenco de autores que han realizado la obra (desde magistrados del Tribunal Supremo hasta catedráticos y profesores de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de las más prestigiosas facultades españolas) pone de relieve la elevada calidad técnica de su contenido ya que combina el rigor y la claridad en la exposición con el análisis de la doctrina jurisprudencial existente sin dejar de lado la aplicación de los preceptos examinados.

# N O T A S



# N O T A S



# N O T A S



# N O T A S



# N O T A S



# N O T A S

